

ISSN 1415-4951

Revista da

EMERJ

Vol. 6
Nº 24
2003



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro





O NOVO CÓDIGO CIVIL E O CÓDIGO DO CONSUMIDOR - Pontos de Convergência

Ruy Rosado de Aguiar Junior - Ministro do STJ

OS JUIZADOS ESPECIAIS CRIMINAIS À LUZ DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

Filtragem Hermenêutica a partir da Técnica da Nulidade Parcial sem Redução de Texto

Leno Luiz Streck - Procurador da Justiça - RS e Prof. da UNISINOS

EVOLUÇÃO DO CONCEITO DE DANO MORAL

André Gustavo C. de Andrade - Juiz de Direito do TJ/RJ e Prof. da EMERJ

EXERCÍCIO IMPESSOAL DA JURISDIÇÃO CIVIL

Alexandre Freltas Câmara - Advogado e Prof. de D.P.C. da EMERJ e Univ. Estácio de Sá

IMPACTO DO NOVO CÓDIGO CIVIL NO MUNDO DOS CONTRATOS

Sylvio Capanema de Souza - Desembargador do TJ/RJ e Prof. da EMERJ

A IMUTABILIDADE DO REGIME DE BENS NO CASAMENTO

Ronaldo Álvaro Lopes Martins - Juiz de Direito da 1ª Vara de Família do TJ/RJ

DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE - TUTELA DE URGÊNCIA

Marla Cristina B. G. Sialbi - Juíza de Direito do TJ/RJ e Profª de D.P.C./UNIPLI

© 2003, 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 Sarmiento; 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.

Coordenador Editorial: Des. Décio Xavier Gama

Produção Gráfico-Editorial da Assessoria de Publicações da EMERJ

Editor: Irapuã Araújo (MTb MA00124JP); Editoração: Wagner Alves e Valéria Monteiro de Andrade; Editoração website: Geórgia Kitsos; Capa: Geórgia Kitsos e André Amora; Revisão ortográfica: Suely Lima e Rosa Xerfan.

Apoio Cultural: Banco do Brasil

Tiragem: 3.000 exemplares

Revista da EMERJ. v. 1, n. 1 - Rio de Janeiro:
EMERJ, 1998.

v.

Trimestral -

ISSN 1415-4951

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

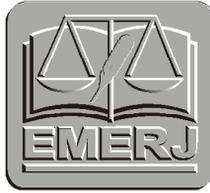
CDU 34(05)

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. Sergio 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

AS MUDANÇAS DO NOVO CÓDIGO CIVIL

Estamos todos cientes de que o novo Código Civil trouxe grande número de alterações na forma de relacionamento entre pessoas físicas e jurídicas, sejam proprietários, comerciantes, sejam entre meros vizinhos, ou não vizinhos. O Código impôs modificações nas relações de família e de filiação, bem como no trato de questões comerciais. Sabe-se que o Código Civil regula basicamente a forma de o cidadão se conduzir no relacionamento com outrem e indica, em regra, a solução no caso de persistir o desentendimento.

As antigas normas do Direito das Obrigações ficaram reunidas no Livro Primeiro do novo Código, em tratamento conjunto com regras semelhantes do antigo Código Comercial, de 1850, cuja Parte Primeira (art. 1º a art. 571) foi toda revogada. Nada ocorreu, contudo, a ponto de causar transtornos a ninguém. Não houve nenhum acontecimento inesperado, porque a adoção daquelas novas normas teve divulgação intensa por longo tempo e, sobre elas, houve seguidos debates e amplo noticiário. Mas, o certo é que regras consagradas de conduta da população, deixaram de subsistir porque substituídas por outras, tudo com o objetivo de atualizar ou modernizar a solução de relações em conflito e adaptar ou reordenar leis antigas. Costumes novos deram soluções diferentes a muitas situações conhecidas e superadas. Nova redação de textos, com regras mais nítidas de sentido, se apresentam agora com melhores condições de esclarecer as eventuais controvérsias e se puseram de acordo com o que já constituíam hábitos novos ou consenso na sociedade.

O velho Código, editado em 1916, perdeu a sua vigência desde 11 de janeiro de 2003. Muitas de suas normas de conduta já se achavam incutidas no saber, ainda que rude de pessoas leigas, ou já haviam tomado conta da inteligência profissional de muitos. Conhecimentos adquiridos com base em regras antigas têm que ser revistos, em razão das alterações legais e de novos conceitos da população. Os costumes do ser humano evoluem e novas situações ou forma de pensar de muita gente levam a concepções diversas em todos os níveis de grande parte da população.

Novas expressões devem ser introduzidas em manifestações escritas que objetivam chegar ao pacto sobre muitos temas, principalmente, para o ajuste ao conjunto de novos postulados do Direito.

A liberdade de contratar será a exercida em razão e nos limites da função social do contrato. A boa-fé é o princípio em que se assentam as regras de contratar.

Marido e mulher, em regime de comunhão de bens, ou em outro regime, mas por razões de cautelas na preservação do que possuíam ou do que

herdaram, procuravam constituir sociedades mercantis entre si, mantendo a união na vida do lar e na vida comercial. Hoje, já não poderão mais se associar ou constituir empresa mercantil, de direito, por um instrumento que estabeleça a forma de distribuição dos frutos do trabalho comercial comum.

A menoridade, até os 21 anos há quase um século, se acha reduzida para 18. Permite-se o casamento mais cedo, portanto, do homem e da mulher, sem necessidade do assentimento dos pais (art.1.517). Daí decorre que, com 18 anos, está autorizada a alienação de bens livremente pelo quase adolescente e já não há impedimento para o exercício de atividade comercial de muitos jovens quase imberbes. Alguns pais, muitos deles, estarão de mãos estendidas, ansiosos e preocupados, por ver filhos desligarem-se mais cedo da casa paterna. Estarão os pais privados de mais convívio com filhos, que desejavam orientar, por mais tempo, nos estudos e até mesmo no início da atividade profissional.

Os estabelecimentos bancários, sem dúvida, terão que desenvolver fórmula engenhosa para captar as garantias pessoais, como o aval em títulos de crédito, porque precisarão exigir também a outorga uxória, da mesma forma como ocorre na concessão de fiança (art. 1.647).

Muitas outras mudanças, poderiam ser apontadas. Vê-se que, aos militantes da área do Direito cabe meditar sobre elas e compará-las com todo um sistema que se apagou em parte da legislação civil e que se achava arraigado nos hábitos e na vida diária de muita gente.

Por demais justificados, pois, os encontros e debates que se travaram desde a publicação do Código, principalmente ao longo do período da *vacatio legis*, para esclarecimento de muitas dúvidas que ainda emergem da nova Lei.

A Escola da Magistratura manteve-se atenta à divulgação ampla da anunciada vigência do Novo Código e realizou numerosos simpósios e debates a respeito das modificações trazidas pelo seu texto. E ainda terá oportunidade de renovar esse trabalho de alto interesse para bacharéis e estagiários, que fizeram seus estudos com base no Código de 1916, mas que se acham diante de uma nova visão de nosso Direito Civil.

A edição de mais um número de nossa REVISTA se insere nesses objetivos.

Décio Xavier Gama - Desembargador do TJ/RJ

Nota: Grande parte dos trabalhos de Direito Constitucional publicados neste, e no número anterior da REVISTA, foram apresentados no Seminário do dia 10 de outubro, em homenagem ao Ministro Moreira Alves, e no Congresso dos dias 12, 13 e 14 de novembro. Ambos comemorativos dos 15 anos da Constituição Brasileira. Organizados pela EMERJ e pelo Mestrado em Direito da Universidade Estácio de Sá, com o apoio da AMAERJ.

SUMÁRIO

O NOVO CÓDIGO CIVIL E O CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR – PONTOS DE CONVERGÊNCIA

Ruy Rosado de Aguiar Junior - Ministro do Superior Tribunal de Justiça

I - Do aparente conflito de leis no tempo. II – Cláusulas Gerais. III - Da Boa-fé. IV – Da lesão. V – Da onerosidade excessiva. VI – Da Redução da Cláusula Penal. VII – Da Desconsideração da pessoa jurídica. VIII – Da Responsabilidade Civil. IX – Da Valoração do Dano Moral. X - Da equidade. XI – Dos Juros. XII – Dos prazos.

15

RESPONSABILIDADE CIVIL NO NOVO CÓDIGO CIVIL

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

1. Evolução da Responsabilidade Civil. 2. O novo Código Civil é objetivista. 3. Título dedicado à responsabilidade civil. 4. A obrigação de indenizar. 5. Cláusula geral de responsabilidade subjetiva. 6. O abuso do direito. 7. Responsabilidade pelo exercício de atividade de risco. 8. O dever de segurança. 9. A responsabilidade dos profissionais liberais. 10. *Bis in idem?* 11. Responsabilidade pelo fato do produto. 12. Outras hipóteses de responsabilidade objetiva. 13. Desafio aos operadores do direito.

31

INCÔMODAS VERDADES SOBRE ALGUNS PROBLEMAS DO JUDICIÁRIO

Felipe Augusto de Miranda Rosa – Desembargador do TJ/RJ e professor

As transformações sociopolíticas e a alternância na história recente da importância do Executivo e do Legislativo. O centro de gravidade a se deslocar para o Judiciário. A Judicialização na política das relações sociais. Pronunciamentos desencontrados e o centro da composição dos litígios cada vez mais na dependência do Judiciário.

48

O PROCESSO CIVIL CONTEMPORÂNEO: UM ENFOQUE COMPARATIVO

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

1. Considerações introdutórias. - 2. Famílias jurídicas ocidentais - 3. *Civil law* e *common law*: processo “*inquisitorial*” e processo “*adversarial*”. 4. O juiz e a instrução do processo: *common law*. 5. O Juiz e a instrução do processo: *civil law*. 6. Conclusões.

55

TÍTULOS DE CRÉDITO E O CÓDIGO CIVIL

Dr. J. A. Penalva Santos - Desembargador (aposentado) do TJ/RJ. Professor da Escola da Magistratura do RJ. (EMERJ) e advogado

Conseqüências da edição do novo Código Civil no que concerne ao Direito Comercial. Títulos de crédito. O que são, na verdade, os títulos escriturais? Assinatura autográfica. Assinatura eletrônica. Conceito de assinatura digital. Título incompleto – seu preenchimento. Abuso no preenchimento de título em branco. Intenção do subscritor. Título ao portador. Caso de construção parcial. Título à ordem. Caso de destruição parcial. Título à ordem. Endosso a mais de uma pessoa. *Pacto de non petendo*. Formas de títulos transmissíveis com eficácia de cessão de crédito. Casos de *datio in solutum* de nota promissória em substituição de duplicata. Cessão a título oneroso. Modalidades de cessão de crédito. *Cessio solvendi causa*. Letra reformada ou amortizada. Títulos de favor. Título nominativo. Considerações finais.

70

OS JUIZADOS ESPECIAIS CRIMINAIS À LUZ DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL: A FILTRAGEM HERMENÊUTICA A PARTIR DA APLICAÇÃO DA TÉCNICA DA NULIDADE PARCIAL SEM REDUÇÃO DE TEXTO

Lenio Luiz Streck - Procurador de Justiça do RS. Professor dos Cursos de Doutorado e Mestrado da UNISINOS-RS

A Lei nº 10.259 – avanços e recuos. 2) A nova Lei e a morte da Teoria do bem jurídico: a violação da principiologia constitucional. 2.1) A Constituição como remédio contra maiorias. O pragmatismo inconseqüente da Lei nº 10.259. 4) Dos obstáculos

106

(constitucionais) à aplicação da nova lei. 4.1) Tratamento igualitário de bens jurídicos díspares: uma isonomia incompatível com a Constituição ou de como não devemos banalizar o direito penal. 4.2) O conceito de “infrações de menor potencial ofensivo” e o fetichismo da lei; uma crítica necessária ou a pergunta que não quer calar. 4.3) A necessária incidência da Constituição na discussão dos critérios para a aplicação da Lei nº 10.259. 5) Da Derrogação da Exceção Estabelecida pelo art. 61 da Lei nº 9.099 - A Questão dos Procedimentos Especiais: Uma discussão anterior ao exame da (in) constitucionalidade do art. 2º § único, da Lei nº 10.259. 6) Do Exame da (in) constitucionalidade *Stricto Sensu* do parágrafo único do art. 2º da Lei 10.259. 6.1) A inconstitucionalidade da inclusão de infrações incompatíveis com o *nomen juris* de infrações de menor potencial ofensivo: a necessidade da correção mediante a aplicação da técnica da nulidade sem redução do texto. 6.1.1) Primeiro grupo - infrações previstas no Código Penal e em leis especiais sem previsão de procedimento especial. 7) À guisa de conclusão – esclarecimentos finais.

A EVOLUÇÃO DO CONCEITO DE DANO MORAL

*André Gustavo C. de Andrade - Juiz de Direito do TJ/RJ-
Professor de Direito Civil e Processual da EMERJ.*

1) Conceito de dano moral. 1.1) Conceito negativo ou excludente. 1.2) Dano moral como dor ou alteração negativa do estado anímico, psicológico ou espiritual da pessoa. 1.3) Dano moral como lesão a determinada categoria de direitos. 1.3.1) O surgimento dos direitos da personalidade. 1.3.2) Dano moral como lesão e direito da personalidade. 1.3.3) A apontada distinção entre *atividade lesiva* e *dano moral*. 2) A aptidão dos direitos da personalidade para gerar vantagem econômica. 3) A cumulabilidade dos danos moral e material. 4) O dano estético. Sua cumulação com o dano moral e com o dano material. 5) Desnecessidade de alterações psicológicas do espírito para configuração do dano moral. 5.1) Pessoas jurídicas. 5.2) Doentes mentais e pessoas em estado comatoso. 5.3) Crianças. 5.4) Nascituro. 5.5) Dano moral difuso ou coletivo. 5.6) Síntese. 6) Situações em que dano moral e “dor” se confundem. 7) Espécies de dano moral. 8) Dano moral em caso de descumprimento de obrigação contratual. 9) A prova do dano moral. 10) Conclusões.

143

EXERCÍCIO IMPESSOAL DA JURISDIÇÃO CIVIL

Alexandre Freitas Câmara – Advogado e Professor de Direito Processual Civil da EMERJ e de pós-graduação da Universidade Estácio de Sá.

I) Introdução. II) O princípio da impessoalidade. III) A jurisdição civil no Estado Democrático de brasileiro. IV) O exercício impessoal da jurisdição civil na prática forense. V) Exercício impessoal da jurisdição x jurisprudência vinculante. VI) Conclusão.

176

O IMPACTO DO NOVO CÓDIGO CIVIL NO MUNDO DOS CONTRATOS

Sylvio Capanema de Souza - Desembargador no TJ/RJ e Professor da EMERJ

Os novos institutos da lesão e da resolução dos contratos por onerosidade excessiva (art. 157 e 478) e o impacto no mundo dos negócios jurídicos. A idéia da boa-fé objetiva. O art.157 e a técnica de cláusulas abertas. Os contratos de execução continuada e sua repercussão no desequilíbrio da equação econômica das partes se ocorrer fato imprevisível. A possível invocação do art. 478 do Código. A manutenção da idéia do *pacta sunt servanda* e o conceito de boa-fé objetiva e de função social do direito.

188

A INCONSTITUCIONALIDADE DA CLÁUSULA DE INALIENABILIDADE E DA DECLARAÇÃO DE SUA JUSTA CAUSA PREVISTA NO NOVO CÓDIGO CIVIL PARA OS TESTAMENTOS LAVRADOS NA ÉGIDE DO CÓDIGO DE 1916

Gustavo Bandeira – Juiz de Direito do TJ/RJ e Professor de Direito Civil e de Informática

I) Introdução. II) Generalidades. II.1) Origens e Finalidade. II.2) Espécies de Inalienabilidade. III) Inovações no novo Código Civil. III.1) A Justa Causa como condição de Validade da Cláusula de Inalienabilidade. III.2) A Regra de Transição do novo Código e seu Exame de Constitucionalidade. IV) A Inconstitucionalidade das Cláusulas da Inalienabilidade Incidentes sobre as Legítimas. IV.1) Visão Crítica ou (In)Conformismo da Doutrina quanto ao Gravame da Inalienabilidade sobre a Legítima dos Herdeiros. IV.2) O Gravame de Inalienabilidade e o Direito Constitucional à Herança.

191

DA EXTINÇÃO DA RESPONSABILIDADE DOS FIADORES, EM CONTRATO DE LOCAÇÃO. PRONUNCIAMENTOS CONTRA LEGEM DO STJ

205

Luis Camargo Pinto de Carvalho - Juiz do Segundo Tribunal de Alçada Civil de São Paulo (SP)

1) Introdução. 2) O Direito em vigor. 3) Súmula 214 do Superior Tribunal de Justiça. 4) Da exoneração do fiador mediante notificações ao credor 5) O direito à moradia e a constrição sobre o imóvel residencial do fiador.

DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE – TUTELA DE URGÊNCIA

217

Maria Cristina Barros Gutierrez Slaibi - Juíza de Direito do TJ/RJ e Professora de Direito Processual Civil

1) Introdução. Direito Fundamental à Saúde. 1.1) Solidariedade dos entes federativos. 1.2) Objeto da obrigação prestacional de saúde. 2) Tutelas de urgência. 2.1) Fundamento constitucional do acesso à justiça. 2.2) Cautelar e antecipação de tutela. Princípio de fungibilidade. 2.3) Tutela antecipada na sentença. 2.4) Limites objetivos da lide. Natureza *rebus sic stantibus* da obrigação prestacional de saúde. Conclusão.

DO JULGAMENTO ANTECIPADO DE MANIFESTA IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO

238

Rogério de Oliveira Souza - Juiz de Direito do TJ/RJ

1. Introdução. 2. A Tendência Atual para o Conhecimento Antecipado do Pedido. 3. A Possibilidade Legal para o Julgamento Antecipado do Pedido Manifestamente Improcedente. 3.1. Petição inicial inepta quanto ao mérito. 3.2. A decadência e a prescrição. 3.3. Pedido contrário à súmula do tribunal. 3.4. Exceção de contrato não cumprido. 3.5. Questão unicamente de direito. 3.6. O princípio do livre convencimento. 4. Não Violação do Devido Processo Legal. 5. Coisa Julgada. 6. Recursos. 6.1. Limites Objetivos da Decisão Recursal. 7. Conclusão.

A REDUÇÃO DA IDADE DE IMPUTABILIDADE PENAL E SEUS ASPECTOS CONSTITUCIONAIS

263

Luciana de Oliveira Leal - Juíza de Direito do TJ/RJ

Introdução: 1) A questão da redução da idade de Responsabilidade penal. 2) A Disciplina legal da questão. 3) Os Direitos Fun-

damentais de crianças e adolescentes e a imputabilidade penal.
4) O princípio da igualdade aplicado à redução da idade penal.
5. Conclusão.

A IMUTABILIDADE DO REGIME DE BENS DO CASAMENTO

Ronaldo Álvaro Lopes Martins – Juiz de Direito na 1ª Vara de Família do TJ/RJ

Alteração do regime de bens do casamento permitida agora no novo Cód. Civil. A ressalva, contudo, do art. 2.039. O princípio da imutabilidade do regime de bens. A Lição de Roberto Ruggiero, Eduardo Espínola e a Doutrina de Paul Roubier e Gabba. A crítica de Heloisa Maria Daltro Leite ao comentar o art. 2.039. A diferença da palavra imutável e irrevogável do Código anterior (art. 230). As disposições dos art. 2.037, 2.039 e 2.041.

277

DIREITO À PRIVACIDADE E LIBERDADE DE EXPRESSÃO

Daniela Ferro Affonso Rodrigues Alves – Juíza de Direito do TJ/RJ

1) Introdução. 2) A liberdade de expressão. 3) O Direito à privacidade. 4) Direito à privacidade X liberdade de expressão. 5) Conclusão.

285

ANOTAÇÕES SOBRE OS ASPECTOS INTERTEMPORAIS DO DIREITO DAS COISAS NO NOVO CÓDIGO CIVIL

Marco Aurélio Bezerra de Melo - Defensor Público da 21ª Vara Cível do RJ e Prof. de Direito Civil da EMERJ e da UCAM

I) Introdução. II) Princípio da irretroatividade. III) O Direito intertemporal aplicado aos Direitos Reais. IV) Algumas aplicações práticas do direito intertemporal no novo Código Civil: 1) Modificação da situação fática de detentor para a jurídica do possuidor. 2) Supressão da enfiteuse. 3) O novo instituto da expropriação privada – art. 1.228, §§ 4º e 5º. 4) A redução do prazo para a usucapião extraordinária. 5) As novas modalidades de usucapião. 6) Condomínio edilício: a) Valor da cota condominial proporcional às frações ideais (art. 1.336,I). b) Multa penitencial de dois por cento por atraso no pagamento da cota condominial (art. 1.336, § 2º.). V) Conclusão.

292

FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE

Melhim Namem Chalhub - Advogado no Rio de Janeiro

1) Considerações preliminares. 2) Estrutura e função. 3) Função social da propriedade. 4) Os princípios Constitucionais de 1988. 5) A função social da propriedade urbana: o Estatuto da Cidade. 6) O Código Civil de 2002. 7) Conclusão.

305

REFLEXÕES NO PROCESSO PENAL

Claudia Marcia Gonçalves Vidal - Juíza de Direito do TJ/RJ

I - Introdução. II - Da inexistência de nulidade por instruir a ação penal procedimento administrativo presidido por promotores de justiça. III – Da decisão de recebimento da denúncia. IV - Da inexistência de nulidade por ausência de citação do réu preso requisitado. V – Da Inexistência de nulidade de ausência de nomeação de Defensor Público para o ato do interrogatório. VI – Da inexistência de nulidade absoluta em razão da desobediência ao disposto no art. 514 do CPP. VII – Da desnecessidade de nomeação de curador ao maior de 18 anos e ao menor de 21 anos à luz do art. 5º da Lei nº 10.406/02.

318

ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E CONSTITUIÇÃO NO BRASIL: UMA REVISÃO NECESSÁRIA

Rogério Gesta Leal - Desembargador do TJ/RS e Professor universitário

I. Notas preliminares. II. Marcos constitucionais da Administração Pública no Brasil. III. Administração Pública Social e Democrática de Direito. IV. Mecanismos jurídicos e políticos de democratização da Administração Pública Constitucional: análise crítica. V. Considerações Finais.

329

COLABORARAM NESTE NÚMERO

Alexandre Freitas Câmara, 176
André Gustavo C. de Andrade, 143
Claudia Marcia Gonçalves Vidal, 318
Daniela Ferro Affonso Rodrigues Alves, 285
Felipe Augusto de Miranda Rosa, 48
Gustavo Bandeira, 191
Joaquim Antonio Penalva Santos, 70
José Carlos Barbosa Moreira, 55
Lenio Luiz Streck, 106
Luciana de Oliveira Leal, 263
Luis Camargo Pinto de Carvalho, 205
Marco Aurélio Bezerra de Melo, 292
Maria Cristina Barros Gutierrez Slaibi, 217
Melhim Namem Chalub, 305
Rogério de Oliveira Souza, 238
Rogério Gesta Leal, 329
Ronaldo Álvaro Lopes Martins, 277
Ruy Rosado de Aguiar Júnior, 15
Sergio Cavalieri Filho, 31
Sylvio Capanema de Souza, 188

O Novo Código Civil e o Código de Defesa do Consumidor (Pontos de Convergência) *

RUY ROSADO DE AGUIAR JÚNIOR

Ministro do Superior Tribunal de Justiça

I – Do Aparente Conflito de Leis no Tempo

Venho tratar das relações que se podem estabelecer entre o Código Civil e o Código de Defesa do Consumidor.

O primeiro tema a examinar é o aparente conflito de leis no tempo entre os dois diplomas. A questão está em saber se, com a promulgação do Código de Defesa do Consumidor, as relações de consumo permanecem reguladas inteiramente pelo Código de Defesa do Consumidor, ou se algumas dessas relações podem ser afetadas pelo Código Civil. Para encontrar uma solução, faço algumas considerações.

Todos sabemos que a ordem jurídica é um sistema, com condições de determinar as regras para a criação e reprodução de normas e assim se auto-alimentar. É um sistema, porque estabelece a validade dessas normas que são criadas ou reproduzidas; e também, porque diz como será feita a aplicação dessas normas válidas.

É um sistema aberto, que pode sofrer a influência de valores externos, metajurídicos ou extrajurídicos, que atuam diretamente sobre ele. Não é um sistema fechado, como se estivesse distante do que acontece fora desse mundo de normas, que ele mesmo cria e sobre as quais dispõe, mas é algo que sofre, necessariamente, a influência de valores sociais, econômicos, morais, que estão fora dele e sobre ele atuam. Mesmo Luhman, que entende ser a ordem jurídica um sistema fechado, admite que ele funciona como se fosse uma bolha, a sofrer alteração no seu contorno, por efeito de fatores externos que atuam sobre a sua conformação externa. Essa influência externa altera, internamente, o conteúdo e a disposição das normas.

Então, temos um sistema aberto - a ordem jurídica nacional, na qual se inclui o sistema de Direito Privado - e microssistemas, entre eles o Código de Defesa do Consumidor.

* Palestra proferida no Seminário “O Novo Código Civil e o Consumidor”, realizado na EMERJ dia 11-04-2003.

O Código de Defesa do Consumidor regula uma relação específica e tem seus princípios e regras. Por um paradoxo nosso, por uma situação muito especial do Brasil, esse microsistema - que normalmente deveria ser influenciado pelos princípios do sistema - na verdade terminou influenciando o sistema maior de Direito Privado, porque este que tínhamos era extremamente desatualizado, reproduzindo idéias de mais de duzentos anos.

Quando surgiu o Código de Defesa do Consumidor, em 1990, veio com ele uma nova visão do mundo negocial, e os princípios que esse Código adotou terminaram influenciando a interpretação e a aplicação do sistema civil. Tanto assim que, se observarmos a jurisprudência depois de 1990, e a própria doutrina, veremos o quanto a interpretação e a aplicação do Direito Civil mudaram no Brasil à luz dos princípios do Código de Defesa do Consumidor. Embora este esteja inserido num microsistema, terminou atuando, decisivamente, para influir sobre o próprio sistema.

O Código de Defesa do Consumidor possui alguns princípios: proporcionalidade, publicidade, igualdade, equivalência das prestações, informação, consentimento informado, defesa do hipossuficiente etc., e os usou com certa frequência, diferentemente do Código Civil, de cláusulas gerais.

Agora, surgiu e está em vigor o Código Civil de 2002, que introduz novos princípios e reproduz alguns outros presentes na Constituição de 1988. Então, no Direito Civil, para aplicar alguns daqueles princípios que antes só estavam consagrados na lei do consumidor, não mais necessitamos fazer remissão ao CDC, porque já os temos no próprio sistema.

A primeira idéia que tenho é a de que, no microsistema do direito do consumidor, inserido dentro do sistema maior do Direito Privado, devem ser aplicados os princípios do sistema. Se fizermos uma distinção entre princípios e regras, entendemos que princípio é o preceito que apreende um certo valor e o revela em um enunciado, que há de servir para a interpretação de outros dispositivos, e as regras são aquelas normas de conduta reguladoras do comportamento e de suas conseqüências dentro do ordenamento jurídico.

Pois bem, hoje, os princípios que temos no Código Civil podem ser, penso eu, usados e aplicados no microsistema do direito do consumidor. Se, por acaso, surgir conflito entre um princípio do Código Civil e outro do Código de Defesa do Consumidor, a prevalência há de ser em favor do princípio do Código de Defesa do Consumidor para interpretar e aplicar à relação de consumo, porque essa relação é específica e há de atender, principalmente, aos princípios do microsistema. Assim, por exemplo, o princípio de que a prova é ônus de quem alega, reproduzido, de um certo modo, no artigo 877 do Código Civil, onde está dito que "*Àquele que voluntariamente pagou o indevido incumbe a prova de tê-lo feito por erro*", não prevalece no âmbito do Código

de Defesa do Consumidor porque neste admite-se, em tese, a presunção da veracidade da alegação do consumidor.

E com isso chego a uma primeira conclusão, no sentido de que, no conflito entre princípios, aplica-se à relação de consumo o do Código de Defesa do Consumidor.

No que tange às regras que enunciam condutas e suas conseqüências, a toda relação de consumo aplica-se o Código de Defesa do Consumidor. Porém, se o Código Civil, em vigor a partir de 2003, tem alguma norma que especificamente regula uma situação de consumo, nesse caso, há de se aplicar a norma do Código Civil, isso porque se trata de lei mais recente. Como exemplo, lembro as disposições que temos hoje sobre o contrato de transporte de pessoas e coisas que integram o novo Código Civil e compõem um capítulo próprio, não constantes do Código Civil de 1916. Ora, todos sabemos que o transporte é uma relação de consumo estabelecida entre um fornecedor de serviço e um consumidor desse serviço. Embora o legislador tenha posto isso no Código Civil, na verdade, ele está regulando uma relação de consumo, à qual se aplica o Código Civil, não o Código de Defesa do Consumidor.

Assim, no art. 740, o novo Código dispõe sobre a desistência da viagem antes de iniciada e garante a restituição do valor da passagem, desde que feita a comunicação ao transportador em tempo de a passagem ser renegociada. E, uma vez já iniciada a viagem, há a possibilidade de o passageiro que desiste obter a devolução correspondente ao trecho não utilizado, demonstrando que houve a revenda para outro. Também dispõe que, em todas essas situações, tem o transportador o direito de reter 5% a título de multa compensatória. Quanto ao transporte de coisas, há uma regra que assegura o direito de o transportador ser indenizado – e tem um prazo de 120 dias para fazer esse pedido – dos prejuízos que lhe causou o proprietário remetente da coisa, se não avisou dos perigos. É uma regra específica, que estabelece prazo de 120 dias para a reclamação.

Essas disposições específicas para a relação de consumo em caso de transporte de pessoas e coisas são aplicadas, penso eu, em detrimento de outra qualquer que possa estar no Código de Defesa do Consumidor, por se tratar de um direito superveniente que veio dispor, de modo específico, sobre uma relação de consumo. É uma questão de lugar, tendo o legislador escolhido regular a matéria no Código Civil, e não no Código do Consumidor.

Porém, embora em casos tais tenhamos de aplicar regras do Código Civil a situações específicas de consumo, em detrimento do Código de Defesa do Consumidor, continuam todavia prevalecendo para elas os princípios gerais do CDC. Portanto, nessa relação de transporte, por exemplo, a questão

da prova a respeito do prejuízo será regulada pelos princípios que estão no Código de Defesa do Consumidor, e não no Código Civil.

Assim, não se pode dizer que sempre se aplica o Código de Defesa do Consumidor à relação de consumo, nem é de afirmar-se que o Código Civil revogou as disposições do Código do Consumidor. Os princípios são os do Código de Defesa do Consumidor, as regras são as do Código de Defesa do Consumidor, salvo quando o Código Civil dispuser especificamente sobre uma relação de consumo, de que é exemplo o contrato de transporte de pessoas e coisas.

II – Das Cláusulas Gerais

Trato, agora, das cláusulas gerais do Código de Defesa do Consumidor e do novo Código Civil. Sabemos que a cláusula geral é uma norma que impõe ao juiz o dever de, no momento de fazer sua aplicação, determinar previamente qual a norma de conduta que deveria ter sido observada naquele caso. Em função da regra que ele cria para aquela situação, fará então a avaliação da conduta em exame. Se essa conduta estiver de acordo com a norma de dever, assim criada para aquele caso concreto, ela será considerada lícita; se em desacordo, será então ilícita.

O Código Civil de 1916 pouco usou das cláusulas gerais. Podemos encontrar ali o art. 159, que definia o ilícito absoluto como sendo o ato praticado com negligência ou imprudência, causador de dano, e atribuía ao autor dessa infração a obrigação de reparar o dano. Como o art. 159 não disse em que consistia a culpa, em que consistia o descuido que caracterizaria a existência da infração, cabia sempre ao juiz dizer qual a conduta devida em cada situação que examinava e, a partir dali, concluir se houvera ou não a infração, se houvera ou não o descuido.

Além dessa disposição do art. 159 – que era uma cláusula geral –, também tínhamos a do art. 924, que permitia ao juiz, em certos casos, reduzir a multa aplicada, prevista para o descumprimento do contrato. O art. 924 foi usado, pelo STJ, como uma cláusula geral para garantir ao promissário comprador a devolução do que havia pago, entendendo-se que a retenção pelo promitente vendedor corresponderia a uma multa, reduzida para 10 ou 20% do que fora pago. Isso serviu para afastar a cláusula de decaimento, normalmente prevista nos contratos de promessa de compra e venda de imóveis, e amenizar a situação do comprador, ainda que inadimplente. Fez-se do art. 924 uma aplicação extensiva, para permitir a solução de tais casos, pelo que poder-se-ia ver, nesse artigo, uma outra espécie de cláusula geral.

No art. 964 do Código de 1916, sobre o pagamento indevido, havia uma disposição dizendo que: *“Todo aquele que recebeu o que lhe não era devido*

fica obrigado a restituir...". Essa mesma regra foi reproduzida no Código Civil de 2002, no art. 876 que tem, no entanto, uma redação melhor, mais ampla. A regra do enriquecimento injusto, que garante ao prejudicado a possibilidade de ser indenizado, consta do atual art. 884: *"Aquele que, sem justa causa, se enriquecer à custa de outrem, será obrigado a restituir o indevidamente auferido..."*. É uma regra subsidiária mas, de qualquer forma, está inserida no nosso Código, para permitir o reequilíbrio em favor daquele que perdeu com o enriquecimento injusto do outro.

Além dessas disposições, poderia ainda mencionar, como cláusula geral no Código de 1916, o art. 1.056, que dispunha sobre a responsabilidade do contratante que descumpra o contrato.

Todas essas poderiam ser tidas como cláusulas gerais, porque permitiam ao juiz estabelecer a regra de conduta que, no caso, deveria ser obedecida. Mas a verdade é que no Código de 1916, ou por despreparo da nossa ciência jurídica, que não sabia como lidar com esse tipo de norma, ou por desnecessidade prática de qualquer referência a essa técnica, a cláusula geral não era conceito corrente. Foi o Código de Defesa do Consumidor que introduziu a presença da cláusula geral em alguns dispositivos de grande aplicação a casos práticos, como a hipótese da cláusula geral da boa-fé e a da onerosidade excessiva.

O Código Civil de 2002 segue com mais vigor por esse mesmo caminho, e tem várias cláusulas gerais. Veremos o que estava no Código de Defesa do Consumidor com relação a essas cláusulas, o que está no Código Civil de 2002 e de que modo podemos usar essas disposições – as do Código Civil e as do Código de Defesa do Consumidor – na atualidade.

III – Da Boa-Fé

Começo pela cláusula da boa-fé objetiva. No art. 4º do CDC está dito que a política nacional das relações de consumo será harmonizada com a valoração dos interesses, de acordo e com base na boa-fé; o art. 51 reza que são nulas as cláusulas incompatíveis com a boa-fé. Enquanto a primeira é uma orientação para o legislador e para o Estado como um todo, que deve compatibilizar os interesses da produção e do consumidor com base na boa-fé, há a regra específica contratual do art. 51, dizendo ser nula de pleno direito a cláusula incompatível com a boa-fé.

Sobre a boa-fé, o Código Civil de 2002 tem disposições mais amplas e completas. Como já constavam do Projeto de 1975, que se transformou no Código de 2002, verificamos que o legislador civil de 1975, nesse ponto, foi mais avançado do que o do Código de Defesa do Consumidor e melhor, até, do que o foi o de outros países em que se dispôs sobre a cláusula da boa-fé.

O artigo 422 do Código de 2002 reza que “*Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé*”. É uma cláusula geral que dispõe sobre a boa-fé no contrato, em todos os contratos. A boa-fé objetiva é o princípio de lealdade que deve orientar as relações humanas, de sorte que todos devem permitir sejam realizadas as expectativas que os outros têm nas relações mantidas na vida social, princípio ético que preside o ordenamento, está presente e serve de guia para todas as relações no campo do Direito Privado, e também no âmbito do Direito Público. Diz o art. 422 que esse princípio, em se tratando de relação obrigacional, deve ser observado desde a celebração até a execução.

Acrescento eu que o enunciado ainda admite maior extensão, pois a boa-fé deve estar presente mesmo antes da realização do contrato, isto é, já nas tratativas, porque é a boa-fé que sustenta a idéia da responsabilidade pré-contratual. Antes de celebrar o contrato, as partes estão obrigadas umas com as outras a ser honestas, probas, a não causar danos injustificados, a não criar expectativas inatingíveis, a não frustrar o que legitimamente delas era esperado. Por isso, aquele que inicia uma negociação e sem nenhuma justificativa dela sai, deixando para o outro, que nela acreditou, o prejuízo de nele ter confiado, responde pelo dano causado; não é com base no contrato, uma vez que contrato inexistente, nem na lei, que lei também não dispõe sobre isso; responde com base no princípio da boa-fé objetiva, que cria o dever de indenizar, antes do contrato.

Há de se entender, também, que essa boa-fé preside as relações mesmo depois de extinto ou de integralmente executado o contrato. Aquele que, depois de cumpridas todas as prestações contratadas, frustra as expectativas do outro, pode ser obrigado a indenizar por ter violado o princípio da boa-fé. Quem aliena o seu estabelecimento, entrega o bem e recebe o preço, não pode depois disso ter conduta contrária ao que dele se poderia esperar, de acordo com a boa-fé. Assim, o vendedor de uma mercearia não há de, no dia seguinte, estabelecer a mesma mercearia ao lado daquela que ele vendeu, porque isso significaria uma concorrência desleal para com o comprador. O ilícito acontece depois de extinto o contrato, independentemente de cláusula contratual prevendo essa situação. Quero dizer que a boa-fé objetiva, criando obrigações ou limitando direitos, atua antes, na celebração, na execução, e até depois de extinto o contrato. O art. 422 do CC permite essa interpretação.

O art. 187 diz assim: “*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*”. Aqui se definiu o abuso de direito como sendo um ato ilícito e com isso ultrapassamos toda

uma dificuldade teórica para conceituá-lo. O conceito de abuso de direito acolhido pelo Código não tem nenhum elemento intencional. Sabe-se que nossa antiga doutrina apenas admitia o abuso quando demonstrado que o titular do direito excedera-se com a intenção de prejudicar terceiro, com o propósito maligno de causar dano ao outro. Abandonou-se essa exigência meramente subjetiva para se dizer que o abuso de direito corresponde ao exercício de um direito além da boa-fé, dos limites impostos pelo seu fim econômico ou social, ou pelos bons costumes.

Com isso, a boa-fé é posta no Código Civil como uma couraça de todo o ordenamento jurídico para informar que todos os direitos subjetivos por ele assegurados somente poderão ser exercidos no limite da boa-fé, e isso vale para o contrato, para o Direito Civil de um modo geral, e também para o Direito Público. Essa é, acredito eu, a regra mais importante do Código Civil.

Essas disposições do Código Civil sobre a boa-fé completam as que constavam no Código de Defesa do Consumidor. Por isso, a cláusula geral da boa-fé no Código de Defesa do Consumidor e as cláusulas gerais sobre boa-fé no Código Civil podem ser aplicadas complementarmente.

IV – Da Lesão

A lesão é um vício que está presente na celebração do contrato. Se neste são estipuladas condições altamente desvantajosas para uma das partes, há ali a possibilidade de existir um vício que atinge o próprio contrato. É uma idéia que nos veio do Direito Romano, passou pelo Direito Portu-guês, estava na Consolidação de Teixeira de Freitas, mas foi proibida de ser invocada pelo Código Comercial de 1850, e esquecida no Código Civil de 1916. Ela ressurgiu no nosso direito pela lei de 1951 sobre a economia popular, que enumerou entre as causas de nulidade do contrato a usura real, existente sempre que uma das partes obtivesse vantagem superior a 20% do que era corrente ou justo (art. 4º da Lei 1.521/51). Mas, nesse caso, somente se reconheceria a nulidade se demonstrado o abuso da situação de necessidade premente, da inexperiência ou da leviandade da outra parte.

O Código de Defesa do Consumidor, no artigo 6º, inciso V, veio retomar a idéia da lesão para permitir a modificação de cláusula que estabeleça prestações desproporcionais, isto é, quando as prestações não forem equivalentes. No artigo 51, diz-se que são nulas as obrigações consideradas iníquas, abusivas, ou que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada. Com isso, o CDC trouxe para o nosso sistema aquela idéia presente no antigo direito, de reconhecer a lesão sempre que houver, objetivamente, na celebração do contrato, uma prestação desproporcionada (se era de 20%, lesão enorme; se era de 50%, lesão enormíssima), bastando a simples presença

da desproporção, independentemente do requisito subjetivo de estar o contratante abaixo de necessidade ou sendo explorado em sua inexperiência ou leviandade.

Já o Código de 2002, retornando ao espírito da lei de 1951, introduziu novamente, na idéia de lesão, o requisito da premente necessidade ou da inexperiência, conforme está no art. 157. Nesse ponto, o Código Civil disse menos do que deveria, e não se aplica essa regra à relação de consumo. O juiz civil - para os outros contratos sobre os quais incide - terá de interpretar a regra do art. 157 do Código Civil - que dispõe sobre a lesão e impõe o elemento subjetivo da necessidade ou da inexperiência - para verificar até que ponto, na verdade, vai ser exigida a prova dessa premente necessidade ou inexperiência. A rigor, penso eu, ele deverá entender que quem se obriga a uma prestação absolutamente exagerada e desproporcionada à situação do mercado ou ao que era justo, estava agindo, presumidamente, por extrema necessidade. É o único meio que terá o juiz do civil – estou aqui falando não do juiz da relação de consumo, mas do juiz do civil em geral – de garantir que o contrato seja justo, naquela idéia de Aristóteles, quando nele se entra ou sai com o mesmo, ou então, nas palavras que ele usou na *Ética a Nicomacos*: “*O justo no contrato consiste em ter um quinhão igual antes e depois da ação*”. Caberá ao juiz do civil, portanto, ao interpretar o art. 157, dar-lhe uma feição adequada à idéia de justiça.

V – Da Onerosidade Excessiva

Diferentemente da lesão, defeito que está na gênese do contrato, a onerosidade excessiva é a consequência de um fato posterior, e surge em razão de fatos ocorridos depois da celebração do contrato. Pode acontecer que, por razões supervenientes, haja uma alteração objetiva da base do negócio, isto é, daquelas circunstâncias objetivas que estavam presentes no momento em que o negócio foi celebrado e em razão das quais foi feito. A modificação superveniente vai gerar uma dificuldade que tornará mais onerosa a obrigação a uma das partes.

Não se tratando de contrato instantâneo, isto é, aquele que se realiza e se completa em um momento, quando um dá e outro recebe, mas de contrato que prevê prestações a serem cumpridas em um tempo futuro, seja em razão de execução diferida (prestações mensais no contrato de compra e venda), seja porque a execução é continuada ou duradoura (prestações no contrato de locação, ou no contrato de fornecimento), nesses casos a idéia é a de que deverá haver, no futuro, quando a prestação vier a ser cumprida, a manutenção daquelas bases presentes quando da realização do negócio. Se houver modificação capaz de colocar uma das partes em situação de grave dificul-

dade para suportar o cumprimento do contrato assim como avençado, haverá também a possibilidade da modificação daquela prestação, ou da própria extinção do contrato. Esse fenômeno é tratado sob diversas denominações: teoria da imprevisão, da onerosidade excessiva, da alteração da base do negócio, da pressuposição etc., mas, na verdade, é uma coisa só, e todas procuram explicar quais as características que deve ter esse fato superveniente para ter eficácia sobre o negócio já concertado. A questão está em saber que requisitos deverão estar presentes para que se aceite a modificação ou a extinção do contrato.

O Código de Defesa do Consumidor, nesse ponto, tem uma regulação objetiva, isto é, basta que ocorra um fato superveniente que altere objetivamente o equilíbrio entre as prestações para que seja possível a revisão ou a modificação do contrato (art. 6º, V). Já o Código Civil de 2002 veio dizer, no art. 478 que, nesses contratos de execução diferida ou continuada, se a prestação de uma das partes se tornar excessivamente onerosa, pode haver a modificação ou a resolução, mas desde que – e aqui impôs dois requisitos, que não estão no Código de Defesa do Consumidor – haja, em favor da outra parte, uma vantagem exagerada, e desde que esses fatos sejam imprevisíveis.

Ora, esses dois requisitos que não estão no Código de Defesa do Consumidor na verdade, a meu juízo, não deveriam estar também no Código Civil. Em primeiro, porque esse fato superveniente pode até ser previsível, – no Brasil, a inflação é um fato previsível –, mas esse fato superveniente previsível pode tornar absolutamente insuportável o cumprimento do contrato para uma das partes. Além disso, não faz parte do conceito de onerosidade excessiva, e nunca fez, o requisito da vantagem exagerada da outra parte. A onerosidade excessiva justifica uma modificação do contrato ou a sua extinção desde que uma das partes sofra de forma insuportável; pouco interessa se a outra tenha com isso uma vantagem, que poderá não ter. Assim, a redação do Código Civil, nesse ponto, pecou ao introduzir duas condições para a onerosidade excessiva que não deveriam ali constar, daí por que há de se aplicar à relação de consumo o disposto no Código de Defesa do Consumidor.

Agora, também acredito - e aqui faço uma observação aplicável ao juiz do cível em geral - que essa disposição do art. 478 há de ser interpretada juntamente com o art. 317 do Código Civil para os contratos que não sejam de consumo. Ao dispor sobre pagamento, o Código Civil disse que, se o juiz verificar ter a prestação perdido o valor, poderá determinar um reajustamento da prestação. Ora, se é possível ao juiz, simplesmente considerando o fato objetivo da desvalorização da prestação, recompor a obrigação em favor de quem é feito o pagamento, penso eu que esse mesmo princípio há de se

aplicar, também, para quem vai pagar. No caso do art. 317, ao que parece, o legislador quis proteger o credor, para dizer que ele terá direito de solicitar o aumento da prestação. Mas essa mesma regra há de funcionar, também, atendendo ao princípio de isonomia, em favor do devedor. Com isso, poderemos conciliar essas duas disposições do Código Civil para afirmar que bastam os dados objetivos para que, com base na modificação superveniente das circunstâncias, tornando a prestação exagerada ou desvalorizada, seja feita a alteração do contrato.

VI – Da Redução da Cláusula Penal

Estou retornando ao tema da redução da cláusula penal do art. 924 do Código Civil porque é uma regra importante, que permite seja aplicada, a título de redução da multa, a todas as situações em que o devedor inadimplente pede a extinção; obtendo-a, a redução da cláusula penal que previa a perda das prestações garante ao devedor a devolução de uma parte do que pagou. A regra do art. 924 está reproduzida no art. 413 do Código Civil de 2002, e com maior amplitude, isto é, agora está dito claramente que o juiz poderá reduzir a multa imposta toda vez que ela se mostrar manifestamente excessiva, independentemente da proporção de cumprimento da obrigação, como estava no Código revogado (art. 924), e com isso estará autorizando o comprador a receber a restituição de uma parte do que pagou, porque a multa, que corresponderia à perda total, é excessiva. Por isso, penso, o disposto no art. 413 do Código Civil aplica-se também à relação de consumo. Essa observação tem pertinência porque no art. 53 do Código de Defesa do Consumidor havia o parágrafo 5º, que vinha expressamente dispor sobre a possibilidade de o devedor inadimplente reter ou receber de volta aquilo que havia pago na execução do contrato que, depois, ele não conseguiu cumprir. Essa disposição foi vetada. Portanto, no âmbito do Código de Defesa do Consumidor, o comprador ficou desprotegido em tal hipótese. Com a interpretação que se propõe que seja dada ao disposto no art. 413 do Código Civil, esse artigo deverá ser aplicado em favor do consumidor, pois o CC concede mais que o CDC.

VII – Da Desconsideração da Pessoa Jurídica

A desconsideração da pessoa jurídica não estava prevista no Código Civil de 1916, mesmo porque o seu art. 20 consagrava a absoluta separação entre a pessoa física e a pessoa jurídica. Essa regra do art. 20 não está reproduzida no Código Civil de hoje, e o Código de Defesa do Consumidor, no art. 28, tem uma regra amplíssima a respeito da responsabilidade dos sócios quando, na direção ou na administração da sociedade, tenham agido contra

o contrato e/ou contra a lei, causando dano ao consumidor ao administrar mal a empresa, levando-a à insolvência ou à falência.

Sobre a desconsideração, o Código Civil traz uma regra específica no art. 50, no sentido de que a desconsideração da pessoa jurídica será possível em duas situações: quando demonstrado ou o desvio da pessoa jurídica ou a confusão patrimonial entre os sócios e a sociedade. Portanto, apenas nesses dois casos é que o Código Civil permite a desconsideração. As hipóteses previstas no Código de Defesa do Consumidor, na verdade, acredito, são apenas hipóteses de extensão da responsabilidade patrimonial da sociedade que se passa aos sócios, não sendo, propriamente, uma situação de desconsideração da pessoa jurídica.

A desconsideração da pessoa jurídica ocorre, no caso de desvio, quando aquele ato praticado pela pessoa jurídica é, em si, lícito, mas é ilícito se pensarmos que foi praticado para encobrir o ato do sócio. Isto é, ao ver-se o ato da pessoa jurídica, ele é lícito; visto como sendo um ato do sócio, é ilícito. Nesse caso, a pessoa jurídica é usada para encobrir o ato ilícito do sócio, desviando a sua finalidade. Em tal circunstância, é possível afastar a pessoa jurídica para atingir o sócio que, na verdade, estava praticando o ato. O exemplo clássico é daquele que, estando proibido de exercer uma certa atividade como pessoa física, constitui uma pessoa jurídica e por ela pratica o ato que a ele não era permitido.

Também se tem a desconsideração da pessoa jurídica quando já não há a separação entre o patrimônio dela e o dos sócios, distinção que é a razão de ser da pessoa jurídica. Então, estou dizendo e concluindo que as disposições do Código de Defesa do Consumidor sobre a desconsideração da pessoa jurídica, na verdade, não são hipóteses de desconsideração, mas de extensão de responsabilidade por atos ilícitos dos administradores - regra que nós já tínhamos na lei que tratava da sociedade de responsabilidade limitada - e que as hipóteses de desconsideração que estão no Código Civil também se aplicam em favor do consumidor.

VIII – Da Responsabilidade Civil

Tocante à responsabilidade civil, devo fazer duas observações: uma é sobre a responsabilidade objetiva, outra é quanto à indenização do dano moral.

No que diz com a responsabilidade objetiva, as disposições do Código de Defesa do Consumidor atribuem essa responsabilidade ao fornecedor. No novo Código, há duas novas regras, que também dispõem sobre responsabilidade objetiva: a do art. 927, que atribui a responsabilidade objetiva a todo aquele que normalmente exerce uma atividade perigosa e em razão disso causa um dano, e a regra do art. 931, que atribui a responsabilidade objetiva

ao empresário que põe em circulação um produto, isto é, um bem ou um serviço e que, em razão dessa circulação, haja dano.

A norma do art. 927 dispõe sobre responsabilidade por ato ilícito; ilícito absoluto, independentemente de contrato, daí por que, de um modo geral, não terá também aplicação na relação de consumo que, em princípio, pressupõe a existência da relação contratual (tirante os casos de responsabilidade pré-contratual). A outra norma, a do art. 931, que atribui responsabilidade ao empresário que põe em circulação produtos, não se aplica à relação de consumo, porque a própria disposição legal esclarece que ela será usada se não houver disposição específica de outra norma. Como temos uma legislação específica para o consumo, ela em princípio não se estende à relação de consumo.

IX – Da Valoração do Dano Moral

Em primeiro lugar, esclareço que trato sob a denominação de dano moral o dano extrapatrimonial, e mantenho essa designação porque assim constou na Constituição e tem sido com certa uniformidade usado na doutrina e na jurisprudência.

Cuido da valoração do dano moral por ser assunto cada dia de maior interesse para nossa sociedade. E ainda porque a experiência do foro revela que as ações de indenização por descumprimento de contrato (na sua grande maioria, contratos de consumo) incluem um pedido de reparação do dano material, correspondente ao dano emergente ou ao lucro cessante, facilmente aferíveis, e outro, de reparação do dano moral, que corresponderia ao dano sofrido pelo consumidor com a frustração pelo inadimplemento do fornecedor, causa de transtornos e aborrecimentos. Na verdade, essa segunda parcela (que não se inclui nos danos emergentes e nos lucros cessantes) contém também um aspecto que não é só moral, e que consiste na falta da prestação em si, que deixa de se incorporar ao patrimônio jurídico do consumidor. Isto é, os consumidores que sofrem os efeitos do descumprimento ou do cumprimento imperfeito do contrato têm obtido indenização por esse fato não a título de dano material, que existe e que resulta do simples inadimplemento, mas como se fora uma reparação ao dano moral. Com isso, o dano moral passou a ser usado como vocativo para a definição de prejuízos causados pelo descumprimento de um contrato. Toda vez que um cidadão compra um automóvel defeituoso, ele pede a restituição do numerário ou a substituição por um outro veículo, e ainda a reparação do “dano moral”, a significar que ele está querendo é ser indenizado pelo mais que lhe resultou do descumprimento do contrato.

Por isso, o dano moral é algo muito importante para o dia-a-dia do nosso

foro, e traz consigo uma terrível dificuldade: a avaliação desse dano. Não temos leis que estabeleçam critérios ou parâmetros para a fixação de dano; todas as disposições legais que tínhamos quanto à indenização por danos morais foram afastadas depois da Constituição de 1988, que veio garantir a indenização pelo dano moral. Com essa regra, o nosso Tribunal passou a entender que não existe mais nenhuma limitação legal, nem da lei de imprensa, nem da lei de telecomunicações, nem do Código Penal, com o que o juiz, o advogado e a parte ficamos com a dificuldade de avaliar o dano moral. Penso que esse critério é, para todos os casos, a equidade.

X – Da Equidade

No Código Civil, no capítulo que trata da indenização, no art. 944, parágrafo único, o legislador assevera que: *“Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, eqüitativamente, a indenização”*. Referiu-se, portanto, à equidade. E depois, no art. 953, quando tratou da injúria e da indenização pelo dano por ela causado, disse que, se a parte não conseguir provar o dano material - o que normalmente acontecerá, porquanto é muito difícil que da injúria decorra dano material -, o juiz fixará a indenização eqüitativamente. Há, pois, nesse mesmo capítulo, duas referências à equidade.

Em razão disso, o conceito de equidade é, no meu entender, o parâmetro que o legislador forneceu ao juiz para a fixação da indenização do dano moral.

Segundo Aristóteles, a equidade faz parte da idéia geral de justiça, como sinônimo de moral, de virtude. A equidade vai além da lei, porque ela procura garantir a aplicação do espírito da lei. São Tomás afirma que a equidade não é contra o justo em si, mas contra a lei injusta; quando ao juiz é permitido o uso da equidade, ele pode ir além da lei, para garantir a aplicação do justo. O direito, que é obra da justiça para estabelecer uma relação de igualdade entre as partes, na justa proporção do que cabe a um e a outro, permite ao juiz aplicar a equidade.

Para aplicar a equidade ao caso concreto, no sentido de que é preciso afastar a lei injusta para obter a aplicação do princípio de justiça, disse o filósofo que o juiz deve usar a régua dos arquitetos de Lesbos, flexível e maleável, que permite ao engenheiro, no medir o objeto, acompanhar os contornos desse objeto. Essa, diz ele, é a régua da equidade. Essa é, acredito com firmeza, a régua do juiz, pois sempre que tratar de aplicar a lei, deve usar uma régua que lhe permita ajustar a sua decisão à hipótese em exame, ajustá-la àquela situação, para fazer a justiça do caso concreto. Nesse sentido, a equidade é um princípio e uma técnica de hermenêutica, sempre presente

em toda a aplicação da lei.

Mas essa equidade a que se refere Aristóteles na *Ética* a Nicômacos é a equidade corretiva, aquela que o juiz vai aplicar quando tiver a necessidade de afastar uma injustiça que resultaria da aplicação estrita da lei. E é a essa equidade que se refere o legislador quando, no art. 944, parágrafo único, diz que o juiz poderá, quando o grau de culpa for pequeno e a extensão do dano muito grande, fazer uma correção para deixar de aplicar a regra geral constante do *caput*, de que a indenização há de corresponder à extensão do dano. Pode o juiz afastar essa disposição para adequar uma indenização que seja mais justa em razão do grau da culpa do agente – é uma equidade corretiva.

Além dessa equidade, ou além dessa função que se dá à equidade, Aristóteles, na *Retórica*, disse que, quando houver um vazio ou uma lacuna na lei, pode o juiz também usar da equidade, não no sentido de que ele vá criar uma norma, como se fosse o legislador, para resolver aquele caso (como equivocadamente estava no art. 114 do Código de Processo Civil de 1939, que atribuía ao juiz, na lacuna da lei, criar uma norma como se ele fosse o legislador e, com base nessa norma, dispor para o caso). A equidade como supridora de lacuna, essa equidade integradora que o juiz vai usar no vazio da lei, não funciona desse modo, mas sim no sentido de que, nesses casos, o juiz parte especificamente das circunstâncias que está enfrentando e, a partir delas, chega a uma conclusão, independentemente da necessidade de criar nova norma. A regra do art. 953, parágrafo único, do Código Civil permite ao juiz o uso da equidade integradora, suprimindo a lacuna a respeito de qualquer critério para a estipulação do dano moral decorrente da injúria.

Seja para arbitrar o valor da indenização pelo dano moral com o uso da equidade corretiva (diminuir o valor que seria de outro modo mais elevado), seja para fazê-lo por meio da equidade integradora (preencher o vazio com o uso da equidade), deve o juiz procurar expressar, na fixação da indenização, aquilo que corresponda à idéia de justiça presente na sua comunidade, que satisfaça à consciência média da sociedade para a qual se dirige a sentença e onde convivem autor e réu. Por isso, será sempre um juízo fundamentado, com a explicitação das razões pelas quais ele chegou àquela conclusão.

As regras da equidade do Código Civil, para a avaliação do dano moral, são aplicáveis às relações de consumo. À falta de outro critério, é o único que a lei nos fornece para esse arbitramento.

XI – Dos Juros

Outro tema que está no Código Civil e interessa também ao Direito do Consumidor diz com os juros remuneratórios e moratórios. Tínhamos regras do Código Civil que estabeleciam critérios para a taxa de juros, e depois veio

a Lei de Usura de 1933, estabelecendo como limite máximo de juros 12% a.a. Mais tarde, tivemos a Lei 4.595/64, que regulou o sistema bancário e permitiu ao Conselho Monetário Nacional limitar juros, regra que o Supremo Tribunal Federal interpretou como sendo a possibilidade de o Conselho Monetário Nacional ir além do limite, interpretação expressa na Súmula 596, até hoje aplicada.

O Código Civil trouxe duas regras a respeito de juros: a do art. 591, sobre os juros remuneratórios (aqueles que são devidos pelo uso do capital), no qual se estabelece que eles não podem exceder a taxa que a Fazenda Nacional aplica aos contribuintes pela mora no pagamento de impostos, e a regra do art. 406, sobre os juros moratórios (devidos depois do vencimento), que permite sejam eles convencionados, e se por acaso não o forem, terão o limite dos cobrados pela Fazenda Nacional. A situação que se põe, então, é a seguinte: os juros remuneratórios, que devem ter um limite do qual não podem exorbitar, e os moratórios, que devem ter o mesmo limite se não convencionada outra taxa, devem atender a que limite? Ao da taxa Selic? Quando se realizou a Jornada de Direito Civil promovida pelo Conselho da Justiça Federal, em Brasília, há pouco tempo, decidiu-se que essa taxa Selic (que compreende, além de juros, também a correção monetária) não pode ser usada como critério para fixação da taxa de juros. Com isso, poderia, talvez, ser aplicada uma outra regra do Código Tributário Nacional, que estabelece um limite de juros de 12% ao ano? A verdade é que essa questão, de se saber qual o critério a ser usado para definir a taxa de juros remuneratórios, está em aberto. Mas tem grave repercussão no foro, uma vez que a conta de liquidação judicial, que antes incluía juros moratórios de 0,5% ao mês, hoje deve ser elaborada atendendo ao disposto no novo Código, isto é, incluir a taxa aplicada pela Fazenda Nacional. Enquanto não criado um índice que contemple apenas juros em favor da Fazenda Nacional, pode ser adotado o quantitativo do CTN, ou a Selic, descontada a inflação.

XII – Dos Prazos

Por fim, uma breve observação a respeito da lei no tempo. Em princípio, os contratos têm sua validade regulada pela legislação anterior, e os seus efeitos, determinados pela legislação nova (art. 2035). Os prazos serão os da legislação antiga, quando reduzidos pelo Código de 2002, se na data de sua entrada em vigor já houver transcorrido mais da metade do tempo estabelecido na lei revogada. Quer dizer, se nós tínhamos um prazo de vinte anos e já transcorreram mais de quinze, aplica-se a lei velha; se tínhamos um prazo de dez anos e passaram-se apenas quatro, aplica-se, a partir dali, o prazo da lei nova.

Isso tem um certo interesse para o Código de Defesa do Consumidor, porque a ação de reparação de dano, cujo prazo prescricional, pelo Código de 1916, era de vinte anos, pelo novo Código Civil passou a ser de três anos, enquanto a pretensão indenizatória prevista no Código de Defesa do Consumidor tem a sua prescrição em cinco anos. Pergunto se essa disposição nova do Código Civil, que reduz o tempo de prescrição da pretensão indenizatória para três anos, também se aplica à relação de consumo. Acredito que, em razão de sua especificidade, que se denota inclusive pela regra própria sobre o início de sua contagem, mantém-se para o cálculo da prescrição da pretensão de reparação do dano causado ao consumidor a regra do CDC, permanecendo o prazo de cinco anos. Quanto aos prazos de decadência - que significam a extinção do direito formativo ou potestativo de reclamar ou de algum modo protestar -, continuam regulados no Código de Defesa do Consumidor, no art. 26. ◆

Responsabilidade Civil no Novo Código Civil

SERGIO CAVALIERI FILHO

Desembargador do TJ/RJ, Diretor-Geral da EMERJ e Professor da Universidade Estácio de Sá

1. Evolução da Responsabilidade Civil

Tenho repetido que o novo Código Civil não fez e não fará nenhuma revolução na disciplina da responsabilidade civil, porque esta revolução, na realidade, ocorreu ao longo do século XX. Partimos da responsabilidade subjetiva com culpa provada, tal como estava prevista no art. 159 do Código de 1916, e chegamos à responsabilidade objetiva, em alguns casos, até, fundada no risco integral, na qual o próprio nexos causal fica profundamente diluído. Essa grande revolução ocorreu ao largo do Código de 1916, porque ele era um código subjetivista uma vez que a cláusula geral de responsabilidade civil prevista no seu art. 159 era fundada na culpa provada; tão hermética que, a rigor, não abria espaço para responsabilidade outra que não fosse subjetiva.

O Código de 1916 apenas admitia, na parte especial, no seu art. 1.521, responsabilidade com culpa presumida - do patrão em relação ao empregado, dos pais em relação aos filhos, do tutor em relação ao pupilo, do curador em relação ao curatelado - e topicamente responsabilidade objetiva em alguns casos, como: nos artigos 1.528 (dano causado pela ruína de prédio), 1.529 (dano causado por coisa caída de prédio), 1.527 (dano causado por animal), e 1.208 (o locatário respondia pelos danos causados ao imóvel decorrentes de incêndio). Então, o Código de 1916 era subjetivista, porque todo o sistema de responsabilidade civil nele previsto estava amarrado à cláusula geral do art. 159. Por isso, à medida que aquele sistema começou a vaziar água, revelou-se insuficiente, em razão do progresso tecnológico, do desenvolvimento científico, da explosão demográfica, foi necessário admitir outras hipóteses de responsabilidade civil não fundada na culpa, e isto foi acontecendo, repito, fora do Código Civil, por meio de leis especiais.

A grande revolução em sede de responsabilidade civil, no meu entender, ocorreu com a Constituição de 1988, na medida em que ela estendeu, no seu art. 37, parágrafo 6º, aos prestadores de serviços públicos responsabilidade objetiva tal qual a do Estado. Este foi, realmente, um grande passo na extensão da responsabilidade objetiva porque a expressão “prestadores de serviços públicos” envolve uma área enorme da atividade comercial no mercado

de consumo: luz, gás, telefone, transporte etc. Todos esses prestadores de serviços públicos, até a Constituição de 1988, tinham responsabilidade subjetiva, fundada na culpa – art. 159; a Constituição, como já disse, estendeu a eles a responsabilidade objetiva. Isto foi feito em razão de um reclamo, que já vinha de algumas décadas, principalmente dos grandes publicistas, entre os quais Hely Lopes Meirelles: se o Estado, quando prestava serviço diretamente, respondia objetivamente, desde a Constituição de 1946, por que o particular, quando prestava serviços públicos, tal como o Estado, tinha os bônus e respondia subjetivamente? Quem tem os bônus, há de ter os ônus. Então, os prestadores de serviços públicos, que tinham responsabilidade subjetiva até a Constituição de 1988, passaram a ter responsabilidade objetiva. Equivale a dizer que toda essa área dos serviços públicos saiu da incidência do art. 159 do Código Civil de 1916, e passou a ser disciplinada diretamente pela norma constitucional do art. 37, parágrafo 6º. A responsabilidade objetiva alcançou, assim, uma extensão enorme, talvez até maior do que a da responsabilidade subjetiva. Outro grande passo da Constituição de 1988 foi pacificar a questão da indenização pelo dano moral ao dispor a esse respeito no seu art. 5º, incisos V e X.

O restante dessa grande revolução, o golpe fatal na responsabilidade subjetiva veio com o Código do Consumidor que, nos seus artigos 12 e 14, estabeleceu responsabilidade objetiva para todos os fornecedores de produtos e serviços. Ora, tudo ou quase tudo o que ocorre na sociedade envolve relação de consumo: luz, gás, telefone, transporte - tudo é consumo, ou de produtos ou de serviços. Logo, a partir do Código do Consumidor, o campo de incidência do art. 159 do Código Civil passou a ser mínimo, insignificante em comparação à amplitude que passou a ter a responsabilidade objetiva. Até o Código do Consumidor, todos os riscos do consumo corriam por conta do consumidor, e o fornecedor só respondia se tivesse culpa; por isso **Pizzarro** dizia que a culpa era uma espécie de couraça que protegia o fornecedor - quer de produtos, quer de serviços - tornando-o praticamente irresponsável, porque a complexidade do consumo, da produção, da distribuição em massa, tornou impossível a prova da culpa. Os fornecedores estavam, verdadeiramente, no paraíso: eram irresponsáveis.

O Código do Consumidor deu uma guinada de 180 graus: retirou dos ombros do consumidor os riscos do consumo, e os transferiu para o fornecedor, atribuindo a este, responsabilidade objetiva. Assim, tudo que era da abrangência do art. 159 do Código Civil de 1916 passou, agora, a ser da abrangência do Código do Consumidor - o art. 159 ficou reduzido à sua real insignificância. Costumo dizer que, após o Código do Consumidor, nós não mais deveríamos fazer a divisão da responsabilidade civil em contratual e

extracontratual, como classicamente se faz (essa divisão ainda persiste, mas perdeu a sua relevância, porque o Código do Consumidor suplantou esta dicotomia), mas sim em responsabilidade tradicional e responsabilidade nas relações de consumo, tão extensa é a sua área de incidência.

A responsabilidade tradicional é aquela que vimos estudando há séculos, e a responsabilidade nas relações de consumo, aquela cujo sistema está previsto no Código do Consumidor. Pois foi isso o que ocorreu ao longo do século XX e, como disse, em certas hipóteses, evoluiu-se até para uma responsabilidade objetiva fundada no risco integral, como é o caso do acidente de trabalho, do seguro obrigatório, de danos nucleares etc. São hipóteses de responsabilidade objetiva fundada em risco integral, em que haverá o dever de indenizar mesmo que estejam presentes uma daquelas causas que normalmente excluem onexo causal: a força maior, o fortuito etc.

2. O novo Código Civil é objetivista

Por isso, como já ficou dito, o novo Código Civil não fez e nem fará nenhuma revolução em sede de responsabilidade civil, porque esta revolução já havia ocorrido antes dele. Mas, enfatizo, o novo Código fez uma mudança profunda na disciplina, no sistema de responsabilidade civil que estava previsto no Código de 1916. E se o novo Código não a fizesse, entraria em vigor absolutamente defasado, desatualizado porque, como vimos, o sistema de responsabilidade civil do Código de 1916 ficou ultrapassado, reduzido a um mínimo, em razão dessas alterações que ocorreram por meio de leis especiais. É por isso que podemos dizer que o novo Código é objetivista, diferentemente do Código de 1916, que era subjetivista. É um Código que procurou incluir no seu texto, no seu sistema, tudo aquilo que já havia sido alcançado pela evolução que foi sendo feita, aos poucos, por meio de leis especiais.

3. Título dedicado à responsabilidade civil

Antes de examinarmos a nova disciplina da responsabilidade civil, merecem destaque duas peculiaridades do novo Código. Tem ele agora, à semelhança dos Códigos mais modernos (português, italiano etc.), um título especificamente dedicado à responsabilidade civil. É o Título IX do Primeiro Livro da Parte Especial, que começa no art. 927 e vai até o art. 954. Mas não vamos encontrar ali, como era de se esperar, uma disciplina concentrada e exaustiva da responsabilidade civil. E isso não foi feito porque é praticamente impossível reunir num só título todas as normas relacionadas com a responsabilidade civil, por mais competente que seja o legislador. A responsabilidade civil é uma espécie de estuário onde deságuam todos os rios do Direito: público e privado, material e processual; é uma abóbada que enfeixa todas

as áreas jurídicas, uma vez que tudo acaba em responsabilidade. As pessoas só procuram a Justiça quando estão em conflito. Enquanto o vendedor e o comprador estão se entendendo, um vendendo e o outro comprando; enquanto cada um está respeitando o direito do outro – na família, na vizinhança, no trabalho, nas relações com o Estado –, ninguém procura o Judiciário. As questões só chegam à Justiça quando alguém viola um dever jurídico, e é por isso que tudo acaba em responsabilidade. Nisso reside a impossibilidade de se concentrar todas as regras da responsabilidade civil em um só título, em uma só parte do Código. Embora grande parte da matéria esteja agora disciplinada num título específico, o que representa um avanço, muitas regras importantíssimas da responsabilidade civil continuam espalhadas por todo o Código.

Da Parte Geral, vamos examinar duas normas (arts. 186 e 187) de extrema relevância; na Parte Especial encontramos outras igualmente importantes, principalmente no título que trata do inadimplemento das obrigações (arts. 389-405). Tudo que diz respeito à responsabilidade contratual, e que tem aplicação na responsabilidade extracontratual, está no referido título. Ali trata das perdas e danos, do caso fortuito e da força maior – causas gerais de exclusão da responsabilidade civil –, da mora, da cláusula penal, dos juros legais etc.

Vamos encontrar também a disciplina específica de determinadas responsabilidades junto a certos contratos. Assim, por exemplo, a responsabilidade do transportador está agora disciplinada na seção que trata do contrato de transporte (arts. 734, 735, 738); a do segurador, no contrato de seguro (arts. 730 e seguintes); a do construtor-empreiteiro, no contrato de empreitada (art. 618) e assim por diante.

Foi um avanço, sem dúvida, ter o Código dedicado um título todo à responsabilidade civil, mas nele não encontramos uma disciplina concentrada. Vamos ter que continuar garimpando as normas aplicáveis à responsabilidade civil, espalhadas por todo o Código e em leis especiais.

4. A obrigação de indenizar

Outra inovação do Código que merece destaque é a inclusão da obrigação de indenizar como modalidade autônoma de obrigação, com a extensão que lhe foi dada nos artigos 927 e seguintes. Sempre se disse que o ato ilícito é uma das fontes da obrigação, mas nunca a lei indicou qual seria essa obrigação. Agora o Código diz – aquele que comete ato ilícito fica obrigado a indenizar. A responsabilidade civil opera a partir do ato ilícito com o nascimento da obrigação de indenizar, que tem por finalidade tornar **indemne** o lesado, colocar a vítima na situação que estaria sem a ocorrência do fato danoso.

Trata-se de obrigação legal porque é a própria lei que determina quando a obrigação de indenizar surge e a sua precisa conformação. Como bem coloca o insigne Humberto Theodoro Júnior, é “uma obrigação-sanção que a lei impõe como resultado necessário do comportamento infringente de seus preceitos. Ao contrário do *ato jurídico lícito*, em que o efeito alcançado, para o direito, é o mesmo procurado pelo agente, no *ato jurídico ilícito*, o resultado é o surgimento de uma obrigação que independe da vontade do agente e que, até pode, como de regra acontece, atuar contra a sua intenção”. (**Comentários ao Novo Código**, Ed.Forense, 2003, Vol.III, Tomo II, p.18). Outra característica da obrigação de indenizar é ser *sucessiva*, porque sempre decorre da violação de uma obrigação anterior (dever originário), estabelecida na lei, no contrato ou na própria ordem jurídica. Autores há que, para distinguirem essas duas obrigações, chamam a primeira de obrigação originária e a segunda de responsabilidade, com o que estamos de pleno acordo.

5. Cláusula geral de responsabilidade subjetiva

Embora o novo Código seja objetivista, como já assinalado, não quer isso dizer que a partir dele não mais temos responsabilidade subjetiva. Estou dizendo que temos agora um sistema de responsabilidade civil prevalentemente objetivo, porque esse, repito, é o sistema que foi sendo montado ao longo do século XX por meio de leis especiais. Mais isso não significa que a responsabilidade subjetiva tenha sido inteiramente afastada. Responsabilidade subjetiva teremos sempre, até o juízo final, mesmo não havendo lei prevendo-a, porque essa responsabilidade faz parte da ética, da moral, do sentimento natural de justiça. Decorre daquele princípio superior de direito, de que ninguém deve causar dano a outrem. Então, vale ressaltar, sempre que não tivermos disposição legal expressa consagrando a responsabilidade objetiva, persiste a responsabilidade subjetiva, como sistema subsidiário, como princípio universal de direito; posso não responder objetivamente por falta de previsão legal, mas, subjetivamente, se causar dano a outrem, vou ter sempre que responder.

Por isso, o Código não poderia deixar de prever uma cláusula geral de responsabilidade subjetiva. E esta é encontrada conjugando o art. 927 com o art. 186. Dispõe o art. 927: “*Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.*” Em outras palavras, aquele que praticar ato ilícito, fica obrigado a indenizar. O Código colocou aqui muito bem que o fato gerador da responsabilidade civil, da obrigação de indenizar é o ato ilícito, quer na responsabilidade subjetiva, quer na responsabilidade objetiva. Quem praticar ato ilícito, causando dano a alguém, vai ter que reparar, vai ter que indenizar. E aí vem a questão: mas quando é que alguém pratica

ato ilícito? Nesse mesmo dispositivo, o Código faz remissão aos arts. 186 e 187. Temos, então, que conjugar esses dois artigos. O art. 927 contém uma norma incompleta, que vai ter que ser completada através da conjugação com o art. 186. Vamos ter que ler os dois artigos juntos – um completando o outro.

No art. 186 temos praticamente aquilo que estava no art. 159 do Código de 1916, com uma significativa variação. Na sua parte final ocorreu a grande mudança - “*Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência...*”: em lugar de “*...fica obrigado a reparar o dano...*”, o Código agora diz: “*...comete ato ilícito.*” Temos aqui um conceito de ato ilícito, o que não havia no Código anterior. Esse conceito de ato ilícito é subjetivo, porque tem como elemento integrante a culpa. E onde está a culpa? Na parte em que o Código expressamente se refere à negligência e à imprudência. Esse é um conceito, diria, de ato ilícito *estrito sensu*; ato ilícito típico, cheio, com todos os seus requisitos, não só objetivos, mas também subjetivos. Esse é o ato ilícito tradicional, que a doutrina sempre conceituou como sendo o fato gerador da responsabilidade civil. Conjugando o art. 927 com o art. 186, temos a cláusula geral da responsabilidade subjetiva. “*Art. 927. Aquele que, por ato ilícito...*” – ato ilícito tal como previsto no art. 186, que importe em ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, que viole direito e cause dano a outrem. Esse ato ilícito subjetivo gera o dever de indenizar, responsabilidade fundada na culpa, a cláusula geral da responsabilidade subjetiva do novo Código. Não vamos falar sobre ela porque é por todos conhecida. Tudo aquilo que sabemos sobre responsabilidade civil está aí. Essa responsabilidade só vai se configurar quando houver conduta culposa, nexos causal e dano, com aquela complexidade toda de ficar provada a culpa, como violação ao dever de cuidado. Cláusula geral, aberta, que sempre exigirá um juízo de valor, porque em cada caso teremos que ver se houve previsibilidade, se houve um comportamento adequado etc.

6. O abuso do direito

Contrapondo à cláusula geral de responsabilidade subjetiva, o Código consagrou três cláusulas gerais de responsabilidade objetiva, o que reforça a afirmação de que ele é objetivista.

A primeira cláusula de responsabilidade objetiva, vamos encontrá-la ainda conjugando o art. 927 com o art. 187, ao qual o primeiro também se refere expressamente. O art. 187, que conceitua o abuso de direito, é também uma inovação do Código. Mas isso não é novo, diria alguém, já existia no Código anterior. Existia por uma interpretação *a contrario sensu*. O Código anterior não tratou expressamente do abuso do direito, não o conceituou; a doutrina

e a jurisprudência é que construíram sólida disciplina para o abuso do direito, mas por uma interpretação, como já disse, *a contrario sensu*. O art. 160, I, do Código de 1916, dizia que o exercício regular do direito não constituía ato ilícito. Ora, se quem exerce normalmente o seu direito não pratica ato ilícito, *a contrario sensu*, aquele que exerce o direito fora dos limites, irregularmente, pratica ato ilícito. E aí, então, a nossa doutrina e a jurisprudência, seguindo a doutrina de outros países, construíram a teoria do abuso do direito que era, assim, aceita e admitida, entre nós, por essa interpretação *a contrario sensu*. Mas, agora, vem o Código e expressamente define, conceitua o abuso do direito, e com uma amplitude fantástica.

O art. 187 estabelece: “*Também comete ato ilícito...*” – esta expressão tem uma relevância enorme, porque anuncia um outro ato ilícito, diferente daquele que foi conceituado no art. 186. E quem cometer esse ato ilícito do art. 187, também vai ficar obrigado a indenizar pela norma do art. 927. “*Art. 187. 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*”.

Quando estudamos o abuso do direito, vimos que, em torno dele, na doutrina e até na jurisprudência de outros países, formaram-se duas correntes – a subjetivista e a objetivista. Para a corrente subjetivista, que foi a tradicional, só se configuraria o abuso do direito quando alguém, além de exceder os limites do exercício do seu direito, o fizesse com a intenção, com o propósito de causar dano a alguém, de prejudicar. E foi assim que inicialmente a doutrina do abuso do direito foi construída, principalmente na França. Um dos casos mais conhecidos é o daquele cidadão que tinha um vizinho que soltava balões da sua propriedade, numa fase em que isto estava servindo como experiência para os futuros aviões. Esse cidadão, incomodado com os balões que passavam por cima da sua casa, construiu um muro alto e botou estacas pontiagudas de ferro lá em cima para que, quando o balão passasse, fosse atingido. Esse caso foi parar nos tribunais e, pela primeira vez, pelo menos de que tenho conhecimento, reconheceu-se o abuso do direito. Aquele cidadão tinha o direito de usar, de fruir a sua propriedade, mas não ao ponto de causar um prejuízo a outrem sem nenhuma vantagem para ele, por pura emulação ou birra. O Direito não pode ser exercido assim, de forma contrária aos seus fins econômicos e com a intenção de prejudicar. Assim foi se formando a doutrina do abuso do direito, mas com uma concepção subjetiva.

Entretanto, a partir do momento em que as idéias de responsabilidade objetiva começaram a aflorar, principalmente na França, juristas, tais como **Salleille**, **Rippert** e outros, começaram também a conceber um abuso do direito objetivo, isto é, independentemente de qualquer finalidade ou intenção

de prejudicar. **Salleille** dizia que o abuso do direito se configuraria simplesmente pelo uso anormal do Direito; bastaria, portanto, para configurá-lo que o seu titular, ao exercê-lo, ultrapassasse determinados limites: o exercesse sem nenhuma finalidade econômica, contrariando sua finalidade social, os bons costumes ou a boa-fé. Essas duas correntes persistiram e persistem ainda hoje no campo da doutrina e da jurisprudência; na vigência do Código anterior, essa questão era muito discutida, porque não havia uma norma legal disciplinando o abuso do direito. Ora a jurisprudência entendia que bastaria o mero exceder os limites, ora entendia que era preciso a intenção de prejudicar.

O que fez o novo Código? Não há dúvida: adotou a teoria objetiva com relação ao abuso do direito. Não há, no art. 187, a menor referência à intencionalidade, ao fim de causar dano a alguém; basta que se exerça o direito ultrapassando os limites ali estabelecidos. Mesmo que o excesso tenha sido puramente objetivo, não haverá nenhuma influência para descaracterizar o abuso do direito. Todos os autores estão se manifestando no sentido de que temos no art. 187 um conceito objetivo de ato ilícito (ato ilícito em sentido lato), que serve de embasamento para o abuso do direito.

A primeira cláusula geral de responsabilidade objetiva, portanto, está no art. 187, combinado com o art. 927. Aquele que, no exercício de um direito subjetivo, ultrapassar os limites que estão ali previstos e causar dano a outrem, terá que indenizar independentemente de culpa. E esta é uma cláusula de tal amplitude, que chega a assustar alguns juristas em face do enorme poder que dá ao juiz. Realmente, todo e qualquer direito subjetivo, de qualquer área do direito, público, privado, família, terá agora que ser exercido nos limites definidos nos dispositivos em exame: fim econômico (não se pode exercer um direito sem que se tenha em vista uma finalidade econômica, algum proveito), finalidade social (principalmente nos contratos e no direito de propriedade), boa-fé (a boa-fé passou a ser o princípio *cardinal* do novo Código Civil).

A boa-fé está prevista no art. 113 no novo Código Civil como princípio de interpretação de todos os negócios jurídicos, no art. 422 como fonte de deveres anexos de todo e qualquer contrato, e no art. 189 como limite de exercício de todo e qualquer direito. Diria que neste último dispositivo a boa-fé tem uma abrangência que os outros dispositivos não têm. A boa-fé passou a ser uma espécie de cinto de segurança de toda a ordem jurídica: não é possível ultrapassar o limite da boa-fé, qualquer que seja o direito, por mais absoluto que ele seja. Boa-fé é ética, porque o fundamento racional e último do Direito é a ética. Esse princípio ficou afastado do Direito durante o liberalismo, baseado na autonomia da vontade, na liberdade de contratar, e na suposta

igualdade...Igualdade que nunca existiu porque o mais forte sempre devorou o mais fraco! E a ética foi para o espaço. Esse Código se propõe a resgatar determinados princípios que são fundamentais no Direito, entre eles, a ética.

7. Responsabilidade pelo exercício de atividade de risco

A segunda cláusula geral de responsabilidade objetiva, vamos encontrá-la no próprio art. 927, agora no seu parágrafo único. Diria inicialmente que, a rigor, este parágrafo deveria ser um artigo, dada a relevância que ele tem. Normalmente, o parágrafo é uma exceção à regra que está no *caput*, ou uma peculiaridade, uma circunstância decorrente do *caput*. Em um parágrafo, não se introduz uma nova disciplina, como se fez aqui. Nesse parágrafo único nós temos uma cláusula geral de responsabilidade até mais abrangente do que a do *caput*.

Diz o parágrafo único: *“Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa...”* – destaco: o próprio Código, para afastar qualquer dúvida, disse que a culpa está fora, razão pela qual não há a menor dúvida de que temos aqui uma cláusula de responsabilidade objetiva. E continua: *“... nos casos especificados em lei...”*. Outro ponto importante: todos os casos de responsabilidade objetiva já especificados em lei persistem. O novo Código não veio para desfazer toda aquela evolução a que nos referimos no início, mas para recepcioná-la e até ampliá-la.

Quando haverá a obrigação de reparar o dano independentemente de culpa? *“...Quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem”*. E aqui temos a primeira dificuldade. O que significa atividade? Atividade que, por sua natureza, implicar risco. Basta exercer uma atividade perigosa para que exsurja a obrigação de indenizar objetivamente? Temos aqui uma cláusula de responsabilidade objetiva tão ampla, que se for interpretada literalmente, tal como está escrita, não vai sobrar nada para a responsabilidade subjetiva, porque hoje quase todas as atividades que exercemos são de risco. Interpretada essa cláusula tal como está redigida, todos nós, que dirigimos o nosso automóvel particular, exercemos atividade de risco e se, eventualmente, nos envolvermos num acidente de trânsito, vamos ter que indenizar, independentemente de culpa. Será que é este o sentido dessa norma?

Essas expressões que figuram no texto, “atividade”, “natureza”, já estão gerando perplexidade. Houve um encontro de juristas em Brasília - Jornada de Direito Civil do Centro de Estudos do Conselho de Justiça Federal – em que juristas de todo o Brasil, tentando interpretar essa cláusula, fizeram o Enunciado nº 38, que diz assim: *Haverá a responsabilidade fundada no artigo 927, parágrafo único, quando a atividade causar, a pessoa determinada, um*

ônus maior do que aos demais membros da coletividade. No meu entender, o enunciado também pecou pela ambigüidade. Estou convencido de que vamos ter que dar a esse dispositivo uma interpretação lógica, racional.

O que deve ser entendido por “atividade”? Essa é a palavra-chave. Em primeiro lugar, não tenho dúvida de que, aqui, o Código não se referiu à mera ação ou omissão. Relembre-se que no art. 186, quando tratou da responsabilidade subjetiva, o Código usou a expressão “ação ou omissão”. “Ação ou omissão” é comportamento voluntário, individual, pessoal, para indicar, normalmente, aquele comportamento isolado de alguém. Mas, no parágrafo único do art. 927, o Código usou a outra expressão “atividade”. E será que o fez por mera coincidência? Não. Isso deve ter relevância. Se ali diz “atividade”, é porque estava querendo se referir a uma outra modalidade de comportamento, a uma outra espécie de conduta, que não a mera “ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência”. Qual seria?

Logo a seguir, o Código usou a expressão “normalmente desenvolvida”. “Normalmente” sugere a idéia de habitualidade, de conduta reiterada, contínua, organizada, profissional. Estou, portanto, reforçado pelo próprio texto, entendendo que quando o Código fala em atividade, está falando daquela conduta que não é isolada, que não é esporádica, mas daquela conduta que é reiterada, habitual, constante, até profissional.

E encontro elementos para reforçar esse entendimento, não só na doutrina, como também na própria lei. Se formos aos livros de Direito Administrativo e procurarmos o conceito de serviço público, veremos que todos os autores, todos os administrativistas, desde Hely Lopes Meirelles, Cretella Jr. e outros, até hoje dizem: serviço público é a atividade estatal destinada a atender aos fins públicos etc. Todos se referem ao serviço como sendo atividade, porque essa é a expressão adequada. Se formos agora ao Código do Consumidor, no seu art. 3º, parágrafo 2º, ele define serviço, dizendo: “*Serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração...*”. Então, há no Código de Defesa do Consumidor um conceito legal de serviço no qual é utilizada a palavra “atividade”. O novo Código Civil, quando trata da empresa, no art. 966, diz assim: “*Considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços.*” E no art. 972 diz que: “*Podem exercer a atividade de empresário os que estiverem em pleno gozo da capacidade civil...*”. Não há dúvida, portanto, de que o próprio Código Civil, e não apenas o Código do Consumidor, utilizou em mais de um lugar a palavra “atividade”, não para indicar a ação ou omissão esporádica, isolada de alguém, mas a conduta profissional, habitual, economicamente organizada.

Encontro reforço para essa interpretação no elemento histórico. O pro-

jeto do Código Civil foi elaborado na década de 70, quando os serviços já abrangiam uma área enorme da sociedade e do mercado de consumo: luz, gás, telefone, transporte etc. Os serviços tinham um campo de ação talvez mais extenso do que o próprio campo de produtos, e os fornecedores de serviços estavam no paraíso, porque a responsabilidade deles – conforme enfatizado no início – era fundada no art. 159 do Código Civil de 1916: culpa, e culpa provada. Em qualquer ação de indenização contra os fornecedores de serviços a culpa tinha que ser provada e por isso praticamente se tornaram irresponsáveis. Havia uma responsabilidade formal, mas não uma responsabilidade substancial. Portanto, era natural que os juristas que projetaram o novo Código Civil, se preocupassem com esta realidade social. Tudo tinha evoluído em sede de responsabilidade civil, menos nessa área, porque é uma área muito forte do setor econômico, capaz de impedir a mudança da lei.

O legislador de 1970 procurou, sem dúvida, inserir no Código uma nova regra que mudasse a sistemática do artigo 159 do Código Civil de 1916, criou uma norma de responsabilidade objetiva para atender esta área enorme do mercado de consumo, a responsabilidade do fornecedor pelo fato do serviço. Só que, lamentavelmente, o Código Civil ficou hibernado no Congresso Nacional por quase trinta anos, e, enquanto isso, as águas continuavam a rolar; foi necessário, quase que “a toque de caixa”, editar um Código do Consumidor. Assim, estou convencido de que o Código usou a expressão “atividade normalmente desenvolvida”, não no sentido de simples ação ou omissão, mas sim no sentido de habitualidade, de conduta reiterada, profissional e, podemos dizer, na sua grande área, para abranger a atividade que importa em serviço de qualquer natureza.

Temos a seguir uma outra dificuldade. O Código diz que haverá responsabilidade objetiva quando a atividade, por sua natureza, implicar risco para os direitos de outrem. E o que devemos entender por “atividade que por sua natureza implique risco”? Risco é perigo, risco é probabilidade de dano. Quer isso dizer, por acaso, que pelo mero fato de alguém exercer uma atividade perigosa, só por isto, vai ter que indenizar? Aqui, não há dúvida, foi acolhida a Teoria do Risco Criado, tão defendida pelo nosso grande jurista e civilista Caio Mário. Mas, a questão é outra: alguém vai ter que indenizar objetivamente, simplesmente por que criou o risco, simplesmente por que a sua atividade é, por natureza, de perigo? Há determinadas atividades ou serviços que são essencialmente perigosos, não podem ser prestados sem perigo, sem risco – é o chamado risco inerente – mas são atividades necessárias, indispensáveis na sociedade. Aí está, por exemplo, a atividade médica. Alguém pode pensar numa sociedade sem médico, sem hospital? Mas a atividade médica é essencialmente perigosa, implica risco inerente. Não há uma cirurgia, por

mais singela que seja, que não importe risco. Imaginemos uma cirurgia num cidadão com mais de oitenta anos, que não é bem sucedida, vindo o paciente a falecer. Só por ter exercido essa atividade de altíssimo risco terá o médico ou hospital necessariamente que indenizar? Convém então lembrar que o risco é apenas a teoria que justifica a responsabilidade objetiva, mas não é o seu fato gerador. Muitas pessoas exercem atividade de risco a vida toda e nem por isso têm que indenizar nada a ninguém. A obrigação de indenizar só surge quando alguém viola dever jurídico e causa dano a outrem. Não é o risco, portanto, que por si só gera o dever de indenizar, mas sim o dano causado pela violação de dever jurídico, e isso em qualquer tipo de responsabilidade. Sem violação de dever jurídico não há que se falar em responsabilidade, porque esta é um dever sucessivo que decorre da violação daquele.

8. O dever de segurança

O que na realidade ocorre é isto: quando alguém exerce uma atividade de risco, a lei cria para ele um dever jurídico específico, que se for violado gera a obrigação de indenizar independentemente de culpa. Que dever é esse? É fácil de se chegar a ele. Se risco é perigo, se risco é probabilidade de dano, então o dever que se contrapõe ao risco é a segurança. Em outras palavras, para aquele que exerce uma atividade perigosa a lei impõe o dever de exercê-la com segurança tal que não cause dano a ninguém.

Feitas estas considerações, podemos agora ler o dispositivo em exame com olhos de ver. Quem exercer atividade de risco terá o dever de indenizar se o fizer de forma insegura, prestando serviço sem a segurança que deve ter. E assim é porque a lei criou esse dever de segurança em contraposição ao risco da atividade, tornando aquele que a exerce em garante da sua segurança.

Essa disciplina, que está implícita no parágrafo único do art. 927 do novo Código Civil, foi expressamente consagrada no art. 14 do Código de Defesa do Consumidor, elaborado com técnica legislativa mais aprimorada.

Com efeito, no art. 14 do Código do Consumidor encontramos a disciplina da responsabilidade do fornecedor pelo fato do serviço, e serviço é atividade, assim conceituado no seu art. 3º, parágrafo 2º. Mas quando é que o fornecedor de serviço responde objetivamente? Simplesmente por que a atividade exercida é de risco? Não, o Código do Consumidor, no seu art. 14, é muito claro ao estabelecer que o fornecedor de serviços responde pelos danos causados pelo *defeito do serviço*. Se o serviço, embora perigoso, não tem defeito, não haverá problema. O fornecedor só vai responder objetivamente pelo dano causado pelo defeito do seu serviço.

Vê-se, então, que a lei não pune a ninguém simplesmente por exercer

uma atividade de risco, ainda que inerente. O que a lei exige é que essa atividade seja exercida sem defeito. Se houver a relação de causa e efeito entre dano e defeito, vai haver o dever de indenizar independentemente de culpa. E como podemos saber se houve defeito? O parágrafo 1º do art. 14 do CDC responde a indagação com precisão. O serviço é defeituoso quando não oferece a *segurança* legitimamente esperada. Eis aí o *Princípio da Segurança*. Em contrapartida ao serviço perigoso, a lei criou o dever de segurança. O serviço não terá defeito se for prestado com segurança; terá defeito se for prestado sem a segurança legitimamente esperada. É óbvio que essa noção de segurança é relativa, exigindo do juiz um juízo de valor em cada caso. Por isso o Código de Defesa do Consumidor diz: a segurança legitimamente esperável ou esperada. O que deve ser entendido por legitimamente esperada? Depende do caso concreto. A norma terá que ser estabelecida em face da realidade. Se alguém, por exemplo, compra um carro popular não pode esperar dele a mesma segurança de um Mercedes, ou de um BMW. Claro que esses veículos têm um melhor sistema de segurança e, por isso, são preferidos por aqueles que podem adquiri-los. Entretanto, por mais popular que seja um veículo, haverá sempre uma segurança legitimamente esperável. Terá um sistema de segurança, como freios confiáveis etc. Se isso não funcionar, eis aí o defeito.

Em conclusão, tenho para mim que devemos visualizar no parágrafo único do art. 927 do novo Código Civil a mesma disciplina jurídica do art. 14 do CDC. Quem exercer atividade normalmente perigosa – entenda-se, atividade habitual, reiterada, profissional – responderá objetivamente se o fizer com defeito, considerada como tal a atividade exercida sem a segurança legalmente exigida, sem a segurança legitimamente esperada.

9. A responsabilidade dos profissionais liberais

Uma última observação. Há pessoas que exercem atividade perigosa profissionalmente, habitualmente, atividade de risco, mas não estão submetidas à responsabilidade objetiva prevista no parágrafo único do art. 927 do novo Código Civil. O sistema de responsabilidade civil estabelecido no Código do Consumidor é objetivo, mas no parágrafo 4º do seu art. 14, estabeleceu uma exceção em relação à responsabilidade pessoal dos profissionais liberais. Profissional liberal é aquele que exerce suas atividades por conta própria. É o médico que cuida dos seus pacientes no seu consultório, ou os interna em determinados hospitais; é o advogado que atende seus clientes em seu escritório etc. A responsabilidade dos profissionais liberais, conforme prevista no art. 14, parágrafo 4º, do Código do Consumidor, é apurada mediante culpa, vale dizer, a responsabilidade dos profissionais liberais, não

obstante prestadores de serviços perigosos, não é objetiva, é subjetiva. É uma regra especial prevista no Código do Consumidor, e que, como norma especial, continuará vigendo. Logo, médico, profissional liberal ou quem mais exercer uma atividade profissional de risco, não vai responder objetivamente, mas sim subjetivamente, pela regra do artigo 14, parágrafo 4º do CDC.

A mesma exceção pode ser encontrada no artigo 951 do novo Código Civil. Ao se referir à responsabilidade médica, aquele artigo faz expressa menção à negligência, à imprudência e à imperícia, que são elementos da culpa. Logo, a atividade médica, embora por sua natureza implique risco para os direitos de outrem, não gera responsabilidade objetiva.

10. *Bis in idem*?

O intérprete menos avisado poderia visualizar um *bis in idem* entre o parágrafo único do art. 927 do novo Código Civil e o art. 14 do Código do Consumidor, mas, na realidade, isso não ocorre. As duas normas disciplinam matéria idêntica, não há dúvida, mas cada qual em sua área. Antes do novo Código Civil não poderíamos aplicar a responsabilidade objetiva prevista no art. 14 do CDC para um fornecedor de serviço em situação em que não ocorresse relação de consumo. O fornecedor de serviços só responderia objetivamente se estivesse em face de uma relação de consumo. Se tal não ocorresse, a responsabilidade era subjetiva – art. 159 do Código Civil. O novo Código Civil generalizou: criou para qualquer um que presta serviço perigoso – salvo a exceção já ressaltada - responsabilidade objetiva. Portanto, a partir do novo Código Civil poderemos ter uma dessas situações. Se estivermos em face de uma relação de consumo, vamos continuar aplicando o art. 14 do CDC, porque é a lei específica, própria, especial. Não havendo relação de consumo, poderemos e deveremos aplicar, agora, a regra do art. 927, parágrafo único, norma esta mais abrangente do que a norma do art. 14 do Código do Consumidor.

11. Responsabilidade pelo fato do produto

A terceira cláusula geral de responsabilidade objetiva está no art. 931: “*Ressalvados outros casos previstos em lei especial...*” – mais uma vez ficou ressaltada lei especial, exemplo: Código do Consumidor – “*...os empresários individuais e as empresas respondem independentemente de culpa...*” - cláusula geral de responsabilidade objetiva – “*...pelos danos causados pelos produtos postos em circulação*”. Aplicada essa cláusula tal como escrita, todo e qualquer empresário, individual ou empresa, que colocar um produto em circulação vai ter que responder pelos danos que ele causar. Aqui o Código nem falou em perigo. Essa interpretação literal pode levar ao absurdo, como

neste caso real, noticiado pelo O GLOBO de 1º de março de 2003. Vítor Dodói, o nome já é sugestivo, brigou com a namorada, tomou um porre e resolveu suicidar-se. Comprou uma corda, passou no pescoço, amarrou-a numa árvore e pulou. A corda arrebentou e Dodói levou um enorme tombo. Foi para o hospital, mas quando saiu procurou o Juizado Especial para pedir indenização contra o fabricante da corda. Dano causado pelo produto? É o que diz o art. 931. Os empresários individuais e as empresas respondem independentemente de culpa pelos danos causados pelos produtos postos em circulação. Como se vê, esta cláusula é também ambígua. Vamos ter que interpretá-la, valendo-nos dos mesmos princípios utilizados na interpretação do parágrafo único do art. 927.

Esse dispositivo não estava previsto no projeto original do Código Civil. Foi introduzido na Câmara dos Deputados por emenda do deputado Emanuel Waismam, com o objetivo de proteger o consumidor. Estávamos na década de 70, quando ainda não existia o Código do Consumidor. O fornecedor só respondia por culpa cuja prova era praticamente impossível, de sorte que o consumidor estava entregue à própria sorte. Enquanto o projeto do Código Civil hibernava no Congresso Nacional, foi editado o Código do Consumidor contendo disposição sobre a mesma matéria, mas com técnica legislativa mais aprimorada.

Neste art. 931 do novo Código Civil, portanto, temos responsabilidade pelo fato do produto, tal como prevista no art. 12 do Código do Consumidor. E o que dispõe aquele artigo? Diz que o fornecedor responde pelo dano causado pelo defeito do produto e não pelo mero risco de tê-lo colocado em circulação. Esse, em meu entender, é também o sentido do art. 931 do novo Código Civil. O empresário, individual ou empresa, responde pelo dano causado pelo defeito do seu produto, e não pelo mero fato de ter lançado no mercado um produto perigoso. Tal como o serviço, há produtos que são também essencialmente perigosos, que não podem ser fabricados sem um risco inerente. Exemplo disso são alguns medicamentos que produzem inevitavelmente efeitos colaterais. Se o fabricante tivesse que responder por tais efeitos, esses produtos não poderiam ser fabricados. Não responde, porque esses medicamentos não são tidos como defeituosos.

O produto só pode ser considerado defeituoso, consoante o parágrafo 1º do art. 12 do CDC, quando não oferecer a segurança legitimamente esperada. Eis aí, uma vez mais, o princípio da segurança. Produto sem defeito é produto seguro; produto com defeito é aquele que não tem segurança. O empresário, individual ou empresa, portanto, tem agora o dever legal de colocar em circulação produto seguro, e produto seguro é produto sem defeito. É o garante da segurança do seu produto. Haverá defeito quando o produto não

oferecer a segurança legitimamente esperada.

Também em relação aos produtos teremos a questão da relatividade da segurança. Produtos essencialmente perigosos – risco inerente – não são considerados defeituosos porque o usuário os conhece e sabe os cuidados que deve ter ao utilizá-los, salvo se não foi devidamente informado; produtos que não são aparentemente perigosos, só causarão dano se tiverem defeito, o chamado risco adquirido.

Em conclusão, estou convencido de que na interpretação e aplicação do art. 931 do novo Código Civil devemos também nos valer da mesma disciplina do art. 12 do Código do Consumidor. O empresário, individual ou empresa, só responderá objetivamente pelo dano causado pelo defeito do produto, considerado como tal o produto que não oferece a segurança legitimamente esperada. Não sendo assim, não poderá haver a aplicação desse dispositivo, sob pena de se criar uma responsabilidade objetiva fundada no risco integral, transformando o empresário em segurador universal. Aí não haverá indenização que baste, nem fornecedor que agüente esse tipo de responsabilidade.

São estas as três cláusulas gerais de responsabilidade objetiva consagradas no novo Código Civil, que nos permitem concluir ser ele um código objetivista. Não obstante a cláusula geral de responsabilidade subjetiva, as cláusulas de responsabilidade objetiva são tão amplas e tão abrangentes que, se não forem interpretadas com moderação, nada sobrar para a responsabilidade subjetiva.

12. Outras hipóteses de responsabilidade objetiva

Se não bastasse, o Código consagrou a responsabilidade objetiva em vários casos que, no Código de 1916, a responsabilidade era subjetiva. Assim, por exemplo: a responsabilidade dos pais em relação aos filhos menores, que estava prevista lá no artigo 1.521, era subjetiva, embora com culpa presumida; a responsabilidade do patrão em relação a empregado, era também subjetiva, embora com culpa presumida. Havia até uma súmula do STF dizendo que provada a culpa do empregado, presumia-se a culpa do patrão; a mesma disciplina com relação à responsabilidade do tutor e do curador em relação ao pupilo e ao curatelado. O art. 933 do novo Código diz claramente que a responsabilidade, nesses casos, passou a ser objetiva. Não há mais que se falar, conseqüentemente, em **culpa in eligendo, culpa in custodiendo, culpa in vigilando**, criações da doutrina para justificar uma culpa que realmente não era culpa, uma culpa que era responsabilidade objetiva.

O novo Código, em seu art. 928, criou responsabilidade até para o incapaz, não só para o menor de dezesseis anos, mas também para o amental. Essa responsabilidade é subsidiária, porque o incapaz só vai responder se o

seu responsável – pai, curador, tutor – não puder responder e mesmo assim se tiver patrimônio suficiente para indenizar a vítima sem prejuízo do sustento próprio e daqueles que dele dependem. O fundamento desta responsabilidade é a equidade. Se o incapaz tem patrimônio que possa arcar com a indenização, não é justo que a vítima fique sem reparação. O parágrafo único do art. 928 dispõe: “*A indenização prevista neste artigo, que deverá ser equitativa...*” – equitativo vem de equidade e a equidade é fundada no justo; não na ilicitude, mas no justo. É aquilo que deve ser feito porque é justo, e a justiça está exatamente nisso: se o incapaz tem patrimônio, deve indenizar independentemente de ter ou não violado algum dever jurídico.

13. Desafio aos operadores do direito

O novo Código Civil está diante de nós, um Código que é obra humana, contendo coisas extraordinárias e outras que vão precisar ser trabalhadas, principalmente na área da responsabilidade civil. Contudo, nenhuma lei nasce perfeita e acabada. Toda lei, todo grande monumento jurídico, é obra da criação, da construção, principalmente dos operadores do Direito. Gosto sempre de citar uma frase genial de Mário Moacyr Porto, um grande jurista do Rio Grande do Norte - de tudo o que ele falou, talvez esta frase tenha sido a mais feliz: “A lei não esgota o Direito, assim como a partitura não esgota a música”. A partitura, ainda que tenha sido escrita pelo gênio de Mozart, pelo gênio de Verdi, se não tiver um bom intérprete, ficará apequenada. “A lei não esgota o Direito, assim como a partitura não esgota a música”. O novo Código Civil tem por propósito a construção de uma sociedade ética e solidária, e por isso consagrou valores éticos e sociais. Mas isso só será possível se essa lei for devidamente interpretada e aplicada, e isso vai depender da nossa genialidade, principalmente dos jovens operadores do direito, que ainda estão com a carreira pela frente. ◆

Incômodas Verdades sobre Alguns Problemas do Judiciário

FELIPPE AUGUSTO DE MIRANDA ROSA

Desembargador (aposentado) do TJ/RJ e professor

Alguém de muito prestígio e trânsito nos meios de comunicação de massa disse há uns dois ou três anos que o século XXI será o século do Judiciário. A afirmação prende-se aos indícios que a história recente do país (e do mundo) tem revelado. O estudo das transformações sociopolíticas mostra uma certa alternância da importância do poder central (Executivo) e das Assembléias (o Legislativo). A tríade dos poderes clássicos enunciada por Montesquieu seria completada com o Poder Judiciário. Do predomínio do Executivo e das Assembléias legiferantes que se alternaram nos séculos XIX e XX, o centro de gravidade deslocar-se-ia, segundo o ilustre comentarista, para o Judiciário, com um desenrolar progressivo que estaria sendo percebido desde a entrada do novo século.

Essa previsão tem bons fundamentos na evolução dos problemas políticos e administrativos da passagem de um para outro século. Existe um processo de deslocamento da solução dos grandes problemas da sociedade brasileira, com o aumento da intervenção judicial nos confrontos que se desenrolam e continuam eclodindo, em face da tensão operante nas esferas do poder. O fenômeno já foi rotulado de “A Judicialização da Política das Relações Sociais no Brasil” em excelente trabalho de Luiz Werneck Vianna e outros como fecho de um amplo trabalho de pesquisa realizado precisamente no limiar do século XXI. A crescente importância e influência dos tribunais do aparelho judicial está assim percebida, com variações, por diversos estudiosos da vida político-administrativa do país. O fato de que tem crescido sempre o apelo à decisão dos tribunais superiores por questões político-administrativas e de natureza econômica, é indicação veemente do processo em curso. Cada vez mais, importantes decisões de natureza política e administrativa têm sido confiadas ao saber e à experiência dos juizes. É um mecanismo de “redução” do conflito às suas verdadeiras raízes no universo das controvérsias.

Tal realidade tem provocado pronunciamentos desencontrados na sua análise. Predomina, contudo, a toda evidência, a percepção do processo de

submissão dos litígios, em seu nível mais elevado, à decisão dos tribunais.

A constatação é muito relevante neste momento. O deslocamento do centro de gravidade dos mecanismos de composição dos conflitos políticos, sociais, econômicos, opera de maneira insofismável no sentido da cada vez maior dependência das decisões judiciais. O Poder Judiciário torna-se dessa maneira o centro das cogitações e preocupações de todo aparelho estatal e da chamada opinião pública, cada vez mais consciente dessa nova realidade. Por isso mesmo, suas qualidades e seus defeitos são mais intensamente focalizados e discutidos. Suas imperfeições são apontadas a todo instante pelos interessados, atores na vida processual dos confrontos, criando uma variedade de percepções, na verdade muito imprecisa e fragmentada. É evidente no debate público que se estabelece a prevalência das preocupações com os aspectos negativos, o que é simples apuração da vida social. As pessoas e os grupos concentram-se nos problemas mais difíceis e formam por vezes uma aparência de rolo compressor, esquecidos os aspectos agradáveis da convivência. Apontam-se principalmente os defeitos, o que é natural. Os obstáculos e as dificuldades prendem mais a atenção das pessoas em sua busca do convívio melhor.

Nesse processo, confundem-se freqüentemente os conceitos principais. Justiça e Poder Judiciário são tratados indistintamente como fenômenos idênticos, o que não é a realidade. Costuma-se examinar, a propósito, a natureza do valor justiça, do que é justo em contraposição ao aparelho estatal destinado a examinar, processar e resolver os conflitos sociais em seus muitos níveis e aspectos. No primeiro caso, cuida-se do ideal de justiça, ou seja, do conceito de justiça-valor, presente em todas as sociedades humanas. A busca do que é justo está presente em todas as construções ideológicas que os homens formulam. A adequação do aparelho judicial para a realização do que é justo é problema a ser tratado em outro nível. O aparelho estatal para isso transforma-se no centro das atenções gerais e sofre o exame metuculoso de suas realidades positivas ou negativas.

A imperfeição e a inadequação de tais estruturas para o preenchimento de sua finalidade são objetos da atenção geral com o maior rigor. A estrutura e a dinâmica das instituições judiciais abrangendo sua organização e seus processos ficam sob a luz de potentes instrumentos de análises, que focalizam em especial as dificuldades da vida judicial. Cada aspecto negativo sobressai então com veemência, pois a preocupação com o aperfeiçoamento dos instrumentos da realização do justo, torna-se então centro dos cuidados gerais.

Isso é muito evidente no exame do aparelho judicial e de sua produção, entendida esta como o bom funcionamento, em tempo adequado, dos órgãos

que constituem o Poder Judiciário. A cogitação a respeito da duração dos procedimentos que integram os processos torna-se então objeto de críticas e preocupações. Esperam os interessados no funcionamento de juízos e tribunais que os processos transcorram com um mínimo de rapidez e racionalidade. Esses requisitos não são sempre alcançados. O elemento humano cria por vezes obstáculos importantes ao andamento dos pleitos. Afirma-se por isso que a justiça é lenta, o que se deseja afirmar é que a realização do justo se faz vagarosa. O adjetivo de “morosa” freqüenta normalmente todas as manifestações dos entendidos, ou não, na matéria. É lugar comum das conversas e das referências da chamada “mídia” e constitui, afirme-se, o maior defeito alegado do funcionamento das instituições judiciais no Brasil (e em quase todos os países).

O fenômeno não é privativo do nosso país, portanto, ele ocorre de maneira desigual nos diversos sistemas ou tipos de organizações judiciárias. As reclamações a respeito freqüentam a imprensa, o rádio e a televisão, por toda parte e variam no seu conteúdo específico quanto aos detalhes, mas guardam grande similitude no que tange à sua própria natureza.

É que são dois interesses diferentes manifestados em todas as discussões a respeito. O primeiro certamente essencial é a adequada composição dos interesses em conflito com ou sem a resolução desse, pois o objetivo maior é a realização da justiça. Espera-se, assim, que a decisão final seja correta e equânime. Para tanto, os procedimentos a seguir no processo respectivo devem assegurar a todos os litigantes as mais completas possibilidades de discutir argumentos e provas. Esse é um requisito destinado a assegurar a isonomia das partes conflitantes, a quem se atribuem oportunidades equivalentes durante o feito. O outro requisito é, precisamente, a pretensão de que tal debate se faça com a maior rapidez possível, sem prejuízo do primeiro requisito de modo a que o aparelho judicial dê em tempo útil a sua resposta às questões formuladas pelo pleito. Justiça rápida é a síntese do que se quer.

Ora, por vezes a preocupação do primeiro requisito (justiça) impede a plena realização do segundo (rapidez). A dicotomia é óbvia e a sua realidade em todos os feitos judiciais é observada mesmo ao mais leve exame. Como diz o brocardo comum “a pressa é inimiga da perfeição”. O conflito de interesses entre as partes é travado dentro do conflito entre os dois objetivos. Insistimos em que tal situação é evidente. Não é possível negá-la sem incorrer em uma fuga à realidade e essa verificação constitui o cerne do problema indicado.

A justiça ideal é apenas um alvo perseguido na vida judiciária, por vezes alcançado, apesar de sua extraordinária importância política e social. Há uma

distância entre uma e outra, o que representa o centro de cogitações na respectiva análise. Entre o objetivo essencial do funcionamento do aparelho judicial e a sua consecução, os estudiosos e os que não o são, debatem consciente e inconscientemente com críticas, restrições, pretensões e análises sobre causas e efeitos. Essa manifestação generalizada centra-se principalmente na queixa de que a justiça é morosa. É imperfeita, como todas as instituições humanas e visa à perfeição. A grande maioria dos processos judiciais é dos cíveis, como se sabe da experiência corrente. Essa maioria abrange as questões entre particulares e entre as entidades públicas e tais particulares. Neles, alguém pretende obter de outrem a satisfação de uma obrigação ou o respeito de algum direito, enquanto o outro lado do conflito quer evitar esse resultado. Ou seja, alguém tem pressa e outrem quer lentidão, se possível. É importante compreender esse fenômeno que é um pedaço do mundo real, longe da simples formulação da teoria dos processos. Quem tem pressa está sempre insatisfeito porque o tempo está passando sem a decisão final; quem não a tem, beneficia-se o mais das vezes da morosidade.

A grita contra essa, portanto, não é tão generalizada como parece. Uma larga percentagem dos litigantes é beneficiada com o fato de os processos serem lentos para que se mantenha a igualdade das partes litigantes. A realidade difere nisso da aparente unanimidade dos que se manifestam a respeito, repetindo maquinalmente que o nosso Judiciário é moroso. Ele o é, na verdade, dentro dos limites impostos pela necessidade da igualdade das partes, destinada a assegurar a realização do justo. O grau de lentidão varia segundo as pretensões conflitantes das partes, sua atividade processual e a imposição dessa isonomia. A constatação impõe-se, para a exata análise desse problema tão apontado e tão pouco entendido. Isso é também percebido claramente, quando é noticiado que tal e qual processo tramitou por anos a fio até uma decisão final. A dificuldade de apreciação no caso é que ela não se faz com dados de pesquisa confiável. Não se comparam esses exemplos com a massa de processos realizados, não se mede a duração da maioria dos feitos, para a verificação do seu tempo médio de andamento. A propósito, fizemos uma pesquisa-piloto anos atrás e participamos da realização de outra agora, na Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro (EMERJ), com o intuito de abrir o leque de verificações empíricas. É importante, observe-se, identificar a realidade, que não é totalmente risonha nem completamente desanimadora. O que existe é a natural consequência do conflito de interesses e da necessidade de equilíbrio que existe em todos os feitos.

A justiça ideal, portanto, não corresponde exatamente à justiça possível, alcançável, pois além da solução do litígio deduzido em juízo, importa muito o tempo despendido para isso, que depende de circunstâncias várias, como

se viu.

Significa muito a existência de um ambiente de grande tensão em torno de todos os atos do Poder Judiciário, para que se compreenda toda a amplitude do trabalho que ele desenvolve, o que não costuma ser mencionado nas apreciações superficiais correntes. Os críticos e analistas que se debruçam sobre esse mundo de pretensões e incertezas não têm o hábito de perquirir tal aspecto. Para isso, é necessário aprofundar-se no ambiente intenso das controvérsias e no exame amplo das pretensões dos litigantes. Acresce a percepção dos modos de operar do aparelho judicial, da sua exposição permanente a críticas dos interessados e à análise dos estudiosos na matéria.

Juízes e tribunais funcionam com grande exposição dos seus métodos de trabalho, das suas condições de realização dele, das opiniões do grande público e das entidades representativas de interesses e corporações. Estão eles no centro de um universo conflitual permanente. São objetos de ataques, de restrições e de dúvidas. Isso é da própria natureza de sua função de resolver ou compor os conflitos de interesses que envolvem todos os direitos subjetivos da sociedade. Sua exposição ao exame por parte dos órgãos de informação e debate das questões públicas e privadas, excede e muito ao que acontece aos órgãos e instituições dos Poderes Executivo e Legislativo. Tal diferença não é mencionada porque os governantes e os parlamentares são formalmente destinados a viver sob o foco das câmeras e das lentes da crítica e da investigação, o que não acontece com o Poder Judiciário. Este é formalmente declarado independente, livre para decidir segundo as normas sociais de maior expressão e portador de atributos formais para garantir sua liberdade de agir segundo o direito.

A grande maioria do público não sabe, mesmo aproximadamente, quais os requisitos para a atuação do aparelho judicial, nem sequer percebe que ao magistrado é imposta a obrigação de descrever precisamente todos os aspectos do litígio analisados e, com invocação do direito, resolver a controvérsia. Constatamos, em certo período do ensino universitário, que até mesmo os estudantes das faculdades de direito não se apercebem de tal exigência. Pouco faltava, na verdade, que supusessem que o juiz decidisse segundo sua impressão agradável ou desagradável das partes. Não se lhes apresentava a idéia de que tudo o que constitui o objeto de uma decisão tem que ser mencionado, examinado, discutido, para que fique claro que a sentença corresponde à vontade social expressa nas normas jurídicas.

A errônea percepção do que o julgador leva em conta ao sentenciar é origem de muitas confusões que se instalam na mente popular. E não apenas nela em geral, mas também entre as camadas chamadas de “elites”, geralmente muito instruídas em matéria econômica e pouco esclarecida nos

aspectos sociais de sua atuação.

Tal alienação geral, constatável em qualquer experiência de pesquisa com amplitude adequada, é uma das conseqüências do extremamente limitado processo educacional total. Invés de incutir nas crianças e nos jovens informações de natureza político-social, mesmo que de superfície, o que se verifica entre os alunos de todos os graus é a ignorância quase completa das estruturas políticas e sociais em que repousa a convivência humana.

Certa vez organizamos a propósito de um congresso internacional uma pesquisa entre os alunos das redes pública e privada do Rio de Janeiro intitulada “Como a Criança Vê o Juiz”, na qual os meninos e meninas deviam apresentar desenhos a respeito. Percebemos no exame do material colhido, aliás riquíssimo, que a figura do magistrado era em geral de um homem muito grande junto a uma mesa pequenina em que se encontrava destacado um martelo; o martelo do juiz. A representação gráfica corresponde principalmente à figura dos juízes nos filmes norte-americanos. Os meninos e meninas tinham essa percepção do magistrado como ameaçador e poderoso personagem cujo poder era manifestado pelo martelo. Não se dava conta de que ele era um árbitro equânime, nem que se tratava de um personagem destinado a fazer justiça, a trabalhar pela paz social, ao resolver brigas e questões, sentiam-no como autoridade poderosa, geralmente grande e de cara amarrada.

Essas distorções que o processo educacional total imprime nas crianças pela maneira como é aplicado condicionam a visão popular do aparelho judicial que, para muitos, começa no guarda da esquina e vai, sem grandes distinções de função e grau, até o ápice do Judiciário.

Daí que se convençam de que os juízes decidem segundo simpatias e antipatias, preferências pessoais ou até de torcedores de futebol. Os juízes são poderosos, resolvem as coisas segundo as aparências das partes e sem necessidade de explicar suas razões, por isso não diferem muito do guarda da esquina e do inspetor de trânsito e são, na opinião dessa gente, suscetíveis de propina ou agrado de outra natureza. A visão do Judiciário em face de tais elementos, cuja referência fizemos sem muito exagero, não é tão risonha. É ameaçadora, fria, forte e sem muito apelo ao que é correto e justo. Talvez a indicação aqui feita desagrade a muitos homens e mulheres do Judiciário e a muitos estudiosos, mas é uma abordagem, apesar de superficial, da reflexão de tais atores no processo social.

O desconhecimento das coisas do Judiciário referido nesse texto é ilustrado por um fato interessante. A preocupação de todos com a primeira fase do trabalho dos juízes recém-empossados, tantas vezes manifestada, é objeto das funções do Conselho de Vitaliciamento, órgão assessor do Conselho da Magistratura do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Essa instituição

auxilia a administração, no acompanhamento das atividades dos novos magistrados feito por desembargadores aposentados e com a ajuda de juízes supervisores, controlando os aspectos, por assim dizer, adjetivos de sua atuação para que as decisões por eles proferidas estejam livres de dubiedades, imprecisões, enganos graves de redação e outros defeitos que não se referem à natureza da decisão, mas sim a sua clareza e objetividade. O público nem imagina uma coisa dessas, nem mesmo a maior parte do mundo jurídico. Vale dizer que essa instituição existe somente no Rio de Janeiro, com resultados amplamente benéficos.

Outro aspecto relevante é o seguinte: costuma-se dizer que uma das razões, ou melhor, uma das falhas principais do Judiciário brasileiro é o conjunto de normas processuais, estimulante de recursos desnecessários e manobras protelatórias. Isso tem sido veiculado repetidamente até mesmo por pessoas com formação jurídica, para explicar não só a alegada morosidade da justiça e outras dificuldades importantes no funcionamento dos tribunais. Propostas de transformações de longo alcance foram feitas. Fala-se muito a favor e contra as “súmulas vinculantes” que outros preferem ver substituídas pelas chamadas “súmulas impeditivas de recursos” o que constitui uma alternativa não tanto diversa. O apelo a tais remédios processuais mostra quão preocupa juristas e legisladores os problemas da lentidão, de um lado, e da manutenção das prerrogativas dos juízes no exame das questões que estão produzindo maior quantidade de recursos. A discussão sobre o que será melhor, ponderadas as preocupações com a liberdade de decidir, ainda vai longe. O momento em que escrevemos, o projeto de Reforma do Judiciário que penosamente caminhou no Congresso Nacional até a apreciação da Comissão de Constituição e Justiça do Senado, estava “encalhado” a espera de votação no Plenário da Câmara Alta. Exemplos da extrema “morosidade” do Legislativo depois da longa tramitação do novo Código Civil e ainda durante o das modificações dos Códigos Penal e de Processo Penal, os parlamentares parecem ter resolvido não mais terminar o exame da “Reforma”. Isso é outro aspecto da discussão sobre o Poder Judiciário que se desenrola aos trambolhões e tropeços sobre os quais muito se terá que refletir.

Há muito mais a examinar quanto aos problemas que afligem o que se convencionou chamar de “A Justiça”. Não se pretende aqui esgotar a matéria, mas apenas dirigir a atenção do leitor para alguns pontos polêmicos da discussão a respeito. Nosso Judiciário não é muito melhor, nem muito pior do que se observa nos países líderes da cultura jurídica ocidental. Isso não é consolo. Cabe, portanto, discutir seus problemas e suas mazelas, mas sempre com objetividade, longe de elogios delirantes e críticas mal-humoradas. ♦

O Processo Civil Contemporâneo: um enfoque comparativo *

JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA

Desembargador (aposentado) do TJ/RJ

Professor da Faculdade de Direito da UERJ

1. Considerações introdutórias - Todo estudo comparativo deve, antes de mais nada, indicar o objeto da comparação: isso é verdade para o direito processual, como para qualquer outro ramo da ciência jurídica. São naturalmente várias as perspectivas que se oferecem ao comparatista em matéria de processo. Ele pode situar-se em plano generalíssimo, para pôr em confronto, digamos, os princípios fundamentais de dois ou mais sistemas de funcionamento da Justiça. Pode, em vez disso, escolher tema específico: por exemplo, cotejar os efeitos da revelia, ou os limites subjetivos da coisa julgada, em ordenamentos distintos. Entre esses extremos há uma linha contínua, onde fica livre ao estudioso colocar-se em ponto de grau mais ou menos alto de generalidade.

Múltiplos, é claro, são os fatores que influem na opção. Bem se compreende que eles variem de acordo com o objetivo que o comparatista tem em mira: a escolha de determinado assunto pode assumir maior interesse quando se cuida de trabalho puramente científico do que no caso de estarem a colher-se elementos para uma proposta de reforma legislativa, e vice-versa. Outro fator a levar em conta é a maior ou menor afinidade entre os ordenamentos que se vão confrontar: a comparação entre aspectos particulares da disciplina do procedimento será provavelmente mais interessante e mais útil se se trata de sistemas próximos do que na hipótese de sistemas opostos por desigualdades radicais.

Costumam os ordenamentos jurídicos ser agrupados em famílias, em cada uma das quais se reúnem ordenamentos ligados entre si por laços mais estreitos. A pertinência a esta ou aquela família explica-se, basicamente, por circunstâncias históricas: sistemas oriundos de um tronco comum apresentam traços também comuns, distintos dos traços característicos de sistemas de diferente ascendência. Ocioso notar que a distinção tem alcance relativo,

* Texto (com o acréscimo de notas) de conferência pronunciada no Rio de Janeiro, em 5.9.2003, no XII Congresso Internacional de Direito Comparado.

até porque os vaivéns da História deram (e continuam a dar) ensejo a infiltrações e contaminações recíprocas entre ordenamentos de origens diversas. Se quiséssemos assinalar cada família por uma cor típica, teríamos de reconhecer a existência de um sem número de matizes e entretons, mercê dos quais pode acontecer que este ou aquele ordenamento de uma família, em determinada perspectiva, acabe por assemelhar-se mais aos de outra família que aos de sua própria. Com essa importante ressalva, a distribuição dos sistemas jurídicos em famílias conserva interesse sobretudo, embora não exclusivamente, como *diferenciação de tendências*.

2. Famílias jurídicas ocidentais - No panorama jurídico do ocidente³ é usual a contraposição entre dois grandes grupos (ou famílias): o dos ordenamentos romano-germânicos e o dos anglo-saxônicos, aos quais se aplicam respectivamente, em língua inglesa, as conhecidas denominações **civil law** e **common law**. Incluem-se no primeiro grupo, como o nome indica, os sistemas formados sobre base romana, com a contribuição trazida pelos povos germânicos que invadiram o império. A ele pertencem os ordenamentos da maior parte do continente europeu e os das regiões que países aí situados colonizaram, entre elas a América latina. O segundo grupo compõe-se do direito inglês e dos sistemas a ele filiados, com realce para o norte-americano.

A essas duas famílias acrescentava-se, até alguns anos atrás, a dos ordenamentos do chamado “bloco socialista”. Sistemas de tal corte remanescem nos poucos países onde ainda vigoram regimes socialistas, mas a dimensão do fenómeno, é óbvio, encolheu notavelmente. Nos Estados do leste europeu, inclusive nos resultantes da dissolução da antiga União Soviética, as mudanças políticas refletiram-se, como não podia deixar de suceder, na paisagem jurídica: as respectivas legislações, a partir dos últimos anos do século XX, vêm experimentando profundas transformações, ainda não completadas, ao que consta sob a dupla e contrastante influência de europeus e de norte-americanos, que rivalizam no empenho de dar bússola aos novos rumos. Seja como for, a grande divisão é mesmo a que habitualmente contrapõe **civil law** e **common law**.

Semelhante divisão, vale ressaltar, não há de ser concebida em termos estáticos. Tem o sabor do óbvio o asserto de que os ordenamentos jurídicos se acham em constante evolução - nos dias que correm, provavelmente, com maior rapidez do que noutros tempos. Ao estudioso não é lícito deixar de

3 Será talvez desnecessário registrar que se emprega aqui a palavra “ocidente” em sentido que não coincide forçosamente com o geográfico. Do ponto de vista jurídico, e em particular do processual, a Turquia e o Japão, por exemplo, pertencem ao mundo ocidental.

tomar em consideração esse dinamismo. Semelhanças e dessemelhanças podem aumentar e diminuir, quiçá desaparecer. Nem é necessária, às vezes, uma expressa reformulação de textos legais. À margem deles, mudanças culturais fazem sentir-se na maneira de compreender e valorar comportamentos humanos. A interpretação e aplicação das normas jurídicas não escapa a esse processo evolutivo. É oportuno, para não dizer indispensável que, de vez em quando, se retomem as comparações, a fim de verificar se ocorreram modificações capazes de tornar obsoletas posições clássicas, ou - se e em que medida - ainda é possível reputá-las válidas.

3. Civil law e common law: processo “inquisitorial” e processo “adversarial” - O confronto entre *civil law* e *common law* tem sido feito por diversos prismas. No campo do processo, é critério recorrente o que se tira da “divisão do trabalho” entre juiz e partes (*rectius*: entre juiz e advogados das partes) na instrução probatória. Adverte-se aí uma diferença de acentuação: os ordenamentos anglo-saxônicos atribuem a tarefa principalmente aos advogados, enquanto nos da família romano-germânica assume relevância maior o papel do órgão judicial. Cunharam-se até denominações, no âmbito do *common law*, para assinalar o contraste: ao processo do tipo dominante na família romano-germânica chama-se “*inquisitorial*”, ao outro tipo “*adversarial*”. À evidência, jamais existiu e com certeza jamais existirá ordenamento processual “quimicamente puro”: todos combinam, em variável dosagem, elementos de ambos os tipos.⁴ Apesar do generalizado reconhecimento desse fato, porém, subsistem na literatura a noção da diversidade e o uso das expressões tradicionalmente empregadas para indicá-la.

Os estudiosos têm visto correlação entre as características do processo no mundo de *common law* e o uso do júri em matéria civil, datado na Inglaterra de época já longínqua e, conquanto reduzido naquele país a casos excepcionais,⁵ ainda vigente nos Estados Unidos. Realmente, desde que se outorgou ao júri a função soberana e indelegável de “juiz do fato”, era natural que se houvesse por indébita qualquer interferência do órgão judicial na

4 De tão trivial, a observação a rigor dispensa abonações. Vide, em todo caso, as referências bibliográficas em BARBOSA MOREIRA, “Notas sobre alguns aspectos do processo (civil e penal) nos países anglo-saxônicos”, in **Temas de Direito Processual**, Sétima Série, S. Paulo, 2001, p. 161, nota 9, às quais se pode acrescentar, recentissimamente, JOLOWICZ, “*Adversarial and Inquisitorial Models of Civil Procedure*”, in **International and Comparative Law Quarterly**, v. 52 (abril de 2003), p. 281 (“...a purely adversarial process is no more capable of existing in the real world than a purely inquisitorial one”).

5 Indicações doutrinárias em BARBOSA MOREIRA, art. cit. em a nota anterior, p. 162/3, nota 13. Vide também a nota 27, *infra*.

preparação e apresentação, pelas partes, do material fático destinado a dar suporte às respectivas pretensões. Não é desprezível a hipótese de uma persistente incrustação histórica: ainda onde hajam cessado as razões do fenômeno, continuariam a fazer-se sentir suas conseqüências - não só, aliás, o predomínio das partes sobre o juiz na atividade instrutória, mas igualmente a concentração desta na sessão de julgamento (*trial*) e a preferência, hoje parcialmente atenuada, pelas provas orais.

Cumprido recordar que também a doutrina dos países de **civil law** costuma aludir, neste contexto, ao “princípio inquisitivo” (ou “inquisitório”) e ao “princípio dispositivo”. Na verdade, semelhantes locuções vêm-se utilizadas, de forma bastante equívocada, a propósito de questões heterogêneas, como a iniciativa da instauração do feito, a delimitação do objeto do julgamento, a possibilidade de dar-lhe fim mediante ato unilateral ou bilateral de composição do litígio, a abrangência do efeito devolutivo dos recursos.... No momento, interessa-nos o emprego das locuções em matéria de obtenção de provas. Fala-se de “princípio inquisitivo” em relação com a idéia de que é função do juiz obtê-las; e de “princípio dispositivo” com a idéia de que esse trabalho incumbe às partes.⁶

Mudanças recentes põem na ordem do dia o reexame da questão. Em ambos os territórios, no anglo-saxônico e no romano-germânico, vêm ocorrendo inovações de manifesta relevância. Produzirão elas reflexos suscetíveis de justificar o abandono da imagem tradicional? Ou remanescem intactas características suficientes para que continuemos a admiti-la - eventualmente com retoques - como representação não muito distante da realidade? É nosso intuito aqui tentar responder, posto que sumariamente, a essas indagações.

4. O juiz e a instrução do processo: *common law* - Muitas e muitas vezes se tem atribuído ao juiz anglo-saxônico, em obras doutrinárias, papel passivo em matéria probatória. Incumbe-lhe, sem dúvida, decidir objeções porventura feitas à admissibilidade de certas provas, fiscalizar a produção das provas orais no *trial* e, obviamente, valorar os elementos apresentados, para fundamentar a sentença? com ressalva, no particular, das hipóteses de

6 Cf., em nossa literatura recente, JOSÉ ROBERTO DOS SANTOS BEDAQUE, **Poderes instrutórios do juiz**, 3ª ed., S. Paulo, 2001, p. 86. O autor não deixa de pôr em evidência, nas páginas subseqüentes, a equivocidade da expressão “princípio dispositivo” - o que já frisávamos em trabalho de há quase vinte anos: vide BARBOSA MOREIRA, “O problema da ‘divisão do trabalho’ entre juiz e partes: aspectos terminológicos”, in **Temas de Dir. Proc.**, Quarta Série, S. Paulo, 1989, p. 35 e segs., e voltamos a sublinhar em mais de um escrito, v.g. “Reformas processuais e poderes do juiz”, in **Rev. Jurídica**, nº 306.

competência do júri, hoje quase desaparecidas na Inglaterra, no terreno civil, mas subsistentes nos Estados Unidos, onde o julgamento pelo tribunal popular é garantia prevista na Constituição (art. III, seção 2, nº 3, e 6ª Emenda). Mas daí não se passa: ainda quando franqueada ao órgão judicial, em teoria, a possibilidade de tomar iniciativas probatórias, não se tem visto com bons olhos, na prática, a utilização dessa prerrogativa.

Narra-se, ao propósito, o caso de certo juiz inglês que, há décadas, teve anulado julgamento que presidira, por haver feito muitas perguntas às testemunhas ? comportamento reprovado como violador da garantia do **fair trial**. Foi-se ao extremo de induzir o magistrado a renunciar ao cargo.⁷ Aos advogados norte-americanos de modo nenhum lhes agrada que o juiz, participando ativamente da colheita das provas orais, “roube” a cena de que desejam ser, eles próprios, os protagonistas. Essa idiosincrasia é capaz de induzir numerosos magistrados a timbrar na autocontenção, notadamente nos Estados onde os juízes são eleitos: aqueles que se candidatam à reeleição não se dispõem com facilidade a alienar a simpatia da classe dos advogados, cuja influência eleitoral costuma ser apreciável.

Na Inglaterra, a situação está sensivelmente alterada. Não foi repentina a mudança: há algum tempo, vinham-se introduzindo na legislação modificações que deslocavam o ponto de equilíbrio entre as forças atuantes na arena judiciária. De início, o juiz incumbido de presidir o *trial* não tinha acesso, antes desse momento, a peças processuais; partia-se da premissa de que ele devia chegar à sessão de julgamento sem prévio conhecimento do assunto, a fim de conjurar o risco de que sua mente, em vez de ficar aberta às impressões colhidas ao vivo no *trial*, já sofresse alguma inclinação prematura. A ignorância era havida por garantia de imparcialidade e barreira contra o prejulgamento. Tal sistema foi alterado nos anos 90, em termos tais que, no pensamento de doutrina autorizada, já afastavam o direito inglês do modelo *adversarial*.⁸

A evolução tomaria maior impulso com o advento das *Rules of Civil Procedure* - em vigor desde 1999 ? verdadeiro código de fisionomia parecida,

7 O episódio é relatado por Lord DENNING, no vol. **The Due Process of Law**, Londres, 1980, p. 58 e segs., sob o título “*The judge who talked too much*”.

8 Para não multiplicar as citações, remetemos o leitor ao artigo de JOLOWICZ, publicado em tradução para o português (do autor deste ensaio), sob o título “A reforma do processo civil inglês: uma derrogação ao *adversary system*?”, in **Rev. For.**, v. 328. A leitura desse e de outros trabalhos da mesma pena é essencial, ao nosso ver, para o conhecimento e a compreensão do processo evolutivo que, nos últimos tempos, marcou o funcionamento da Justiça civil na Inglaterra: além do art. cit. em nota 2, supra, vide, em trad. ital. de Michele Lupoi, “*Il nuovo ruolo del giudice del “pre-trial” nel processo civile inglese*”, in **Riv. trim. di dir. e proc. civ.**, v. LVI (2002), p. 1.263 e segs.

em mais de um aspecto, com os diplomas análogos dos países de **civil law**.⁹ Não se chegou aí a conferir ao órgão judicial, em termos expressos, o poder de determinar **ex officio** a realização de provas; mas decerto se lhe outorgaram amplas faculdades de controle da atividade probatória.¹⁰ Pode o juiz, por exemplo, emitir instruções no sentido de especificar as questões para as quais deseja prova, a natureza da prova de que carece para resolvê-las e a maneira como deve ser ela apresentada em juízo (*Rule* 32.1); pode também ordenar à parte, a qualquer momento, que esclareça matéria discutida no processo, ou ministre informação adicional a respeito (*Rule* 18.1 (10)).

Tópico importante é o atinente à prova pericial. Na tradição anglo-saxônica, o perito nada mais era que uma testemunha qualificada (**expert witness**), que a parte convocava para depor a seu favor. As *Rules of Civil Procedure* colocam o perito na posição de auxiliar imparcial do juiz, enfatizando que seu dever para com o tribunal sobrepõe a toda obrigação para com a pessoa da parte (*Rule* 35.3). Sempre que os litigantes pretendam que se realize perícia sobre determinada questão, dá-se ao órgão judicial a possibilidade de ordenar que ela seja levada a cabo por um único perito, o qual pode ser indicado mediante acordo das partes, mas, na falta deste, pelo próprio tribunal (*Rule* 35.7); o órgão judicial tem o poder de emitir instruções sobre qualquer inspeção, exame ou experiência que o perito único deseje realizar (*Rule* 35.8, (3), (b)).¹¹

É diferente o panorama nos Estados Unidos. Aí, a instrução probatória continua a depender em larga medida da iniciativa das partes (**rectius**: dos advogados). Uma das chaves mestras utilizadas nessa atividade consiste no procedimento denominado **discovery**, cuja substância reside na possibilidade, que se abre aos advogados, de pesquisar e explorar fontes de prova fora do âmbito judicial. Compreendem-se nesse poder, *v.g.*, a sujeição do adversário e de eventuais testemunhas a interrogatório sob juramento, sem a pre-

9 Vide nossa resenha, sob o título “Uma novidade: o Código de Processo Civil Inglês”, in **Temas**, Sétima Série cit., p. 179 e segs. (especificamente sobre a disciplina da instrução probatória, p. 186/8).

10 Segundo JOLOWICZ, art. cit. em a nota 2, *supra*, p. 287, o “*power to control evidence*”, nos termos em que as RCP o conferem ao juiz, “*manifestly runs counter to the freedom of the parties to present their cases as they wish - which is inherent in the classic adversary system*”.

11 As RCP inspiraram-se notoriamente nas propostas constantes dos relatórios que Lord Woolf elaborou, em 1995 e 1996, como resultado de pesquisa realizada por designação do então *Lord Chancellor*. Nesses documentos apontava-se, como uma das principais causas do mau funcionamento da Justiça civil inglesa, o caráter excessivamente adversarial do sistema. No resumo feito por GREENE, **The New Civil Procedure Rules**, Londres, 1999, p. 2, lê-se: “*Litigation will be less adversarial and more cooperative*”; e, sob essa rubrica: “*Experts should not become part of the adversarial tool*”.

sença do juiz, o acesso a arquivos da parte contrária, a realização de exames médicos para determinar o respectivo estado de saúde físico ou mental.¹² A extensão do trabalho investigatório atribuído aos advogados norte-americanos causa admiração até noutros países de **common law**.¹³

Reformas legislativas dos últimos tempos confiaram ao juiz papel mais saliente no controle do mecanismo da **discovery**. Desse e de outros dados há quem conclua estar superada a caracterização tradicional do processo civil norte-americano como avesso a uma participação menos modesta do órgão judicial na atividade instrutória.¹⁴ A conclusão não soa de todo convincente, quando nada à luz de exposições doutrinárias recentemente publicadas nos próprios Estados Unidos.¹⁵ O que cumpre evitar é o simplismo das contraposições em preto e branco: decerto, reitere-se, muitos ordenamentos processuais aparecem hoje bem mais matizados do que noutros dias. Isso não elimina só por si a existência de linhas limítrofes, ainda que faça altamente desaconselhável o rigor excessivo com que às vezes se tem procurado traçá-las. Afigura-se bem ponderada a manifestação daqueles que, sem deixar de registrar a tendência moderna do processo civil norte-americano a resgatar o juiz da posição de mero “árbitro passivo”, tampouco se abstêm de reafirmar a diretriz primacial do **adversary system**, que confia acima de tudo

12 Vide Rule 26 e segs. das *Federal Rules of Civil Procedure*; na doutrina mais recente, FRIEDENTHAL - KANE - MILLER, **Civil Procedure**, 3ª ed., St. Paul, reimpressão de 2001, p. 386 e segs., onde se lê que a adoção das **discovery rules**, copiadas em quase todas as legislações estaduais, “*virtually revolutionized the practice of law in the United States*” e fizeram da **discovery** “*a vital part of the litigation process*” (pág. 386). Cf. JAMES - HAZARD - LEUBSDORF, **Civil Procedure**, 5ª ed., Nova Iorque, 2001, págs. 283 e segs., espec. 290 e segs., assim como o substancioso artigo de CHASE “*American “Exceptionalism” and Comparative Procedure*”, in *The American Journal of Comparative Law*, v. L (2002), nº 2, p. 292.

13 Já há quase vinte anos observava DAMAŠKA, **The Faces of Justice and State Authority**, New Haven - Londres, 1986, p. 133, nota 67, que “*American discovery practice sometimes appears “exorbitant” - “fishing expeditions” - to lawyers in other common-law countries*”.

14 Nesse sentido, com ênfase digna de nota, DONDI, “*Questioni di efficienza della fase preparatoria nel proceso civile statunitense (e prospettive italiane di riforma)*”, in **Riv. trim. di dir. e proc. civ.**, v. LVII (2003), págs. 161 e segs., espec. 162/3, 165. Vide aí a indicação das principais mudanças ocorridas a partir dos anos 80 no sistema norte-americano. Consulte-se ainda TARUFFO, “*Il processo civile di civil law e di common law: aspetti fondamentali*”, in **Sui confini**, Bolonha, 2002, págs. 77/8 (há tradução desse artigo para o português, feita pelo autor da presente palestra e publicada, sob o título “*Observações sobre os modelos processuais de civil law e de common law*”, in **Rev. de Proc.**, nº 110, p. 0, 141 e segs.).

15 Por exemplo: no artigo cit. em a nota 8, supra, p. 294/6, enfatiza CHASE a correlação entre o “*party controlled pre-trial fact gathering*” e alguns valores apontados como básicos da cultura americana, nomeadamente o igualitarismo, o populismo, o **laissez-faire**, o individualismo e o antiestatismo, tão fortes naquela cultura.

nos esforços dos próprios litigantes.¹⁶

5. O juiz e a instrução do processo: *civil law* - Voltemos os olhos, agora, para o universo de ***civil law***. Nunca é demais ressaltar a impropriedade da qualificação de “inquisitório” para tipificar, com pretensão de generalidade, o modelo dominante nessa área em matéria de divisão do trabalho entre juiz e partes na instrução probatória. Entre outros inconvenientes, o uso indiscriminado da expressão tem o de pôr em falsa pista o estudioso desprevenido, dando a entender que existe *um único* modelo processual verdadeiramente comum a todos os países da família romano-germânica.¹⁷ O certo é que, de par com vistosas semelhanças, sempre houve diferenças relevantes entre os vários ordenamentos que nela se incluem - e a observação das trajetórias por eles descritas em nossos dias só faz confirmar essa diversidade.

Senão, vejamos. A França, onde por largo tempo prevaleceu sistema fortemente marcado pelo domínio das partes sobre mais de um aspecto do processo, inclusive o de que estamos tratando, adotou em 1975 novo ***code de procédure civile***, cujo caráter inovador, no particular, se evidencia à vista do art. 10, que autoriza o juiz a ordenar ***ex officio*** todas as medidas de instrução legalmente admissíveis.¹⁸ Averba a doutrina que assim se erigiu em princípio geral um poder outrora limitado a casos excepcionais.¹⁹ Já não seria cabível aludir, como se aludia noutra época, ao “papel passivo do juiz” no tocante à instrução probatória.²⁰ Aí se tem, pois, sugestivo exemplo de uma evolução em que se desloca o ponto de equilíbrio entre a atuação do órgão judicial e das partes aumentando o peso anteriormente atribuído àquela.

Outro exemplo de mudança orientada para o incremento dos poderes instrutórios do juiz é o que ministra a recente reforma da ***Zivilprozessordnung*** alemã, por lei de 27.7.2001. Assinalemos um ponto interessante. Ainda antes da reforma, podia o órgão judicial ordenar à parte a apresentação de documentos em seu poder, aos quais *ela* fizesse referência. Agora, a possibilidade vê-se ampliada em duplo sentido. De um lado, ela se estende aos

16 Assim, JAMES - HAZARD - LEUBSDORF, ob. cit., págs. 8 e 5, respectivamente.

17 Contra esse equívoco adverte com razão TARUFFO, trab. cit., p. 74/5, 87.

18 No original: “Le juge a le pouvoir d’ordonner d’office toutes les mesures d’instruction légalement admissibles”. Cf. o art. 143: “Les faits dont dépend la solution du litige peuvent, à la demande des parties ou d’office, être l’objet de toute mesure d’instruction légalement admissible”.

19 Assim, MOREL, **Traité élémentaire de procédure civile**, Paris, 1932, p. 463. Vide, nas págs. 505/6, a indicação de algumas providências já então suscetíveis de ser ordenadas ***ex officio*** pelo órgão judicial.

20 CADIET, **Droit Judiciaire Privé**, 2ª ed., Paris, 1998, pág. 483.

documentos a que a *parte contrária* se refira; de outro, a ordem de apresentação pode ser dirigida igualmente a *terceiros*, desde que isso lhes seja possível e não ocorra qualquer dos casos de recusa legítima a depor como testemunha (§ 142, 1ª e 2ª alíneas).²¹

Já não afina pelo mesmo diapasão o direito espanhol. Na Exposição de Motivos, nº VI, da nova *Ley de Enjuiciamiento Civil* (nº 1 de 2000), lê-se que ela continua a inspirar-se no “princípio dispositivo”, segundo o qual - tem-se o cuidado de explicitar - “não se entende razoável que incumba ao órgão jurisdicional investigar e comprovar a veracidade dos fatos alegados”. Coerente com essa diretriz, a lei, na contramão da francesa, restringe às hipóteses expressamente previstas o poder do juiz de determinar de ofício a realização de provas (art. 282, 2ª parte). Eliminam-se as antigas “*diligencias para mejor proveer*”, expediente de que se utilizava o órgão judicial para tentar preencher eventuais lacunas do material probatório. Em tal inovação não falta quem veja “*una regresión histórica verdaderamente increíble*”;²⁰ ela se harmoniza, todavia, com o pensamento de outra vertente doutrinária, cuja aversão ao ativismo judicial em matéria de prova chega ao ponto de identificar sintoma de “autoritarismo” na assunção de poderes instrutórios *ex officio* pelo juiz.²²

Também na Itália vêm-se notando sinais contrários à ampla participação do órgão judicial na colheita de provas. Eles aparecem até na esfera do processo penal: o art. 190, 2ª alínea, do *codice di procedura penale* de 1988 igualmente limita às hipóteses contempladas em lei a possibilidade, para o juiz, de determinar *ex officio* medidas instrutórias. Mas trata-se de aspecto particular de uma tendência geral, que se espalha pelo terreno civil, a repudiar a concepção publicística do processo.²³

Não se inclina para esse lado o direito brasileiro. No art. 130, 1ª parte, do Código de Processo Civil de 1973 já se consagrara a regra: “Caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias

21 Cf. OBERHEIM, *Die Reform des Zivilprozesses*, Darmstadt, 2001, pág. 9, onde se chega a vislumbrar na nova regulamentação da matéria certa tendência a aproximar o direito alemão da “*pre-trial discovery*” norte-americana.

22 VÁZQUEZ SOTELO, “*El proceso civil y su futuro*” (relatório apresentado às XVIII Jornadas Ibero-americanas de Direito Processual, de 2002), in *Cuadernos procesales* (México), nºs. 17/18, p. 41/2.

23 Assim, MONTERO AROCA, “*La nueva Ley de Enjuiciamiento Civil española y la oralidad*”, no vol. *Relatorios y ponencias sobre Derecho Procesal* das XVII Jornadas Ibero-americanas de Direito Processual (San José, 2000), t. II, p. 332/3. A exemplificação do autor recorre a casos em que Estados totalitários abraçaram a orientação de aumentar poderes do juiz - o que somente mostra que o fenômeno não é exclusivo desta ou daquela ideologia. Ou teremos de entender que a Inglaterra, ao editar as RPC, optou por alguma forma de “autoritarismo”?

à instrução do processo”. À vista dela, devem considerar-se meramente explicitantes disposições em que se prevê a iniciativa probatória oficial, como as dos arts. 342, 355, 382, 399, 416, *caput, initio*, 418, 426, nº II, 437, 440 etc. Linguagem expressiva foi depois empregada no art. 5º, 1ª parte, da Lei nº 9.099, de 26.9.1995, que dispõe sobre os Juizados Especiais: “O juiz dirigirá o processo com liberdade para determinar as provas a serem produzidas”.

Ainda se nota, às vezes, certa timidez na interpretação e aplicação dessas normas, cuja incidência, ao ver de alguns, ficaria limitada a hipóteses especiais, em que haja relevante interesse público, ou se trate de direitos indisponíveis, e assim por diante.²⁴ Na lei, porém, não se encontra base para tantas distinções. Claro está que, *de fato*, por óbvias razões, o material probatório virá aos autos sobretudo pelas mãos das partes, que têm ciência direta dos acontecimentos relevantes e dos elementos capazes de comprovar as alegações a eles relativas. Isso não se discute; a questão é saber se o juiz há de limitar-se a aguardar, passivamente, tal contribuição, e de dar-se por satisfeito com ela, ainda quando a repute insuficientemente esclarecedora e sinta desconforto em ter de lançar mão das regras sobre distribuição do ônus da prova para julgar sem saber ao certo o que sucedeu.

6. Conclusões - Que conclusões se podem tirar dos dados até aqui expostos? Uma coisa percebe-se com facilidade: em nenhuma das duas famílias é uniforme o sentido da evolução. Parecem mover-se os ordenamentos segundo linhas sinuosas, com fluxos e refluxos no interior de cada grupo.

Com efeito. No universo de *common law*, é sensível o descompasso entre Inglaterra e Estados Unidos: o direito inglês distancia-se a passos largos das posições clássicas do *adversary system*, desloca a tônica - em matéria de prova como noutras - do controle do processo pelas partes para o comando do juiz²⁵; o norte-americano, apesar de recentes reformas legislativas, permanece mais apegado à tradição *adversarial*. No mundo de *civil law*, França e Alemanha reforçam os poderes instrutórios do órgão judicial, enquanto Espanha e Itália caminham no sentido oposto.

24 Cf. o acórdão do Superior Tribunal de Justiça apontado in THEOTONIO NEGRÃO, **Código de Processo Civil e legislação processual em vigor**, 35ª ed. (por José Roberto Ferreira Gouvêa), S. Paulo, 2003, nota 2a ao art. 130.

25 Extremamente sugestivos os títulos de dois artigos - um anterior, outro posterior ao advento das **Rules of Civil Procedure** -, da autoria de eminentes processualistas ingleses: ZUCKERMAN, English Civil Procedure - “*The Shift Away from Party Control and Orality*”, in **Zeitschrift für Zivilprozess International**, v. 1 (1996), p.; ANDREWS, “*A New Civil Procedural Code for England: Party-Control “Going, Going, Gone”*”, in **Civil Justice Quarterly**, v. 19 (2000), p. 19 e segs.

Por outro lado, não há como deixar de registrar que a imagem colhida nos textos legais, e mesmo na doutrina que sobre eles trabalha, nem sempre (não poucos diriam: quase nunca) coincide perfeitamente com a que se desenha na prática do foro. Assim é que às vezes se afigura vão o desígnio dos legisladores e dos juristas de fomentar maior participação dos juízes na atividade instrutória: por uma série extensa de razões, que seria descabido analisar neste momento, costumam ser raras as iniciativas oficiais na colheita de provas.²⁶ Ora, a mera circunstância de atribuir-se ao órgão judicial, em teoria, o poder de tomá-las pouco valerá, como elemento de caracterização de um sistema jurídico, se a outorga do poder não passa, **in concreto**, de letra morta. O sistema acaba por não se afastar em grau apreciável de outro que reserve abertamente às partes a iniciativa na matéria.

Tudo isso concorre para esbater ainda mais as divisas entre famílias jurídicas, do ponto de vista em que nos colocamos aqui. Parece-nos exagero relegá-las à posição de “mito”, como querem alguns²⁷ - até porque se têm de levar em consideração outros aspectos, tão relevantes quanto o focalizado nesta oportunidade, ou talvez mais. Com efeito, em vários pontos, o ordenamento inglês - no campo do processo e fora dele - continua a parecer-se mais com o norte-americano que com qualquer dos vigentes na Europa continental e na América Latina, assim como o ordenamento espanhol ou o italiano continua a parecer-se mais com o alemão ou com o francês que com os do mundo anglo-saxônico. No âmbito da Justiça, basta recordar, a título exemplificativo, os seguintes tópicos:

a) a forma de recrutamento dos juízes ? em regra, nos países de **civil law**, mediante concurso público ou alguma forma de prova de capacidade intelectual; nos de **common law**, por critérios de índole política, seja a nomea-

26 Cf., no tocante à França, a observação de HÉRON, **Droit judiciaire privé**, Paris, 1991, p. 164: “... en pratique, cependant, les juges n’usent que très peu de ce pouvoir” [o de determinar ex officio diligências probatórias]. *La grande majorité des mesures d’instruction sont ordonnées à la demande des parties ...*. Sem dúvida, outro tanto se pode dizer do Brasil.

27 V.g., CÂNDIDO DINAMARCO, **Instituições de Direito Processual Civil**, vol. I, 2ª ed., S. Paulo, 2002, p. 172/3. Um crítico tão severo da simplificação com que não raro se fala da contraposição entre processo de **civil law** e processo de **common law**, como é TARUFFO, não deixa de reconhecer que a afirmação de haver ela cessado seria “evidentemente assurda di fronte alle numerose e rilevanti differenze che tuttora sussistono” (trab. cit., págs. 87/8). Cf., em termos mais gerais, a obra recente e preciosa de VARANO - BARSOTTI, **La tradizione giuridica occidentali**, vol. I - “Testo e materiali per un confronto civil law common law”, Turim, 2002, p. 33: *apesar das convergências atuais, cada vez mais vistosas e relevantes, entre as duas tradições, “restano tuttavia (...) delle differenze importanti, che marcano in maniera abbastanza profonda i due gruppi di ordinamenti”*.

ção pelo Executivo, aprovada por órgão legislativo, seja por eleição popular;²⁸

b) a existência de uma carreira judiciária nos países de **civil law**, em contraposição aos de **common law**, onde, em princípio, o juiz nomeado para determinado cargo nele permanece, e só acidentalmente, nunca em virtude de promoção pura e simples, passa a ocupar outro de superior hierarquia;²⁹

c) a outorga ao júri de competência para julgar litígios não penais? tradição inglesa pluricentenária,³⁰ hoje, repita-se, quase extinta na Inglaterra, mas

28 Para uma indicação sintética mas precisa da diferença fundamental entre a forma de recrutamento dos juízes na Inglaterra e nos países de **civil law**, vide VARANO, **Organizzazione e garanzie della giustizia civile nell'Inghilterra moderna**, Milão, 1973, pág. 54. Cf., em MOCCIA, **Il sistema di giustizia inglese**, Rimini, 1984 (reimpr. de 1987), págs. 75/6, um esquema das várias possibilidades existentes naquele mesmo país em matéria de recrutamento de juízes. Nos Estados Unidos, a nomeação para o cargo de juiz federal compete ao Presidente da República, com aprovação do Senado, ao passo que vários Estados adotam o procedimento eleitoral para a escolha dos juízes: ao propósito, extensamente, HAZARD ? TARUFFO, **La giustizia civile negli Stati Uniti**, Bolonha, 1993, p. 73 e segs. Boa informação sobre o assunto, igualmente, em MEADOR, **American Courts**, St. Paul, 2000, p. 51 e segs. É natural que influa no modo de desenvolvimento do processo o modelo estrutural do Judiciário, assim como a forma de recrutamento dos juízes: sugestivas observações ao propósito em DAMAŠKA, "Professione legale e organizzazione dello Stato", trad. ital. de Fabio Rota, no vol. col. **Avvocatura e giustizia negli Stati Uniti** (ed. de Dondi), Bolonha, 1993, p. 59 e segs., que compara o "modelo paritário", adotado no **common law**, com o "modelo hierárquico", característico do **civil law**.

29 "There is no regular practice in England of promoting judges", lê-se em JACKSON, **The Machinery of Justice in England**, Cambridge, 1970, pág. 293. Que haja na Inglaterra "una professione o carriera giudiziaria" trata de negar explicitamente JOLOWICZ, na exposição inserta, sob o título "L'amministrazione della giustizia civile: Inghilterra e Galles", na valiosa obra coletiva **La giustizia civile nei paesi comunitari** (ed. por Fazzalari), Milão, 1994, p. 147. Acerca dos juízes norte-americanos, escreve por sua vez MEADOR, ob. cit.: "once in the bench they do not, generally, follow a promotional pattern through the ranks of the judiciary" (pág. 49); "There is no system of promotion and no substantial sentiment among American lawyers, judges, or politicians that such a system would be desirable" (p. 51).

30 29 Segundo informa SHAPIRO, **Courts - A Comparative and Political Analysis**, Chicago - Londres, s.d., p. 84/5, "by the fifteenth century the jury had become the standard judicial instrument for finding facts in both criminal and civil cases". Quanto ao acentuado declínio da instituição, em matéria civil, na Inglaterra (e também, mas com menor intensidade, noutros ordenamentos de **common law**), vide as indicações bibliográficas em BARBOSA MOREIRA, ob.e lug. cit. em a nota 3, supra, às quais se pode aditar JOLOWICZ, art. cit. em a nota 2, supra, p. 282, e trab. cit. em a nota 26, supra, p. 145: "oggi, l'uso di una giuria nelle cause civili è estremamente raro". Enquanto isso, nos Estados Unidos, CHASE aponta o júri civil, em recente ensaio, como um dos traços que configuram a "excepcionalidade" do processo norte-americano: "American Exceptionalism" and Comparative Procedure", in **The American Journal of Comparative Law**, vol. L (2002), págs. 288 e segs. (também desse artigo há tradução para o português, feita pelo autor da presente palestra e publicada, sob o título "A "excepcionalidade" americana e o direito processual comparado", in **Rev. de Proc.**, n.º 110, p. 115 e segs.; o trecho relativo ao júri civil está nas p. 126 e segs.). Diversamente, TARUFFO, trab. cit., p. 82, sustenta que seria impróprio, hoje, ver no júri um elemento fundamental do modelo norte-americano de processo civil.

subsistente nos Estados Unidos - onde, já se registrou, constitui até garantia constitucional -, e estranha ao universo de **civil law**;³¹

d) as principais características da audiência de julgamento, sobretudo quanto à colheita da prova oral, interrogadas que são as testemunhas, nos países de **common law**, diretamente pelos próprios advogados, ao contrário do que se dá nos de **civil law**, onde as perguntas são formuladas pelo juiz, ou por seu intermédio;³²

e) **last but not least**, por sua manifesta significação para tema processual tão relevante quanto o da fundamentação das decisões, o valor do precedente judicial, normalmente vinculativo para os juízes e tribunais anglo-saxônicos,³³ não porém nos ordenamentos romano-germânicos, sem embargo da influência exercida **de facto** (e, no Brasil, com crescente intensidade, também **de iure**³⁴), pela jurisprudência dos órgãos superiores.

Apesar de tudo isso, as diferenças tendem a tornar-se menos salientes do que já foram.³⁵ Se nos permitem uma imagem - aproximativa, como todas as imagens -, é como se assistíssemos à progressiva aproximação de dois círculos, a princípio separados por largo espaço. Chega a hora em que eles

31 Sobre a malograda tentativa, no período revolucionário, de introduzir o júri civil na França, vide ROYER, **Histoire de la justice en France**, Paris, 1995, p. 286 e segs.

32 Para a descrição pormenorizada do procedimento inglês, no particular, vide, por exemplo, JACOB, **The Fabric of English Civil Justice**, Londres, 1987, p. 161 e segs.; quanto ao **trial process** norte-americano, entre outros, FRIEDENTHAL - KANE - MILLER, ob. cit. em a nota 10, *supra*, p. 472 e segs.

33 É vasta a literatura a respeito do assunto. O leitor brasileiro terá fácil acesso à exposição sintética de RE, acerca do sistema norte-americano, sob o título "**Stare decisis**", em tradução de Ellen Gracie Northfleet, in **Rev. de Proc.**, nº 73, p. 47 e segs. No que tange ao direito inglês, vide, por exemplo, KIRALFI, **The English Legal System**, 6ª ed., Londres, 1978, p. 71 e segs.; JAMES, **Introduction to English Law**, 10ª ed., Londres, 1979, págs. 17 e segs.; WALKER & WALKER, **The English Legal System**, 5ª ed., Londres, 1980, p. 128 e segs. (repare-se na informação, constante da p. 19 da segunda obra citada e da p. 142 da terceira, de que, nos termos de anúncio feito em 1966 pelo *Lord Chancellor*, a **House of Lords** já não se julgaria, daquela data em diante, vinculada por seus próprios precedentes, reservando-se o poder de "*depart from a previous decision when it appears right to do so*"; ressalve-se que a vinculação subsistiu para todos os órgãos judiciários inferiores). Ocioso frisar a importância do regime aplicável ao precedente para um tema processual tão relevante como o da *fundamentação das decisões*.

34 Atente-se especialmente no art. 557 e seu § 1º-A do Código de Processo Civil, na redação da Lei nº 9.756, de 17.12.1998. Sobre a evolução do direito brasileiro na matéria, CÂNDIDO DINAMARCO, "O relator, a jurisprudência e os recursos", no vol. col. **Aspectos polêmicos e atuais dos recursos civis de acordo com a Lei 9.756/98** (coord. de Teresa Arruda Alvim Wambier e Nelson Nery Jr.), S. Paulo, 1999, p. 128 e segs.

35 Dignas de atenção e reflexão, a esse respeito, as considerações de TARUFFO, *trab. cit.*, p. 87 e segs.

se tangenciam, ou mesmo se tornam secantes. Haverá uma área comum; mas também haverá, num e noutro círculo, grandes arcos para os quais subsistirá a separação.

Todo prognóstico é naturalmente arriscado. Não deve errar muito, contudo, quem vaticinar que o processo evolutivo continuará a desenvolver-se ao longo das linhas acima sucintamente descritas, sem que fique em absoluto excluída a hipótese de avanços e recuos, maiores ou menores, aqui e ali. A influência recíproca tende a intensificar-se: é uma das tantas manifestações do fenômeno da globalização. Hoje, por motivos óbvios - e goste-se ou não se goste -, ela atua com mais força no sentido de certa “americanização” do resto do mundo, no território do processo como em tantos outros.

O direito brasileiro tem assimilado idéias dessa procedência, na esfera processual não menos que noutras: nossas ações coletivas, por exemplo, devem bastante, em sua inspiração, às **class actions** norte-americanas, sem embargo de perceptíveis diferenças de disciplina. Já experimentamos, para o recurso extraordinário, filtro semelhante ao utilizado pela *Supreme Court* para as **petitions for certiorari**: houve tempo em que, para tornar admissível o recurso, em determinados casos, o recorrente precisava convencer o Supremo Tribunal Federal da “relevância da questão federal” suscitada³⁶ - e não falta quem preconize o restabelecimento de mecanismo desse tipo.³⁷ No terreno probatório, é patente a influência americana em certas disposições da Carta Política de 1988, v.g. a que nega admissibilidade às provas obtidas por meios ilícitos (art. 5º, nº LVI).³⁸ Outra proposta “americanizante” é a que consta de um dos projetos de reforma do Código de Processo Penal em tramitação no Congresso, a saber, o que visa a modificar o art. 212 para estatuir que, na prova testemunhal, as perguntas passem a ser feitas “pelos partes diretamente à testemunha”, em vez de o serem, como hoje, por intermédio do juiz. Já no âmbito civil não se cogita, ao que consta, de medidas que transfiram para as partes (**rectius**: para os advogados) poderes instrutórios do órgão judicial.

36 O requisito, previsto em emendas ao Regimento Interno da Corte, de 1975 e 1985, tinha assento constitucional no art. 119, parágrafo único, da Emenda nº 1, de 1969 - na verdade, apesar do rótulo, uma nova Constituição, que substituiu a de 1967.

37 Nesse sentido dispõe o § 4º que o Projeto de Emenda Constitucional nº 9/2000 pretende acrescentar ao art. 102, ao prescrever que “o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o Tribunal examine a admissibilidade do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços de seus membros”.

38 *Vide*, ao propósito, BARBOSA MOREIRA, “O processo penal norte-americano e sua influência”, in **Rev. de Proc.**, nº 103, p. 104/5.

Para quem não simpatize - e é o caso do autor desta palestra - com a idéia de reduzir o papel do juiz ao de um “convidado de pedra”, o que se impõe é estimular o exercício dos mencionados poderes, proporcionando ao magistrado condições de trabalho capazes de permitir-lhe atuar com maior intensidade no particular, e acima de tudo promovendo um câmbio de mentalidade: o juiz tem de convencer-se de que podemos e devemos, sempre que necessário, cobrar-lhe maior contribuição na averiguação dos fatos. Isso, no entanto, já seria assunto para *outra* palestra. ◆

Títulos de Crédito e o Código Civil *

J. A. PENALVA SANTOS

Professor da EMERJ. Desembargador Aposentado do TJ/RJ.

O novo Código Civil editado pela Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002 representa verdadeiro **Código de Direito Privado** por abranger o Direito Civil e o Direito Comercial, na linha do pensamento de Teixeira de Freitas no seu **Código Civil-Esboço**.

O objetivo do projeto de Freitas visou a unificação do Direito Privado, um dos dois fundamentos da futura lei: a classificação dos dispositivos e a unificação do Direito Privado.

Na exposição elaborada por Levi Carneiro em edição da Imprensa Nacional de setembro de 1952, na introdução ao texto do “Esboço” de Teixeira de Freitas, o autor analisou o caráter unificador do Direito Privado.

No mesmo sentido o estudo de João Mangabeira publicado na **Revista Forense** de 1939, p. 29 sobre o assunto.

A primeira manifestação a respeito da unificação dos Códigos Civil e Comercial foi de Cimbali sob o título “Nova Fase no Direito Civil, Unificação do Direito Privado”. Em 1903 em Conferência pronunciada em Milão, Cesare Vivante advogou a elaboração de um código unificado abrangendo o Direito Civil e o Direito Comercial.

Posteriormente arrependido, no seu **Tratato di Diritto Commerciale**, 5ª edição p. 1, mostrou a inviabilidade do sistema unificado, ao defender a elaboração de códigos separados.

Na Itália duas Comissões apresentaram Projetos de Código de Comércio: a Comissão presidida por Cesare Vivante em 1919 e a segunda, por Mariano D'Amélio de 1923. Nesse meio tempo a Suíça editou o Código de Obrigações e o Código Civil.

A favor da unificação manifestaram-se Vivante (que depois se retratou), Percerou, Thaller, Wahl, Endemann e outros. Na Itália, no regime fascista de 1942, editou-se o **Códice Civile** no qual foram abrangidos o Direito Civil e o Direito Comercial, com exceção das matérias de Direito Marítimo, Falimentar, Títulos de Crédito e outras, destacadas do diploma civil.

* Palestra proferida no Seminário “EMERJ Debate o Novo Código Civil” em 12/07/2002.

No Brasil publicaram-se os Projetos de Código Civil, de Felício dos Santos, Coelho Rodrigues, Carlos de Carvalho, e, recentemente, Orlando Gomes.

Vieram à luz os projetos de Código de Obrigações de 1941 elaborados por Orosimbo Nonato, Hanemann Guimarães e Philadelpho de Azevedo e, em 1964, por uma comissão presidida por Caio Mario da Silva Pereira.

Inglês de Souza apresentou o Projeto de Código Comercial, engavetado no Congresso Nacional. Florêncio de Abreu elaborou o Projeto de Código Comercial de 1949, que também não se converteu em lei.

O novo Código Civil de 2002 seguiu a idéia de Teixeira de Freitas e adotou a orientação do Código Civil Italiano, de unificação do Direito Privado, com exceção do Direito Comercial, das falências, das sociedades por ações e outros institutos.

CONSEQÜÊNCIAS DA EDIÇÃO DO NOVO CÓDIGO CIVIL NO QUE CONCERNE AO DIREITO COMERCIAL

A revogação da Primeira Parte do Código de Comércio, composta de regras sobre sociedades, contratos e títulos de crédito. A Segunda Parte, referente ao Direito Marítimo, não foi revogada, por isso, quanto ao conhecimento de transporte ou carga a legislação pertinente continua em vigor.

TÍTULOS DE CRÉDITO

Quanto aos títulos de crédito, o Código Civil editou as normas referidas nos arts. 887 a 926 abrangentes das disposições gerais dos títulos ao portador, títulos à ordem e títulos nominativos.

Cuida-se de normas que irão regular a matéria a eles afeta.

Art. 887

O art. 887 adotou a definição de Cesare Vivante para os títulos de crédito, com o acréscimo da parte final: “quando preencha os requisitos da lei”.

Essa definição já foi superada no que concerne aos títulos escriturais, como veremos posteriormente.

Art. 888

No art. 888 destacou-se o título de crédito da sua *causa debendi*, ou seja, do negócio jurídico que lhe deu causa, chamado por Ascarelli de relação fundamental.

Art. 889

Esse artigo indica os três principais requisitos dos títulos de crédito: a data da emissão, a indicação precisa dos direitos que confere e a assinatura do emitente, relação incompleta na falta de outros requisitos arrolados no art. 1º da Convenção de Genebra.

Parágrafo primeiro do art. 889

Esse parágrafo primeiro trata dos títulos à vista, os quais não contêm indicação da data do vencimento e são aqueles que se vencem com a apresentação ao devedor (art. 2º, alínea 2º da Lei Uniforme de Genebra).

Esses títulos também chamados títulos à apresentação encontram-se no art. 17 da Lei Cambiária de 1908.

Carvalho de Mendonça, no seu Tratado de Direito Comercial, vol. 5º, parte 2º, nº 789, ed., Freitas Bastos, admite uma segunda apresentação do título ao devedor, a fim de lhe dar uma oportunidade para efetuar o seu pagamento.

Acresce o ilustre comercialista que a remessa de aviso ao devedor para pagamento não tem o mesmo efeito que a sua apresentação.

Parágrafo segundo do art. 889

O parágrafo segundo do art. 889 considera o lugar da emissão e do pagamento quando não indicado no título o domicílio do emitente. Por força do disposto no art. 2º, alínea 3º da Lei Uniforme de Genebra na falta de indicação especial, consigna o lugar designado ao lado do nome do sacado sendo o lugar do lançamento e ao mesmo tempo o lugar do domicílio.

Na alínea 4ª, o lugar onde foi passada considera-se como tendo sido no lugar designado ao lado do nome do sacador.

TÍTULO ESCRITURAL

Parágrafo terceiro do art. 889

Título escritural é aquele emitido a partir dos caracteres criados em computador ou por meio técnico equivalente e que conste da escrituração do emitente, observados os requisitos do art. 889. O referido parágrafo cuida do título escritural.

O que são, na verdade, os títulos escriturais?

São títulos que não têm cártula; nascem e atuam por via de computador, por *e-mail*, por *internet*.

Esses títulos não contêm assinatura usual, mas, segundo Dr. Gustavo Tavares Borba, **Revista de Direito Renovar** nº 14, maio/agosto 1999, p. 85 e ss, na assinatura digital há uma transformação criptográfica da comunicação criada e, com isso surge a cártula eletrônica, o conjunto de dados do título consubstanciado na memória do sistema eletrônico. As figuras virtuais aparecidas na tela do

computador, são preservadas na memória do sistema eletrônico.

Por outro lado, é possível a transposição para o papel de um texto proveniente do computador, *v.g.*, o extrato de conta retirado do sistema eletrônico de uma instituição financeira administradora de ações escriturais de uma sociedade anônima, na custódia de ações (arts. 34 e 41 da Lei nº 6.404/76).

Quanto aos contratos eletrônicos, as mensagens eletrônicas por meio de proposta e aceitação, pela troca de dados eletrônicos se realizam através do computador, porém a tradição de bens, por exemplo, na compra e venda, com obrigação de dar verifica-se mediante a entrega física da coisa.

De fato, na tradição de um veículo comprado através da internet, o comprador é obrigado a buscá-lo na agência.

Já as obrigações de fazer podem realizar-se por forma virtual, a exemplo da compra de um programa *pay per view*.

ASSINATURA AUTOGRÁFICA

A assinatura manuscrita, como se viu, corresponde a um sinal da autoria de uma pessoa aposto em um documento, cujas funções são a) autenticidade daquele que a após revelando a sua identidade, a validade e a veracidade do documento no qual a assinatura foi inserida, com efeito de autenticação, concordância com o seu teor e a segurança da forma que envolve esse documento, nos termos do disposto nos arts. 131 e 135 do Código Civil de 1916. Carnelutti atribui três funções à assinatura: indicativa, declaratória e probatória.

ASSINATURA ELETRÔNICA

Na obra “**Direito e Internet**”, RT, coordenada por Marco Aurélio Grecco e Ives Gandra da Silva Martins, 2001, p. 28, a assinatura eletrônica “consiste no uso de um procedimento confiável de identificação da parte e de sua vinculação ao ato praticado”.

A assinatura eletrônica assegura a identidade do signatário e a integridade e conservação do ato por ele praticado, na segurança e confiabilidade das transações eletrônicas realizadas, proteção do segredo das comunicações realizadas com fundamento nessa assinatura e, finalmente no cumprimento dos contratos realizados por essa pessoa.

Se a assinatura digital constitui uma forma de assinatura manuscrita é problema que, em nossos dias, constitui objeto de polêmica, sendo que para uns nenhuma semelhança com ela apresenta, enquanto para outros, representa uma forma de assinatura autográfica.

O certo é que o vocábulo “assinatura” no âmbito digital, tem uma acepção diferente da assinatura autográfica.

Ao definirmos a assinatura digital, mostraremos as suas características, no que, em muito se diferencia da assinatura manuscrita.

A assinatura digital é uma seqüência de dígitos, computada com base em dados a proteger, o algoritmo da assinatura a ser usado, que é a chave privada utilizada na produção da assinatura digital.

A chave pública é usada para verificar se a assinatura foi efetivamente produzida por utilização de uma chave privada correspondente.

O importante é que o receptor tenha segurança quanto à origem da mensagem.

A segurança do sistema de assinatura digital decorre do seu método e da verificação de que a assinatura foi produzida pela pessoa representada.

Para maior segurança é utilizado um protocolo de autenticação baseado em sistemas de cifragem com chaves públicas, sendo os sistemas de navegação: o Navigator, o Netscape, o Internet Explorer.

A aplicação do algoritmo de cifragem permite a confidencialidade. A autenticação de identidade é essencial para a segurança das transações eletrônicas na medida em que uma autenticação confiável é necessária para que se possam manter controles de acesso, determinar quem está autorizado a aceitar ou modificar informações, imputar responsabilidade e assegurar o “não repúdio”.

Métodos de autenticação pelo algoritmo da cifragem permitem a confidencialidade e o segredo das comunicações eletrônicas, e segundo os autores referidos (*loc. cit*) um algoritmo de cifragem transforma um texto claro em um texto cifrado ilegível (cifragem) e vice-versa (decifragem).

Logo, a assinatura digital representa, para alguns, um método de autenticação de identidade eletrônico e, para outros, designa especificamente a assinatura gerada mediante o uso de criptografia de chave assimétrica.

A assinatura digital tem três funções, segundo os citados autores: a autenticação da identidade da pessoa que assinou a informação; a proteção da integridade da informação, para evitar a modificação da mensagem e, finalmente o não repúdio, a fim de evitar que o que enviou a mensagem ou que a recebeu neguem tal fato.

Em interessante estudo denominado “Assinaturas Eletrônicas e Certificação” da autoria da ilustre jurista Ana Carolina Horta Barretto, no livro **O Direito e a Internet**, coordenado por Valdir de Oliveira Rocha Filho, ed. Forense Universitária, ano 2002, a autora elabora um estudo sobre a assinatura eletrônica, não ser ela imediatamente legível, pois o veículo e o objeto assinado não são fisicamente relacionados da mesma forma física e durável que a assinatura tradicional.

Tanto pelo aspecto visual, quanto pelo formato eletrônico e vinculação à assinatura, tornam-no diferente da assinatura física tradicional.

Quanto aos métodos de assinar documento eletronicamente, as assinaturas variam, desde métodos simples, como inserir uma imagem escaneada de uma assinatura manuscrita em um arquivo do texto a métodos mais avançados: como a criptografia simétrica à mais evoluída criptografia assimétrica das chaves pública e privada mais segura, ao conferir maior segurança dos dados, adotada na maioria dos Países.

Uma das primeiras leis sobre a assinatura digital foi a Lei do Estado de Utah, nos Estados Unidos, seguida por outros Estados da União, na qual a assinatura digital é uma transformação de uma mensagem utilizando um sistema de criptografia assimétrica que permita a uma pessoa que detiver a mensagem inicial e a chave pública do signatário determinar com precisão: a) se a transformação foi criada utilizando a chave privada que corresponde à chave pública do signatário; b) se a mensagem foi alterada desde que a transformação efetuou-se.

A citada lei estabeleceu a presunção de veracidade das assinaturas digitais, salvo em caso de suspeita de fraude e, finalmente, cuidou das assinaturas com suspeita de fraude.

As Leis Uncitral da ONU e da União Européia nº 36 de 13.12.1999 (Diretiva nº 1999/93/ EC do Parlamento Europeu e Conselho da União Européia, art. 2º) seguiram a esteira da Lei de Utah, como de resto a legislação brasileira.

Observe-se por oportuno que o órgão fiscalizador é representado pelas autoridades certificadoras que emitem certificados.

A Lei federal americana de 01.10.2000 trouxe numerosos subsídios sobre o **E-Sign Electronic Signatures in Global and National Commerce Act**.

Por outro lado, não se pode esquecer de que, entre os processos mais simples na elaboração da assinatura eletrônica podemos encontrar, além das senhas, as técnicas biométricas como o escaneamento das impressões digitais, da retina, da palma da mão, o reconhecimento da escrita ou da voz; e a assinatura manuscrita, vinculada a um veículo, uma folha de papel que fornece os contornos e a estrutura à informação de um formato imediatamente legível. Esse veículo indissociável para a informação, proporcionado pelo veículo e pela assinatura representando os padrões únicos da escrita do emitente, permite ao leitor crer que o objeto provém do indivíduo tido como seu autor, e o atributo da identidade é intrínseco, e não dado ao signatário.

ASSINATURA ELETRÔNICA

A assinatura eletrônica não é imediatamente legível e a assinatura, o veículo e o objeto assinado não são fisicamente relacionados da mesma forma física e durável que a assinatura tradicional.

A manipulação dos dados não deixa rastros como a manipulação do ambiente tradicional e partes de um objeto de informação assinado podem ser armazenadas em diferentes locais como, por exemplo, um disco rígido ou disquete.

O aspecto visual de uma assinatura tradicional é substituído pela verificação técnica de um objeto de informação assinado, armazenado em um formato legível eletronicamente e vinculado logicamente à assinatura.

Como o caráter que torna a assinatura eletrônica única para o indivíduo é outorgado, e não uma característica inerente ao signatário, o processo de assinatura pode ser realizado por qualquer pessoa que tenha acesso ao segredo e aos procedimentos.

A assinatura manuscrita fornece à informação um sinal fisicamente único de autenticidade – é um exemplar original. Os objetos assinados podem estar em poder de uma pessoa e conseqüentemente constituírem um instrumento de autenticidade (como seria o caso de uma procuração) ou determinado direito (letras de câmbio e outros instrumentos negociáveis).

O aspecto único de um instrumento assinado eletronicamente precisa estar associado a um padrão de dados, que pode ser copiado, tendo a réplica exatamente as mesmas qualidades que o “paradigma”.

Assim sendo, uma vez que a existência única de material eletrônico é construída mediante a transmissão e o armazenamento de conteúdos originais, certas aplicações eletrônicas (como o envio de documentos, por exemplo) exigem alguma espécie de registro (*loc.cit*).

CONCEITO DE ASSINATURA DIGITAL

Existem diversos métodos para assinar documentos eletronicamente. Essas assinaturas eletrônicas variam de métodos muito simples, como inserir uma imagem escaneada de uma assinatura manuscrita em um arquivo de texto, a métodos muito avançados, como o uso da criptografia assimétrica ou de chave pública é importante instrumento para o comércio eletrônico seguro.

Aplicações da criptografia em um ambiente eletrônico, das quais ressalta duas: encriptação e assinatura digital.

Encriptação e a assinatura digital são seguras, a primeira a confidencialidade, de segurança sem que tenhamos confiado a tal pessoa a chave que permite decodificar a mensagem, enquanto a assinatura digital proporciona autenticação, ou seja a possibilidade de se comprovar que determinada pessoa enviou a mensagem. A criptografia pode também assegurar a integridade de dados, isto é, a certeza de que a informação não sofreu alteração não autorizada em sua forma original e conteúdo, permitindo que o destinatário

de um a mensagem enviada por meio de rede aberta assegure-se de que a mensagem não foi alterada em trânsito (p.7).

Entre alguns exemplos de títulos escriturais podemos citar, além das ações escriturais, a duplicata virtual, na qual o vendedor saca a duplicata e a envia ao banco por meio magnético, realiza a operação de desconto, ao creditar o valor correspondente ao sacado, expedindo em seguida guia de compensação bancária que, pelo correio, é enviada ao devedor da duplicata virtual para que o sacado, de posse do boleto, proceda ao pagamento em qualquer agência bancária (cf. ROSA JR., Luiz Emygdio F. da **Títulos de Crédito**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 725-728).

No mesmo sentido, leia-se em Fábio Ulhoa Coelho (**Curso de Direito Comercial**, I, p. 458).

A duplicata virtual pode ser protestada de forma virtual, no vencimento. Ao receber, por meio magnético, os dados pertinentes à duplicata virtual, o Cartório efetuará o respectivo protesto. O protesto é regulado pela Lei nº 9.492 de 1997, art. 8º, parágrafo único. Nada impede promova o credor a execução por título extrajudicial da duplicata virtual.

LEI Nº 9.800 DE 1999

Através da Lei nº 9.800/99, em processo judicial, podem a parte, o representante do Ministério Público, o assistente, o litisconsorte apresentar ao juiz suas petições e documentos pela via de fac-símile (fax).

Entendemos ser viável a extensão ao e-mail, ao correio eletrônico ou à internet, na aplicação da Lei nº 9.800/99, desde que o juiz possua os meios necessários à transmissão, devidamente autorizada.

Qualquer documento pode ser transmitido, exceto os atos judiciais relativos à oralidade, pela necessidade da presença do juiz.

Art. 890

O dispositivo repetiu a capitulação do art. 44 do Decreto nº 2.044/08. A exclusão da cláusula proibitiva da apresentação da letra ao aceite do sacado constante do item III do art. 44 da Lei Cambiária, foi alterada pelo art. 22, item 2º da Convenção de Genebra para Letras de Câmbio e Notas Promissórias, ao admitir a Lei Uniforme a letra sem aceite, salvo se se tratar de uma letra pagável em localidade diferente da do domicílio do sacado, ou de uma letra sacada a termo certo da vista, além da cláusula “sem despesas e sem protesto”.

O art. 44 menciona a expressão “para os efeitos cambiais, retirada do texto do art. 890 do novo Código Civil, sem motivo”.

ART.891

Título incompleto-seu preenchimento

O título incompleto pode ser preenchido pelo portador, para tanto presume-se a existência de mandato a este concedido.

A Lei Cambiária no seu art. 4º estipula que se presume mandato ao portador para inserir a data e o lugar do saque na letra que os não contiver.

Quanto ao valor lançado por algarismos e o que se achar por extenso, capitula o art. 5º da Lei Cambial prevalecerá o segundo e a diferença não prejudicará a letra, porem diversificando as indicações da soma de dinheiro no contexto o título não será letra de câmbio.

Essa redação difere da contida na alínea 1 do art. 6º da Lei Uniforme de Genebra, na qual, a alínea 2 do mesmo artigo estatui que: “Se na letra a indicação a satisfazer se achar feita mais de uma vez, quer por extenso, quer por algarismos, e houver divergências entre as diversas indicações, prevalecerá a que se achar feita pela quantia inferior”. Na letra sem data do pagamento entende-se pagável à vista. (art. 2º al. 2 da Lei Uniforme).

O art. 10 da Lei Uniforme de Genebra estatui que a letra incompleta não pode ser completada se for contrária aos acordos realizados pelo, que não pode ser considerado motivo de oposição ao portador, salvo se este tiver adquirido a letra de má fé, ou, adquirindo-a tenha cometido falta grave.

Nas **Comptes Rendus**, p.131 consta que, se a letra, depois de ter sido completada, foi adquirida sem má-fé ou culpa grave, as exceções baseadas na inserção da cláusula, não conforme aos acordos, não são oponíveis ao portador de boa fé do título. É uma conseqüência da idéia mais geral com respeito devido à crença do portador com base na boa-fé.⁴⁰ Se o adquirente do título preenchesse a parte em branco, mesmo abusivamente, e, em seguida fosse transmitida a letra de câmbio a terceiro de boa fé, as exceções provenientes da inserção das clausulas abusivas não poderiam ser opostas a este último.

O certo é que, por força do art.3º das Reservas (Anexo II) a redação correta será a do art. 4º do Decreto nº 2.044 de 1908, ainda em vigor.

Parágrafo Único do art. 891

O dispositivo em exame consta do art.10 da Lei Uniforme, com a exclusão da parte final “ou adquirindo-a tenha cometido uma falta grave”.

Orientação idêntica adotou a Súmula nº 387 do Egrégio Supremo Tri-

40 Nos Embargos Infringentes na A Cível nº 26.292 do 2º Grupo de Câmaras Cíveis do 1º Tribunal de Alçada do Estado do Rio de Janeiro no Acórdão de 13.05.1975 de que fomos Relator decidiu-se por unanimidade que o título já preenchido com a assinatura dos sócios não permitia fosse aposta à máquina de escrever a razão social, pelo que não podia responder a sociedade pelo débito constante na cambial

bunal Federal com a seguinte redação: “A cambial emitida ou aceita com omissões em branco, pode ser completada pelo credor de boa fé antes da cobrança ou do protesto”.

Pelo que se vê, portanto, a redação do novo texto do Código Civil contém a expressão “...os ajustes previstos neste artigo pelos que deles participaram” não se encontra, nem no art. 4º da Lei Cambiária, e, muito menos, na Súmula nº 387 do S.T.F.

ABUSO NO PREENCHIMENTO DE TÍTULO EM BRANCO

As principais regras sobre abuso no preenchimento de títulos em branco são as seguintes:

1º) só o legítimo portador pode preencher a letra de câmbio;

2º) na pressuposição de que fê-lo dentro do estipulado nos limites das obrigações cambiárias, sendo o ônus da prova do obrigado cambiário, na ação cambial de preenchimento indevido;

3º) pelo convenionado em pacto abjeto com defesa a cargo do obrigado, em ação específica da causa ou excepcionalmente na ação cambiária.

4º) aos endossatários e portadores com o título já preenchido não podem ser opostas as exceções de abuso no preenchimento do título, exceto, aos de má-fé.

INTENÇÃO DO SUBSCRITOR

Segundo José Maria Whitaker (op. cit. p. 102/103), indagar da intenção do subscritor é introduzir um elemento subjetivo numa questão de forma a permitir no processo cambiário uma discussão que não interesse ao terceiro de boa fé.

Na opinião de Pedro Barbosa Pereira (*loc.cit*), a letra em branco é um valor patrimonial, expressão incompleta da vontade, a se transformar em título potencial de uma obrigação, que para se tornar perfeita depende apenas de uma cooperação material do portador, sem necessidade de oposição do respectivo subscritor.

Para o direito cambial a letra de câmbio é um valor para efeito de circulação, posto que não seja um valor de execução. A letra em branco pode ser transferida e alienada; é endossável.

Os endossatários que recebem o título na sua fase incompleta não gozam das mesmas vantagens que os que receberam com a sua forma definitiva, pelo que não têm, como estes, uma posição autônoma, por exercerem, um direito derivado, sujeito a todas as execuções e defesas oponíveis a qualquer de seus predecessores.

Art. 892

A capitulação deste artigo responsabiliza o mandatário pelos atos por ele praticados sem poderes outorgados pelo mandante ou com excesso desses poderes, tornando-se o mandatário verdadeiro obrigado cambiário, pelo princípio da forma nos títulos de crédito. (Súmula do STJ nº 60)

Essa norma tem a mesma redação que a do art. 8º da Lei Uniforme de Genebra.

Art. 893

Reza o art. 11, al. 1ª da Convenção de Genebra que, mesmo que não envolva expressamente a cláusula à ordem, a cambial se transmite por via de endosso.

Por essa forma de transferência do título infere-se que se transmitem os direitos correspondentes às obrigações cambiárias, ou seja, apenas, ao valor do título, exceto no caso do aceitante ou do avalista, cuja obrigação pode sofrer limitação.

O dispositivo inspirou-se no art. 1995 do Código Italiano, e também do art. 14 da Lei Uniforme de Genebra.

Art. 894

Os títulos representativos de mercadoria são aqueles que envolvem a transferência da posse e a propriedade de mercadoria.

Vejamos um exemplo: a posse do conhecimento de depósito é aquela que permite ao seu titular considerar-se proprietário de mercadoria depositada em armazém geral; logo a sua transferência implica a transferência dessa mercadoria.

A exceção pode ser encontrada no caso da emissão do **warrant**, em que a transferência da propriedade da mercadoria referida no conhecimento de depósito está subordinada, no vencimento, ao pagamento do valor do **warrant**, logo, em havendo emissão deste título, para que o titular do conhecimento de depósito possa receber a mercadoria é necessário o pagamento prévio do valor referido no **warrant**.

Logo, quem transfere o conhecimento de depósito transfere **ipso facto** o domínio da mercadoria. O mesmo fenômeno ocorre com a cédula de produto rural.

Por outro lado, é preciso que se entenda que a entrega da mercadoria está condicionada à quitação do **warrant**, caso seja este emitido.

Art. 895

O título de crédito em circulação pode ser dado em garantia, ou seja,

pode ser apenhado (caucionado), ou ser objeto de medida constritiva judicial, mas o direito ou a mercadoria que representa o título não podem sofrer tais restrições ou ônus, independentemente do título. (art. 1458 e ss do novo Código Civil)

O dispositivo deve ser aplicado aos títulos de garantia real.

No caso do conhecimento de depósito não se pode constituir ônus ou impor medida constritiva judicial sobre a mercadoria depositada em armazém geral, se sobre ela emitiu-se o conhecimento de depósito. O mesmo acontece com o conhecimento de transporte.

Art. 896

Da mesma forma, o título de crédito não pode ser objeto de reivindicação por terceiro, contra o seu legítimo portador, desde que o título tenha sido adquirido de boa fé, também respeitadas as normas que disciplinam a sua circulação (art. 1.994 do Código Civil Italiano e art. 16, 2ª alínea da Convenção de Genebra).

Art. 897

A disposição que admite a garantia do aval refere-se aos títulos de crédito de pagamento de soma em dinheiro, fato que exclui os títulos representativos de mercadoria.

Parágrafo Único

A disposição proíbe o aval parcial nesses títulos. Ora, o art. 30 da Lei Uniforme de Genebra permite o aval parcial, o aval dado por terceiro, na letra ou em folha anexa (*alonge*). Por essa razão, na linha de princípio estatuído pelo art. 903 do Código Civil, deve aplicar-se à hipótese a Convenção de Genebra e não o parágrafo único do art. 897 no sentido de se admitir o aval parcial, em que o avalista pode reduzir o valor da sua obrigação.

Art. 898

O aval pode ser aposto no verso do título, posicionado o avalista na mesma posição do endossador, a ele equiparado para efeito de responsabilidade cambiária.

Parágrafo Primeiro

No aval aposto no anverso do título, o avalista coloca-se na mesma posição do devedor principal: o aceitante, o sacador da letra de câmbio, o sacador desta na letra não aceitável ou do emitente da nota promissória, dispensada qualquer menção ao avalizado.

Parágrafo 2º

Considera-se não escrito o aval cancelado.

A Súmula nº 26 do STJ dispõe que o avalista de título de crédito vinculado a contrato de mútuo também responde pelas obrigações pactuadas, quando no contrato figurar como devedor solidário.

Art. 899

A redação do referido artigo é semelhante à do art. 32 da Convenção de Genebra e, na falta de indicação do nome do avalizado presume-se tenha sido aposto pelo emitente ou pelo devedor final, no caso, o último endossatário, quando há endosso.

Convém lembrar que, na parte final do caput do art. 32 deve substituir-se o vocábulo “afiançado por avalizado”.

Parágrafo 1º

O referido parágrafo dá ao avalista que pagou o título o direito de regresso contra o avalizado e demais coobrigados anteriores (os endossadores e endossatários anteriores e seus avalistas). O avalista de coobrigado (endossador ou endossatário) que paga o título também tem direito de regresso contra o obrigado principal.

Parágrafo 2º

No caso de nulidade da obrigação avalizada, subsiste a responsabilidade do avalista, salvo no caso de nulidade que decorra de vício de forma.

Vício de forma é aquele que atinge o próprio título e gera a sua nulidade que, por sua vez, alcança as obrigações cambiárias.

Essa disposição encontra-se no art. 32, 2º alínea da Convenção de Genebra.

Art. 900

O aval posterior ao vencimento do título não o invalida, sendo considerados os mesmos efeitos do anteriormente dado. A disposição em exame assemelha-se à do art. 20 da Convenção genebrina com respeito ao endosso.

Quanto ao endosso, a capitulação do art. 20 da Convenção, na primeira parte, tem a mesma redação, porém o endosso, a nosso ver, aposto depois do protesto, tem o efeito de cessão ordinária de crédito, consoante disposição do art. 1.065 do Código Civil de 1916.

Art. 901

O devedor que paga ao legítimo portador do título, no vencimento, consi-

dera-se quitado, ou seja, desonerado, salvo se agiu de má-fé.

Parágrafo único

Pago o título, assiste ao devedor o direito de exigir do credor, além da entrega do título, a quitação regular.

Art. 902

Este artigo informa que o credor não tem obrigação de receber a dívida antes de seu vencimento, sendo o devedor responsável pela validade da obrigação, no caso de pagamento.

Parágrafo 1º

No vencimento não pode o credor recusar o pagamento.

Observe-se que, ao devedor, assiste o direito de oferecer pagamento de parte da dívida, cabendo ao credor fazer menção a esse fato, no título ou em documento em separado.

Tal pagamento não invalida o título, não se operando a sua tradição, mas o valor da dívida é reduzido ao saldo restante.

Por essa razão, no caso de pagamento parcial, o credor conserva o título em sua posse, sendo, porém, obrigado a dar quitação na cártula, pelo valor pago, consignando a parcela devida.

Também deverá o credor, em documento em separado, a ser entregue ao devedor, consignar a mesma declaração.

Tratamento diferente dá o art. 314 do Código Civil, pelo qual não está o credor obrigado a receber parte da dívida.

Art. 903

A capitulação em análise tem a maior importância no que concerne aos títulos de crédito, pois o Código Civil deu precedência à legislação regulada em lei especial sobre o texto do novo Código Civil.⁴¹ Então, no conflito entre uma lei extravagante e o Código, prevalece a primeira.

Assim, no conflito entre o art. 897 parágrafo único do Código Civil e o art. 30 da Lei Uniforme de Genebra aplica-se o segundo dispositivo de preferência ao primeiro.

A dúvida é se saber da razão do legislador do Código em inserir dispositivo inútil, a menos que se possam admitir títulos nos quais o endosso seja

41 Para Whitaker (op. cit. 204) e Carvalho de Mendonça (nº 831) somente o devedor principal pode fazer o pagamento parcial, não se estendendo tal direito aos coobrigados regressivos. Paulo de Lacerda inclui o avalista do obrigado principal a proibição. (op. cit. nota 357 nº 236)

sempre total.

Outro problema envolve o aval múltiplo omitido (co-aval) no Código e na Lei Uniforme, cuja solução é no sentido de se considerar solidários os co-avalistas (solidariedade regida pela lei civil).

A Súmula nº 189 do S.T.F dispõe que os avais em branco superpostos consideram-se simultâneos e não sucessivos. A regra geral é que está em vigor toda a legislação extravagante no que toca aos títulos de crédito, sobrepondo-se esta às normas do Código Civil.

TÍTULOS AO PORTADOR

Art. 904

Os títulos ao portador são aqueles que se transmitem por tradição, desconhecendo-se-lhes o portador, até o momento da transmissão.

Art. 905

O requisito essencial é a apresentação do título.

Parágrafo Único

Este dispositivo decorre da aplicação da teoria da declaração, pela qual, no momento em que o emitente põe a sua assinatura no título, este já existe.

Caso o título seja furtado, se, porventura, o ladrão colocá-lo em circulação, endossando-o, inclusive, caso o endossatário esteja de boa-fé, poderá cobrá-lo do endossador ou endossadores anteriores daquele que o transferiu, estará imune às investidas do subscritor ou emissor do título, salvo diante das defesas com base em nulidade interna ou externa do título, ou em direito pessoal do emissor.

Pela teoria da criação não importa que o seu criador tenha sido injustamente desapossado, passando a circular o título contra a sua vontade; logo, a partir do momento em que a pessoa põe a sua assinatura no título formalmente perfeito, mesmo que dele tenha sido desapossado contra a sua vontade, esse título pode circular regularmente, a menos que o endossatário esteja de má-fé.

Esta disposição já se encontrava no art. 1.506 do Código Civil de 1916, cuja fonte foi o § 794 do BGB (Código Civil alemão), com base na teoria de Kuntze, Siegel e Bonelli.

O referido § do Código Civil alemão tem a seguinte redação:

“O emissor de um título ao portador se acha obrigado ainda que se lhe foi roubado, se lhe foi extraviado, ou, de que qualquer modo foi posto em circulação contra a sua vontade”.

O criador fica ligado ao título com a sua assinatura e obrigado para com o credor eventual e indeterminado, em considerando tratar-se de declaração unilateral de vontade ao se obrigar o criador do título. A obrigação nasce com o aparecimento desse futuro detentor.

Para Kuntze, com a concepção do escrito, nasce o título e com a entrada em circulação do título nasce a obrigação.

Segundo Pontes de Miranda (**Tratado de Direito Cambiário, v. 1º**), *loc. cit.*, por essa teoria adotada pelo Código Civil alemão, em mãos do subscritor o título já é um valor patrimonial, prestes a se tornar fonte de direito de crédito.

A vontade do devedor já não importa para o efeito obrigacional, completa Pontes, pois o título é o que o produz e que cria a dívida. A única condição que se impõe é a posse pelo primeiro portador, qualquer que seja ele.

Essa teoria foi aceita pelo art. 1.506 do Código Civil de 1916 e pelo novo Código, no art. 905, parágrafo único.

Art. 906

As exceções suscetíveis de ser opostas pelo devedor ao portador são as fundadas em direito pessoal ou em nulidade do título.

Art. 907

Diz o texto do art. 907 que, ao menos que tenha sido autorizado por lei especial, é nulo o título de crédito ao portador. A redação encontra a sua matriz no art. 1.511 do Código Civil de 1916. Convém chamar a atenção para o dispositivo do art. 1º da Lei nº 8.021 de 12 de abril de 1990, pelo qual é “vedado o pagamento ou resgate de qualquer título ou aplicação, bem como dos seus rendimentos ou ganhos, a beneficiário não identificado”.

Ora, a referida lei proibiu por completo a emissão de qualquer título ao portador, daí a necessidade de se saber a respeito da revogação da referida lei, atento ao fato de se tratar de norma ligada à política do Governo, visando a impedir a expansão do crédito.

No início da República, já havia lei proibitiva de emissões de títulos dessa natureza e, há alguns anos editaram-se leis com exigência de registro de letras de câmbio e notas promissórias, posteriormente revogadas.

A conclusão, na interpretação do art. 907 é que:

- a) só poderão ser criados títulos de crédito mediante lei especial;
- b) a vedação de criação de títulos ao portador por força do disposto no art. 1º da Lei nº 8.021/ 90, a nosso ver, continua em vigor, em razão de política governamental.

Art. 908

A disposição é polêmica, por se tratar de questão dependente de prova, tanto assim que o título dilacerado pode, por muitos, ser considerado inutilizado, tanto assim que os bancos normalmente não aceitam cheques com rasuras ou pequenas irregularidades no seu texto, como erros de data e outras quebras do aspecto formal do cheque. Muito pior será a existência de dilaceração de um título.

De qualquer forma o dispositivo merece melhor exame na sua aplicação. No artigo seguinte será examinado o caso do art. 912 do Código de Processo Civil, em menção de destruição parcial de documento.

Art. 907 – Código de Processo Civil

O art. 907 trata de assunto ligado à ação de anulação, de recuperação de título ao portador, quando o proprietário perder ou extraviar título, ou for injustamente desapossado dele.

A origem da ação referida encontra-se no art. 36 do Decreto nº 2.044/1908, de redação mais ampla e adequada à hipótese, que a adotada no Código Civil de 2002.

Porém a lei em vigor é o Código de Processo Civil nos seus artigos 907 a 913, sobre os quais nos pronunciaremos de forma sucinta.

O art. 907 da lei processual cuida de casos de perda ou de injusto desapossamento do título.

Os pedidos são:

- a) a reivindicação (petitória, ação real do título contra quem o detiver);
- b) a anulação e a substituição por outro título.

Se se tratar de destruição total pode o autor da ação de rito comum, ordinário ou sumário, fazer citar o devedor para *reconfeccionar* novo título. Caso o título esteja em mãos de terceiro o autor pedirá o seu desapossamento e conseqüente devolução ao autor da ação.

Segundo lição de Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Junior, **Código de Processo Civil Comentado**, 5º ed. R.T. p. 1282, entende-se por injusto desapossamento aquele “que decorre de abuso de confiança ou de apropriação indébita. O injusto desapossamento não precisa ser comprovado se a alegação do autor é de extravio ou perda do título. As cédulas de papel moeda equiparam-se a títulos da dívida pública (RF 253/325).

Na hipótese de reivindicação de nota promissória, aduzem os ilustres autores (*loc.cit.*), exigem prova segura, pelo devedor, de ter sido entregue em confiança, e não se tratasse de entrega em quitação, como seria de se presumir (JTA Civ. SP 49/52 e RJCPC, I, 75). Os mesmos autores ainda lembram que o autor não pode se servir da ação para desconstituir relação jurídica de

direito material, pelo CPC, 907, II, em que o réu é o detentor do título.

No caso do art. 907, II do C.P.C., segundo o disposto no art. 908 do mesmo diploma legal, apresentada a petição inicial com os requisitos do seu *caput* e citados o detentor e por edital os terceiros interessados para contestarem o pedido, os obrigados cambiais devem também ser cientificados do pedido. O pedido inicial deve requerer a intimação do devedor para depositar em juízo o capital, juros ou dividendos vencidos ou vincendos; intimada, outrossim, a Bolsa de Valores para conhecimento de seus membros - as sociedades corretoras - a fim de não negociarem os valores mobiliários.

Pede-se, também, na inicial que se intime o devedor a não pagar ao devedor até que se resolva a ação de reivindicação ou de anulação, em trâmite.

Depois da intimação, completam os autores referidos (local citado), reputa-se de má-fé o pagamento feito e inválida a quitação (art. 935 C.C.1916), ainda que o título tenha sido entregue ao devedor (art. 945).

Ainda segundo os referidos autores (p. 1283), cabe ao autor, a fim de evitar insegurança no mercado de valores mobiliários ou no mercado financeiro, comprovar, de início, pré-constituir a prova de perda, extravio ou desapossamento do título. Não justificados a perda, o extravio ou o furto do título, o juiz julgará o autor carecedor de ação (TR 649/83).

Conseqüência do julgamento final: o juiz declarará caduco o título reclamado e ordenará ao devedor que lavre outro em substituição dentro do prazo que a sentença lhe assinar (art. 911 C.P.C.).

Esse artigo 911 é incompleto, pois não abrange a ação de reivindicação prevista no art. 907, I, quando determinar que a propriedade do título seja transferida de volta ao autor retirando-a do réu.

É possível que o réu se negue a confeccionar novo título, e, nesse caso, admitimos a possibilidade de o juiz proferir sentença com força executiva, substitutiva do título, valendo a decisão como se fora o próprio título, à semelhança do procedimento dos art. 639/641 do Código de Processo Civil.

CASO DE DESTRUIÇÃO PARCIAL

O art. 912 do Código de Processo Civil determina que o portador, exibindo o que restar do título, pedirá a citação do devedor para em dez dias, substituí-lo ou contestar a ação.

O parágrafo único estatui que, em não havendo contestação, o juiz proferirá desde logo a sentença ou mandará seguir o rito ordinário. Ob-

servam os autores citados que “se estes vestígios não existirem, o credor não tem como atender a exigência da lei, de exigir os *restos reconhecíveis* do título, na linha do pensamento do ilustre Professor Adroaldo Fabrício, Coment. nº 239, p. 274 e de Mercato, Proced. Esp. nº 93.

No art. 909, aplica-se aqui a teoria da emissão do título prevista no art. 1.509 do Código Civil de 1916 que trata de injusto desapossamento do título, de sua perda ou extravio.

Art. 909 - Parágrafo Único

Este artigo admite a possibilidade de o pagamento efetuado pelo devedor ao possuidor do título antes da ciência da ação por aquele exonerá-lo, exceto se ele teve ciência do fato, naquela ocasião.

TÍTULO À ORDEM

O título à ordem é aquele que se transfere mediante endosso, previsto no art. 11 da Lei Uniforme de Genebra.

Art. 910

O endosso deve ser lançado no verso do título, em branco ou em preto. No primeiro caso, o título transfere-se por tradição; no segundo, consta o nome do endossatário, o verdadeiro beneficiário do título à ordem.

ENDOSSO A MAIS DE UMA PESSOA

No entendimento de Whitaker, quanto ao endosso a duas pessoas conjunta ou alternadamente, aquele que legitimamente possuir a letra de câmbio é o credor da obrigação, autorizado a cobrar o título. Segundo anota Waldírio Bulgarelli (**Títulos de Crédito**, 18ª ed. Atlas 2001), o mestre Carvalho de Mendonça negava a possibilidade de o endosso ser aposto no anverso do título, tese superada segundo o magistério de Pontes de Miranda e João Eunápio Borges op. cit. nº 80, p.75 desde que figure expressamente tratar-se de endosso, na face do título; nesse caso, admite a maioria dos autores a existência de endosso aposto na face da cambial.

A nosso ver, na dúvida, prevalece a tese de que o endosso deve ser aposto no verso. A dúvida reside em se saber qual a posição do endosso em branco inserido no anverso, por se ignorar a data de sua aposição e da possibilidade de ser confundido com o aval pelo devedor principal.

Quanto ao endosso aposto fora do título, em nosso entender, pode sê-lo no alongamento ou anexo, representado por uma folha colada no título, porém temos dúvida sobre a validade do endosso dado em escritura pública, como aceita o nobre Professor Bulgarelli (op. cit. p. 173, nº 3.4.2).

O Código Civil, no art. 910, admitiu o endosso lançado no anverso, mas não explicou em que condições pode ser inserido.

Em nossa interpretação, poderá sê-lo nas condições acima referidas.

Parágrafo Primeiro do art. 910

Esse parágrafo cuida do endosso em preto, tanto no verso quanto no anverso do título transmitido à ordem.

O endosso em branco, quando não se menciona o nome do endossatário, como se viu, o título é transmitido ao portador.

Há certa confusão na menção à parte final desse parágrafo, quando o legislador refere-se a “e para a validade do endosso dado no verso do título é suficiente a simples assinatura do endossante”, podendo parecer que somente o endosso em branco aposto no verso do título tem validade.

Essa confusão advém da permissão do endosso na face do título.

Parágrafo Segundo do art. 910

A transmissão do título faz-se mediante dois atos: o endosso, representado pelo aspecto obrigacional sucedido pela transferência da sua posse – aspecto real, representado pela transmissão física da cártula; logo, o endosso do título sem a transferência da posse da cambial não produz eficácia real em relação a terceiros, simplesmente porque esse título é insuscetível de ser objeto de cobrança ou de execução sem a respectiva cártula, exceto nos títulos escriturais, nos quais não existe um documento no sentido usado no direito cambiário tradicional, na forma da Convenção de Genebra, em que a transmissão verifica-se por meio de registro, como no caso das ações nominativas da sociedade anônima.

Anota José Maria Whitaker que o endossatário sucede ao endossante na propriedade do título, mas não na relação jurídica pela qual o endossatário o adquiriu; adquire um valor e não somente um direito a um valor. Em consequência, a incapacidade do endossante não terá o efeito de interromper a cadeia de endossos.

Parágrafo Terceiro

O endosso cancelado considera-se não escrito, norma inscrita no art. 16 da Lei Uniforme de Genebra; a redação do texto deste parágrafo na parte em que diz que se considera não escrito o endosso cancelado “total ou parcialmente” pode suscitar dúvidas, uma vez que se torna difícil aproveitar-se um endosso parcialmente riscado.

PACTO DE NON PETENDO

Segundo o magistério de Whitaker (op. cit. p. 273), o credor que concedeu prazo a um dos coobrigados, ou mesmo se lhe prometeu nunca o acionar (*pactum de non petendo*), não terá prejudicado, com isso, o direito contra os coobrigados posteriores, nem o destes contra o devedor, quando

exercçam o direito de regresso. Qualquer uma destas convenções tem caráter pessoal e não real atingindo com isso, apenas, aqueles que diretamente as estabelecem. Se o credor recusar o pagamento que lhe for oferecido por um dos coobrigados não poderá mais exigí-lo de um dos coobrigados posteriores, porque tê-lo-ia privado injustificadamente de uma oportunidade de se liberar definitivamente da própria obrigação (cf. Bonelli, op. cit. nº 288).

Art. 911

A série ininterrupta de endossos do título assegura ao último endossatário o direito de considerá-lo o seu legítimo credor.

Pelo magistério de Bulgarelli (p. 175, nota 51), do endosso não resulta somente a transferência da propriedade do título, mas, também, a garantia da realização pontual da prestação cambiária e, por força da garantia o endossador assume em face dos endossatários ulteriores a responsabilidade solidária pelo aceite (na letra de câmbio) e pelo pagamento da cambial.

Quanto à solidariedade, não se trata da inserida no Código Civil, pois, nesta, a prestação pode ser exigida por quotas, os credores não têm entre si relações de débito e crédito, a nulidade decretada em favor de um dos devedores aproveita aos outros, ainda que não a tivessem alegado.

No endosso da cambial, ao contrário, a prestação é indivisível, os credores são devedores uns dos outros, na ordem da sucessão dos endossos, e a anulação de qualquer das declarações cambiais, de nenhum modo afeta a validade ou eficácia de qualquer das outras. Mostra o ilustre autor que, na cambial há tantas obrigações de garantia quantos com o único traço comum de se referirem todas ao mesmo objeto. Daí a obrigação de o endossador garantir “a realidade-*veritas* - do título como a realização do valor. *Bonitas* - que ele representa. (Whitaker, nº 75, p. 121-122). Se o último endosso for em branco, a regra aplicável é a mesma, com a diferença de se tratar de um título transferível por tradição, cujo beneficiário é desconhecido.

Parágrafo único do art. 911

A regra tem o significado de exigir que o beneficiário do título, ou seja, o último endossatário, deva verificar a regularidade da série de endossos, no sentido de se identificar sobretudo o nome dos endossatários em preto, mas não a autenticidade das assinaturas.

Admitamos que Francisco endosse o título a Carlos, e que, em seguida apareça a assinatura de Mario, nesse caso quebrou-se a série ininterrupta de endossos, pois o endossatário deveria ser Carlos e não Mario.

No caso dos endossos em branco, a sua circulação se fará por tradição, ignorando-se por quais pessoas circulou esse título.

Após o endosso em branco, pode o título voltar a circular por meio de endosso em preto, mediante identificação do endossatário (art. 913).

Não cabe ao endossatário saber se alguma das assinaturas do endossadores e endossatários e seus avalistas é falsa.

Art. 912

O endosso não está sujeito à condição, conforme dispõe a segunda parte do art. 12 da Convenção de Genebra, por ser o endosso a transferência incondicionada da cambial.

Parágrafo único do art. 912

O endosso parcial é nulo, consoante consta do item segundo do art. 12 da Lei Uniforme de Genebra. No que diz respeito ao art. 10 do Decreto Lei nº 413 de 1969 sobre a Cédula de Crédito Industrial, admite o endosso parcial (art. 10 parágrafo 2º c/c art.13) quando houver amortização da dívida.

O Professor Bulgarelli, em nota 50 da p. 174 da obra referida, assinala que, apesar de nulo o endosso parcial, em relação às partes imediatas, prevalece a restrição, “em relação aos endossadores posteriores – não prejudicada a regularidade da série de endossos - aquela restrição, vedada pela lei, mas, não o necessariamente anulatória do endosso, será considerada não escrita, podendo o possuidor exigir a soma cambial de todos os coobrigados, inclusive do signatário daquele endosso parcial”.

A norma a aplicar será a do art. 44, IV, que considera não escrita para os efeitos cambiais, a cláusula excludente ou restritiva da responsabilidade e qualquer outra, beneficiando o devedor ou o credor, além dos limites fixados por esta lei. Assim, não seria nulo o endosso parcial, apenas ineficaz – considerada cambialmente não escrita – a limitação ou parcelamento da soma constante do referido endosso. João Eunápio Borges, op. cit. nº. 87, p. 77-78. (cf. Vivante, **Trat. Dir Com.**, III, p.281).

Art. 913

O endosso em preto - aquele em que o endossador insere o nome do endossatário - pode converter-se em endosso em branco, no qual o endossador apenas apõe o seu nome sem mencionar o nome do endossatário, em que a circulação do título se dá por tradição, no caso em que o nome dos seus possuidores são desconhecidos.

Se o portador do título endossado em branco, fizer inserir o nome do endossatário, o título passa a ser endossado em preto, e assim por diante.

Art. 914

Capitula o art. 15 da Convenção de Genebra que o endossatário, sem cláusula em contrário, é garante, tanto da aceitação da letra, quanto de seu pagamento. Mesma redação tem o art. 21 da Lei nº 7.357 de 1985.

Ao contrário, o art. 914 do novo Código Civil dispõe que “ressalvada cláusula expressa em contrário constante do endosso não responde o endossante pelo cumprimento da prestação constante do título”. Deve, a nosso ver, prevalecer a redação da Convenção de Genebra dos arts. 14 e 15, na forma dos comentários anteriores.

Parágrafo Primeiro

A capitulação deste parágrafo impõe a necessidade da assunção pelo endossatário da responsabilidade pelo pagamento, tornando-se devedor solidário.

A solidariedade decorre da simples aposição da assinatura do endossatário no título.

Parágrafo Segundo do art. 914

O dispositivo enunciado permite ao endossatário que pagou o título o exercício do direito de regresso contra os endossadores e endossatários anteriores e *seus avalistas e, em ação direta contra o devedor principal*.

O dispositivo referido no Código Civil omitiu a ação direta contra o devedor principal, ou seja, o aceitante da letra, o sacador da letra não aceitável seja o emitente da nota promissória, e seu avalista, a ele equiparado.

Art. 915

O dispositivo trata das exceções pessoais, no sentido de que o devedor, além das exceções fundadas nas relações pessoais contra o portador, só poderá opor a este as exceções relativas à forma do título e ao seu conteúdo literal, a falsidade da própria assinatura, a defeito de capacidade ou de representação no momento da subscrição e à falta de requisito necessário ao exercício da ação.

Vejamos cada uma dessas exceções.

As relações pessoais diretas entre autor e réu são aquelas que dizem respeito aos efeitos das obrigações como o pagamento, a subrogação, a imputação do pagamento, a dação em pagamento, a novação, a compensação, a transação, o compromisso, a confusão e a remissão de dívida (arts. 930 e seguintes do Código Civil de 1916, arts. 334 e ss do novo diploma civil decorrente do princípio da inoponibilidade das exceções pessoais.

Incluem-se nessas defesas erro, dolo, fraude, violência, causa ilícita nos

títulos causais e simulação.

A forma do título e o seu conteúdo literal referem-se à literalidade da cambial, princípio essencial aos títulos de crédito. (cf. José Maria Whitaker, Letra de Câmbio, nº 199, p. 242).

Com respeito à falsidade da própria assinatura compreende a falsidade documental ou ideológica.

O Professor Bulgarelli analisa com muito discernimento o problema da compatibilidade das exceções cambiárias e extracambiárias (op. cit. p. 242), em que o réu pode, desde logo opor “em exceção aquilo que iria fundamentar aquela ação. Isto é, ao ***solve et repete*** o réu retruca vitoriosamente com o dolo ***petis quod mox restitutus es***, isto é, pedes com dolo aquilo que logo terás de restituir” (Eunápio Borges op, cit. nº 165, p. 129).

No que concerne à falta de requisito necessário ao direito de ação ressalta Bulgarelli (*loc.cit.*) referir-se à legitimação do autor como credor, à falta de posse da cambial, à falta ou nulidade, à prescrição e a outros. Além desses há, ainda, as defesas específicas do processo (coisa julgada, litispendência, falta de capacidade processual e outras dessa natureza (p.242).

Art. 916

As exceções são pessoais entre o credor e o obrigado cambiário contra quem é proposta a ação; aquelas propostas contra outros endossadores ou endossatários ou avalistas precedentes somente poderão ser opostas ao portador do título, quando este tenha agido de má-fé.

A má-fé, na redação do art.17 da Convenção de Genebra, significa a ciência da ação em detrimento do devedor (“*agi sciement au détriment du rebiteur*”), considerado o momento da aquisição do título (art. 17).

Túlio Ascarelli (**Teoria Geral dos Títulos de Crédito**. 2ª ed. 1969, p. 293/294) alinha várias defesas do réu.

Comptes Rendus, 1.133. A conclusão final da Convenção foi no sentido de que o portador deve, não só ter conhecimento das exceções como ter agido coincidentemente em detrimento do devedor, suscetível de incidir na aplicação da regra “**exceptio doli generalis** a ser apreciada por cada Tribunal.

Art. 917

O endosso-mandato ou procuração é aquele em que o endossador outorga poderes ao mandatário para praticar atos relativos ao direito cambiário, inerentes ao título.

Por força do parágrafo 1º do mesmo artigo, ao mandatário só é permitido o substabelecimento ou o reendosso do título dentro dos limites previstos no mandato.

Parágrafo 2º do art. 917

Pelo parágrafo 2º a morte ou a incapacidade superveniente do mandante não invalida o mandato, nem lhe retira a eficácia.

Parágrafo 3º do art. 917

As exceções opostas pelo devedor ao mandatário ficam restritas às que tiver contra o endossador, dentro, naturalmente, dos poderes outorgados pelo mandante.

Art. 918 e parágrafo 1º

No caso do endosso-penhor ou endosso pignoratício, o credor somente pode endossar o título na qualidade de procurador, pelo simples fato de não se tratar de endosso pleno, mas de constituição de uma garantia real, como ocorre com o penhor. (art. 19 da Lei Uniforme de Genebra).

Parágrafo 2º do art. 918

Como o endosso pignoratício, o título é dado em caução, dele não há transferência da propriedade, sendo vedado ao devedor opor ao credor, exceções que tinha contra o endossador, dele devedor, exceto se tiver este agido de má-fé.

Na capitulação do art. 798 do Código Civil de 1916, inseriu-se o vocábulo “caução” explicado por Clóvis Beviláqua por ser o mais adequado do que o penhor, por expressar melhor a idéia de que não há transferência de posse, visto tratar-se de crédito de bem incorpóreo.

Aduz Maria Helena Diniz (**Código Civil Anotado**, 4. ed. aum., Saraiva, 1998, p. 610):

“O objeto da caução de título de crédito é o próprio título em que se documenta o direito.

O direito de crédito materializa-se ao incorporar-se no documento, sendo, portanto, seu objeto o documento representativo do crédito (coisa corpórea) e não os respectivos direitos (coisa incorpórea).”

No novo Código Civil, a redação do art. 1.458 prevê o penhor de título de crédito, mediante instrumento público ou particular ou endosso pignoratício, com a tradição do título ao credor.

No que tange à letra de câmbio e à nota promissória, o meio próprio é o endosso penhor, previsto no art. 918 do novo diploma legal.

No cheque as coisas se passam de maneira diferente, por não preverem o Decreto nº 2.591 de 1912, a Convenção de Genebra para cheques e a própria Lei nº 7.357 de 1985 o endosso pignoratício do cheque.

Na doutrina, Lorenzo Mossa, citado em nossa obra **Obrigações e Contratos na Falência** (Renovar, 1997, p. 92), já excluía o endosso penhor no cheque.

No Código de Comércio de 1850, no art. 277, admite-se o penhor de títulos de crédito.

A Lei Uniforme de Genebra para Cheques não previu o endosso penhor, situação explicada nas **Comptes Rendus** (p. 98), transcrita no mesmo trecho de nossa obra.

Por essa razão, tanto o texto da Lei Uniforme quanto a Lei nº 7.357 de 1985 não admitem essa forma de endosso.

Quanto ao instituto do penhor de cambial, a nosso ver, é perfeitamente admissível no texto do novo Código Civil, no art. 1.458, além do endosso penhor inserido no art. 918.

Assim entendido, na linha do nosso pensamento a respeito dessa garantia, admitimos a possibilidade de a letra de câmbio e a nota promissória serem endossadas por meio de endosso penhor.

Ao mesmo tempo, de acordo com o capitulado no art. 1.458 do novo Código Civil, não temos dúvida em aceitar o penhor de cambial, de forma diversa do endosso penhor, mediante instrumento extracartular válido, na forma prevista no nosso parecer acima referido, ao passo que, no cheque, é inadmissível o endosso penhor, como se viu acima.

Art. 919

A disposição do art. 919 não atentou para os arts. 11, al. 2ª e 15, al. 2º da Convenção de Genebra, nos quais se estabeleceu, respectivamente, a cláusula “não à ordem” e a cláusula “proibitiva de endosso”. Na primeira, aposta pelo sacador da letra de câmbio ou pelo emitente da nota promissória, tem a eficácia de cessão ordinária de créditos e a segunda, aposta no curso da cambial, pelo endossador, proibitiva de novo endosso, também com efeito de cessão de crédito, cuja conseqüência é o fato de não garantir o pagamento às pessoas a quem a letra for posteriormente endossada. Em outras palavras, ambas as cláusulas dão ao endosso a conotação de cessão de crédito regida pelo art. 1.065 e seguintes do Código Civil de 1916 e pelo art. 286 a 298 do novo diploma civil.

No caso de nota promissória **pro solvendo**, ou seja, impropriamente chamada de vinculada a um contrato ou sirva de garantia a uma obrigação, duas conseqüências podem resultar:

1º) na cobrança da nota promissória tem o devedor a faculdade de invocar as exceções da causa contra o credor, tomando-se como exemplo, na compra de um imóvel, a emissão de certo número de promissórias vinculadas

ao negócio jurídico.

Entre essas exceções na cobrança das cambiais pelo credor, existe a aposta pelo devedor - comprador-emitente das cambiais: a **exceptio non adimpleti contractus**, ligada ao descumprimento das obrigações na construção do prédio.

Essa exceção tem cabimento e pode impedir a execução dos títulos pelo construtor, ao cobrar os títulos **pro solvendo** ao devedor, caso fique provado que o construtor deixou a obra inacabada. Nesse caso, se o credor-construtor da obra tiver endossado a promissória **pro solvendo** a terceiro, *v.g.*, a um banco, e este promover a execução do título contra o devedor do título, este não poderá exercer a exceção da causa que dispunha contra o construtor, por serem elas de natureza pessoal, pelo princípio da inoponibilidade das exceções pessoais.

Em duas hipóteses é possível a apresentação dessa exceção que o devedor tinha contra a construtora:

1°) quando a promissória **pro solvendo** contenha a **cláusula não à ordem** do art. 11, alínea 2ª da Convenção de Genebra, aposta pelo emitente da promissória, pela qual o título já nasce não endossável e a sua transferência tem a eficácia de cessão de crédito;

2°) quando a nota promissória **pro solvendo** contenha **cláusula proibitiva de endosso**, aposta no curso da promissória, pelo endossador, proibitiva de endosso, também com efeito de cessão de crédito, cuja conseqüência é o fato de não garantir o pagamento às pessoas a quem a promissória for posteriormente endossada.

Em outras palavras, ambas as cláusulas dão ao endosso a conotação de cessão de crédito, regida pelo art. 1.065 e seguintes do Código Civil de 1916 e arts. 286 a 298 do novo diploma civil.

O resultado final é que, por ser a promissória **pro solvendo** vinculada a um contrato, no caso, o contrato de construção do prédio de apartamentos, o comprador-devedor do título pode alegar as exceções da causa contra o banco-endossatário exequente do título com efeito de cessão de crédito, por se comunicarem a este as exceções que o devedor tinha contra o construtor-credor, por força das cláusulas referidas nos arts. 11, al. 2ª e 15, al. 2ª da Lei Uniforme, pelas quais se comunicam as exceções levantadas contra o construtor e contra o banco endossatário, em decorrência da cessão de crédito, em que o direito é transmitido a título derivado, e não em caráter autônomo.

FORMAS DE TÍTULOS TRANSMISSÍVEIS COM EFICÁCIA DE CESSÃO DE CRÉDITO

Sobre as formas de títulos transmissíveis com eficácia de cessão de crédito, admitidas por Carvalho de Mendonça (**Trat. Dir. Com.** v. V. parte II, nº

291), podemos arrolar as seguintes:

1º) a dação em pagamento - ***datio in solutum*** (art. 997 do Código Civil de 1916) em que a transferência importará em cessão de crédito, devendo ser notificada ao cedido, responsabilizando-se o ***solvens***, pela existência do crédito transmitido ao tempo da cessão (Maria Helena Diniz, **Código Civil Anotado**, ed. Saraiva, 1998. p. 735.

Dá-se um título em lugar da prestação devida, coisa diversa da avençada (Diniz, op. cit. p. 734); no caso a dação em pagamento tem fim confirmatório e não novatório.

Não há novação na dação em soluto por não haver substituição de dívida, pois o que se substitui é a prestação (“*aliud pro alio-nomen iuris pro pecunia*”).

Casos de *datio in solutum*:

a) nota promissória *pro solvendo* (impropriamente chamada vinculada a contrato);

b) substituição de duplicata por promissória dada em pagamento;

c) reforma e amortização de título.

Conseqüências: o transmitente responde pelo valor do título e pela solvabilidade do antecessor (ou antecessores) no título, no endosso.

Caso da *datio in solutum* de nota promissória em substituição de duplicata.

Em conhecido Acórdão relatado pelo Ministro Nelson Hungria no Recurso Extraordinário nº 14.065-RJ do STF, julgado em 09/07/1951, publicado em 13/09/1951, o douto Relator esclareceu que o caso envolve, segundo Bonelli, dação de cambial em substituição de duplicata, com função de pagamento condicionado que, no entender de Staub, a antiga relação jurídica não se extingue e a ação correspondente permanece em suspenso, para voltar a ser proponível, se a cambial não é resgatada, passando a ação a ser alternativa da relação causal.

Para Cunha Gonçalves “está hoje cabalmente demonstrada a possibilidade da coexistência de duas ***causae debendi***, quando o segundo contrato, ou seja, no presente caso de ***pacto de cambiando***.

Há a entrega da coisa “para adimplir”.

Cessão a título oneroso

Ainda segundo a posição de Pontes de Miranda (*loc. cit*), o cedente garante a existência e a titularidade do crédito no momento em que efetiva a transferência, isto é, o cedente é obrigado a restituir o que recebeu se o cré-

dito não lhe pertence quando o cedeu (*veritas nominis*) (cf. Orlando Gomes, *loc. cit.*).

Essa garantia pode, de comum acordo, ser dispensada. Ainda nessa hipótese há de responder, segundo Pontes, pelo fato próprio, enquanto nas cessões a título gratuito, diz a lei, só é responsável se tiver agido de má-fé (art. 1.073, *in fine*, do Código Civil de 1916).

A segunda garantia é a solvência do devedor, pois, para assumir essa responsabilidade é necessário que se tenha obrigado expressamente para garantir a **bonitas nominis**.

Em princípio, não responde o cedente pela solvência do devedor (art. 1.074 do Código Civil de 1916); o cessionário assume esse risco.

Modalidades de cessão de crédito

Duas são as modalidades de cessão de crédito:

A primeira é a **cessio pro soluto** em que o cedente garante apenas a **veritas nominis** isto é a existência do crédito sem responder, entretanto, pela solvência do devedor (**bonitas nominis**).

Há cessão de direito, aplicando-se o disposto no art. 997 do Código Civil de 1916.

Conseqüências:

a) o crédito extingue-se imediatamente, pois o credor concordou em receber o crédito em lugar do pagamento;

b) o cedente não responde pela solvabilidade do que lhe transmitiu o título (**bonitas nominis**), isto é, o cedente responde perante o credor cessionário pela existência do crédito ainda que expressamente não o haja declarado (art. 1.073, 1ª parte do diploma de 1916), mas não pela insolvência ou falência do devedor cedido, salvo estipulação em contrário;

c) podem ser opostas ao cessionário as exceções pessoais contra o cedente.

Casos:

1) endosso tardio;

2) venda de título de crédito;

3) quando em pacto adjeto assim se estipula;

4) quando o endosatário de título endossado por endosso-penhor for à falência, o endossador pode pagar o título à massa, mediante a sua devolução.

Não o fazendo, o síndico o acionará, podendo vender o título em leilão.

Nota: a massa falida não responde pela solvência dos coobrigados no título. Os devedores devem ter ciência da venda (art. 279 do Código Comercial.

5) letra não a ordem (art. 11, al. 2º e proibição de novo endosso (art. 15,

al. 2º da Lei Uniforme de Genebra.

A segunda é a **cessio pro solvendo** em que o cedente garante a **bonitas nominis**, ou seja, obriga-se a pagar, se o **debitor cessis** for insolvente; também é possível uma cessão em que o cedente se responsabilize pelo pagamento, caso o devedor não o efetue.

Segundo essa figura o cedente não responde por mais do que recebeu do cessionário, com os juros respectivos.

Deve responder, outrossim, ao reembolso ao cessionário pelas despesas com a cessão e à cobrança da dívida.

Essa garantia contra o risco de insolvência do devedor cessa se a realização do crédito não se der, em consequência da negligência do devedor em iniciar ou prosseguir na execução e a responsabilidade do cedente não pode ser agravada ainda que se dê a sua aquiescência, pois do contrário perderia sentido de garantia (cf. Orlando Gomes op. cit ps. 242/243). Na transferência do crédito por força de lei o credor originário não responde pela realidade da dívida, nem pela solvência do devedor (Art. 1.076 do diploma civil de 1916).

Diz Pontes que a mesma regra do art. 1.073 aplica-se à dação de cheque com endosso ou pela tradição, se ao portador.

Observe-se que, no que concerne ao cheque de valor acima de R\$ 100,00 é vedada a emissão ao portador.

No caso, extingue-se o título se o credor aceitou recebê-lo em lugar do pagamento, ficando bem claro que a dação de cheque tem o caráter de dação em soluto e não cessão em soluto, e muito menos a **cessio solvendi causa**.

Esta ocorre no caso de cláusula expressa de assunção de dívida **solvendi causa**.

Se houve cessão, o devedor cedente é responsável ao credor pela existência do crédito ao tempo da cessão, ainda que não haja responsabilidade por isso (art. 1.073, 1ª parte), porém não pela solvência do devedor cedido, salvo estipulação em contrário (1.074).

Quando o cheque é dado com firma alheia, é caso de dação em soluto.

Cessio solvendi causa

É a transferência do título de cobrança (para cobrar); quando alguém cede o crédito ao credor para que cobre e fique, a título de pagamento, com o que foi cobrado. (**Trat. Dir. Cambiário**, IV, 1955, p. 205)

A extinção da dívida só se dá quando se recebe a quantia e na medida em que foi recebido, assumido pelo credor o dever de diligência no cobrar. A entrega de cambial pelo devedor é assunção de dívida (art. 299 do novo

Código Civil), em lugar do pagamento e não da dação em pagamento, salvo cláusula expressa.

É uma forma de cessão de direitos com a peculiaridade de a dívida somente se extinguir quando se recebe o seu valor na medida em que for recebido.

Cede-se o crédito para que seja cobrado e fique a título de pagamento com o que for cobrado. Conseqüências: a) há mandato insito na transferência do título; b) ocorre quando a cessão envolve pagamento de parte do título.

Art. 920

O endosso posterior ao vencimento produz os mesmos efeitos do anterior.

Para o Decreto nº 2.044, art. 8º parágrafo 2º, o endosso posterior ao vencimento tem os mesmos efeitos da cessão de crédito, redação idêntica à da Lei Uniforme de Genebra, na primeira parte.

Nos termos do disposto no mesmo art. 20 da Lei Uniforme de Genebra, o endosso posterior ao protesto por falta de pagamento, ou tirado após o prazo para se efetuar o protesto, produz os mesmos efeitos da cessão de crédito.

LETRA REFORMADA OU AMORTIZADA

Letra reformada é aquela que substitui outra de igual montante ou de valor inferior, com idênticas assinaturas, sem que tenha sido pagamento total do numerário.

Tudo se passa como se efetivamente o devedor pagasse a primeira letra, obrigando-se em seguida ao pagamento de prestação cambiária idêntica. Não há novação.

São os seguintes os casos de letra reformada:

a) reconstituição de título perdido ou destruído;
b) para diferir pagamento da obrigação constante da letra renovada com a letra nova amortizou-se a antiga.

c) A relação subjacente é a mesma, a qual não se extinguiu.

d) Se ainda circula a letra antiga, quando renovada, se o portador da letra antiga perdeu o direito de regresso que esta lhe conferia, não pode invocar a subsistência da obrigação cambiária da letra nova, se estranho à operação da reforma. Há continuação da dívida antiga. (Pontes de Miranda, op. cit. ed. Bookseller, ed. 2000, p.157).

TÍTULOS DE FAVOR

As letras de câmbio têm como causa econômica o crédito, logo, a causa será sempre o crédito aberto ou concedido.

Para Carvalho de Mendonça, as letras de favor não têm classificação jurídica, pois o favor consiste no negócio cambial. Na verdade, o favor consiste na inexistência da **causa debendi**.

Ora, todos os títulos de crédito devem ter causa, com a diferença de que, nos títulos abstratos, a causa não é levada em consideração, ao passo que nos títulos causais elas podem e devem ser consideradas.

Os títulos de favor, muitas vezes, envolvem casos de fraude, quando um comerciante, interessado em conseguir crédito, pede que outro lhe dê uma garantia, ao emitir nota promissória ou avalizando títulos de crédito. No direito falimentar, o abuso de responsabilidade de mero favor constitui crime falimentar (art. 186, IV do Decreto Lei nº 7.661/45); a nosso ver, o delito pode ocorrer na emissão de um título fraudulento, tanto no caso do saque de duplicata fria, quanto na emissão reiterada desses títulos.

TÍTULO NOMINATIVO

Art.921

O título nominativo é o emitido em nome de determinada pessoa e, que, a par disso, a transferência se opera por meio do registro no livro próprio da entidade emissora e só se completa após esse registro.

A circulação do título nominativo não se faz pelo endosso como nos títulos à ordem, nem pela tradição, nos títulos ao portador.

Segundo a mais moderna doutrina, consideram-se nominativos os títulos escriturais, cuja transferência verifica-se mediante registro na entidade emissora.

No que concerne às ações nominativas, elas são valores mobiliários, segundo dispõe o art. 2º da Lei 6.385 de 1976, e a sua transferência ocorre no registro do livro de ações nominativas da sociedade anônima.

As ações escriturais criadas pelo art. 34 da Lei nº 6.404/76, também consideradas valores mobiliários, despidas de certificado (cártula), têm a sua propriedade comprovada através do lançamento efetuado pela instituição depositária em seus livros, a débito da conta de ações do alienante e a crédito da conta de ações do adquirente, à vista da ordem escrita do alienante, ou de autorização ou de ordem judicial, em documento hábil que ficará em poder da instituição ou pela exibição do extrato de conta do depósito das ações escriturais (parágrafo 2º do mesmo artigo).

Os títulos nominativos são verdadeiros títulos de crédito, em virtude da orientação imprimida por Vivante (**Riv. di Diritto Commerciale**, v. XI, 1913, p. 437) e aceita com argumentos definitivos por Tulio Ascarelli.

Art. 922

O art.922, exige que, no registro do emitente do título nominativo, seja este assinado pelo proprietário e pelo adquirente do título.

Art. 923

O dispositivo introduziu o título nominativo endossável, inovação contida no elenco dos títulos de crédito, com alteração da sistemática reinante na legislação sobre esses títulos, designadamente na Lei Uniforme de Genebra.

Restringiu o artigo à hipótese de endosso em preto, no qual figura o nome do endossatário.

Parágrafo Primeiro

Nos termos do capitulado no art. 13 da Lei Uniforme de Genebra, no título à ordem, a validade do endosso em branco exige apenas a assinatura do endossador, ao passo que no endosso em preto é necessária a menção do nome do endossatário.

No título nominativo, o endosso só produz eficácia perante o emitente depois de feita a averbação no registro próprio.

Admite, ainda, o § 1º do art. 923, a possibilidade de o emitente exigir do endossatário a comprovação da autenticidade da assinatura do endossante.

Parágrafo Segundo

O § 2º do mesmo artigo impõe uma série de exigências que dificultam sobremodo a circulação do título, em que o endossatário, para lograr a averbação no registro do emitente deve obter: a) a prova da autenticidade das assinaturas de todos os endossantes; b) que o endossatário esteja legitimado por uma série regular e ininterrupta de endossos.

Parágrafo Terceiro

O § 3º do mesmo artigo permite ao adquirente do título cujo original contenha o nome do primitivo proprietário, o direito de obter novo título em seu nome, com a exigência de que conste novo registro do emitente nome do primitivo proprietário.

O problema ligado aos títulos nominativos endossáveis apresenta similaridade com as ações nominativas endossáveis, cuja história, segundo o magistério do Professor Modesto Carvalhosa, nos **Comentários à Lei das Sociedades Anônimas**, ed. 1997, Saraiva, p. 168, adveio em nossa legislação do Decreto nº 434 de 1891.

O Decreto Lei nº 2.627 de 1940 aboliu esse tipo de ações, porque, segundo Trajano Miranda Valverde “elas nunca tiveram aceitação entre nós”

(**Sociedade por Ações**, v.1, p.173)

A Lei nº 6.404 de 1976 manteve as ações endossáveis, depois abolidas pela Lei nº 8.021 de 1990, a qual alterou o art. 20 da primeira.

Por esta Lei a titularidade das ações endossáveis exigia: a) o endosso e a posse da ação; b) a averbação do nome do acionista no Livro de Registro de Ações Endossáveis e no próprio título.

Daí ter Carvalhosa, na p. 169 assinalado que a simples posse da ação endossada não bastava para legitimá-la em nome do endossatário, pela necessidade atribuir legitimidade ao titular do certificado, a fim de exercer os respectivos direitos perante a sociedade, ou seja: “esta só reconhece como titular dos direitos legais e estatutários do sócio aquele cujo nome estivesse inscrito no livro próprio”.

Ocorre, dessa forma, uma inversão de ordem: não era somente a posse do título mediante endosso regular que conferia legitimação ao possuidor.

A legitimidade dependia também da inscrição nos livros da sociedade, somente daí decorrendo a qualidade do acionista.

A inscrição vale como declaração constitutiva dos direitos de sócio. O endosso somente produzia efeito entre as partes (alienante e adquirente) e não, perante a companhia.

Os direitos reais ou quaisquer outros ônus que gravassem as ações, deveriam ser averbados, não só nos livros próprios da companhia, mas também nos certificados (art. 39 e 40).

Daí se conclui, pela lição do ilustre comercialista que a introdução das ações endossáveis não encontrou ressonância nos meios jurídicos, em face do entrave causado pela exigência do registro no livro próprio.

O mesmo entrave aconteceu na lei italiana, cujo art. 2.023 do Código Civil exigiu para a transferência da ação, não só o endosso, como o citado registro. Tal faculdade, aduz Carvalhosa, “no entanto, não logra tornar a ação nominativa um título à ordem: continua sendo nominativo, porque a eficácia da cessão perante a companhia e terceiros não só se produz com a tradição do título endossado, mas com o registro no livro próprio” (Brunetti, ci. v. 2, p. 137 e Messineo, **I Titolo di Credito**, cit. nº 395) (p. 170 da obra de Carvalhosa).

Com os títulos nominativos endossáveis previstos no novo Código Civil, **mutatis mutandis** passa-se o mesmo, ou seja, em virtude das dificuldades criadas com a sua circulação, difícil será a aceitação deles nos meios empresariais.

Finalmente, consoante lição contida na obra **Novo Código Civil Comentado**, coordenação de Ricardo Fiúza, ed. Saraiva, 2002, p. 815, a emissão e a negociação dos títulos nominativos estarão restritas aos empresários e às

sociedades empresariais no regime do novo Código Civil.

No que se refere ao § 3º deste artigo, não vê o Dr. Antonio Mercado Junior motivo para a emissão de novo título em nome do adquirente, pois o título original terá sempre o nome do proprietário (Of. Cit. p.132).

Art. 924

Os títulos nominativos e endossáveis não são aceitos na legislação sobre títulos de crédito em geral e, muito menos a sua transformação em títulos à ordem e ao portador, com as características previstas no novo diploma legal.

Art. 925

De uma leitura do dispositivo poder-se-ia chegar à conclusão de que o endosso dos títulos nominativos endossáveis não tornaria o endossador (em preto) solidariamente responsável pela dívida constante do título, por força de sua desoneração, consoante se depreende da leitura do art. 925.

O problema envolve o fato de se saber se o endosso em tais títulos vincula ou não o endossante, ao contrário do que consta da regra contida no art.15, alínea primeira da Convenção de Genebra.

Art. 926

Este dispositivo está de acordo com os artigos 921 e 922, pela exigência de registro da transferência do título nominativo no registro próprio, como acontece com as ações nominativas, em que a validade e eficácia da transferência de uma ação depende do registro no livro de ações nominativas (art. 31 da Lei nº 6.404/76).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O capítulo referente aos títulos de crédito no texto do novo Código Civil contém várias imperfeições, já analisadas pelos Drs. Professores Rubens Requião e Fábio Konder Comparato, infelizmente não acolhidas pela Comissão do Congresso Nacional que examinou a matéria.

Em nosso entender, achamos melhor que o Congresso Nacional aguardasse, pelo menos, um ano para melhor reexaminar a redação do novo diploma civil, a fim de suprir as notórias deficiências nele encontradas, designadamente na parte referente ao Direito Comercial.

De qualquer forma, cumpre-nos fixar algumas regras na interpretação do texto em exame:

1º) No conflito entre uma norma contida em lei extravagante e o novo Código Civil, nos termos do disposto no art. 903 deste deve prevalecer a primeira;

2º) Continuam em vigor os dispositivos referentes aos títulos de crédito, tratados neste capítulo. Assim, a Lei Uniforme de Genebra, a Lei Cambiária de 1908, a legislação sobre títulos cambiariformes, sobre as cédulas de crédito, de conhecimento de depósito e **warrant**, sobre letra de câmbio imobiliária e cédula de crédito imobiliário e, em resumo, toda a legislação referente aos títulos de crédito.

3º) Nos casos de conflito de leis no tempo e no espaço, tendo em vista o fato de a nova legislação não dispor de Lei de Introdução, teremos de enfrentar sérios problemas em Direito Comercial; contudo, no que concerne aos títulos de crédito, cabe aplicar-se a Lei Uniforme de Genebra, referente ao Direito Internacional Privado, nas Convenções sobre Letra de Câmbio e Nota Promissória e sobre os cheques, convenção, a nosso ver, não foi revogada, por força do disposto no art. 63 da Lei nº 7.357 de 1985.♦

OS JUIZADOS ESPECIAIS CRIMINAIS À LUZ DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

A filtragem hermenêutica a partir da aplicação da técnica da nulidade parcial sem redução de texto

LENIO LUIZ STRECK

Procurador de Justiça-RS, Mestre em Direito, Doutor em Direito do Estado, Pós-Doutor em Direito Constitucional e Hermenêutica, Professor dos Cursos de Mestrado e Doutorado em Direito da UNISINOS-RS; Professor convidado do Mestrado em Direito da Universidade Estácio de Sá.

1) A LEI Nº 10.259 – AVANÇOS E RECUOS

Parece não restar dúvidas acerca do fato de que a Lei 10.259/2001, ao dispor sobre a instituição dos Juizados Cíveis e Criminais no âmbito da Justiça Federal, constituiu considerável avanço no campo jurídico brasileiro. Com efeito, havia visível malferimento da Constituição no fato de os Juizados Especiais estarem, até o advento da Lei em questão, restritos à esfera da Justiça Comum. *Não é desarrazoado afirmar, assim, que se estava diante de uma inconstitucionalidade por omissão relativa.* Desse modo, a nova Lei veio corrigir essa omissão.

O preenchimento dessa lacuna no sistema não pode, entretanto, passar sem a necessária crítica de cariz hermenêutico-constitucional. Com efeito, algumas questões exsurgentes da Lei estão acarretando acalorado debate, e com toda a razão:

a) Poderia o legislador ter estabelecido, já na Lei 9.099/95, como critério para aferição do que seja *delito de menor potencial ofensivo*, a pena máxima não superior a um ano? Do mesmo modo, a recente Lei 10.259 poderia ter ampliado o alcance da Lei 9.099, acrescentando, a partir do *mesmo critério* utilizado na Lei 9.099, que *são considerados infrações penais de menor potencial ofensivo “os crimes que a lei comine pena máxima não superior a dois anos, ou multa”*? Indagando de outra maneira: é constitucional estabelecer como critério de aferição do que seja menor ou maior potencial ofensivo o montante da pena (mínima de um ano na Lei 9.099 e máxima de 2 anos, na Lei 10.259? Será isto tão simples assim?

b) De um modo mais simples, a pergunta que cabe é: tem o legislador *carta branca* para estabelecer, sem limitações, no que concerne à teoria do bem jurídico, o que seja delito de menor potencial ofensivo?

c) Quais os limites que a Constituição coloca ao legislador?

d) Ou esses limites inexistem?

Afinal, os princípios constitucionais vinculam ou não vinculam o legislador ordinário?

Tenho que a resposta a tais questões não passa, simplesmente, por uma análise horizontal, intra-sistemática, mas, sobretudo, por uma reflexão vertical, que trabalhe com a parametricidade constitucional. Ou seja, no plano da resolução das antinomias parece impossível solver a controvérsia.

2) A NOVA LEI E A MORTE DA TEORIA DO BEM JURÍDICO: A VIOLAÇÃO DA PRINCIPIOLOGIA CONSTITUCIONAL

De pronto, da simples leitura dos dispositivos previstos nas Lei 9.099 (art. 61) e 10.259 (art. 2º, parágrafo único) exsurge, perigosamente, o aniquilamento (canto de cisne) da teoria do bem jurídico, uma vez que, ao estabelecer como *tabula rasa* que são passíveis de transação penal – porque incluídos fictamente no rol de infrações de menor potencial ofensivo – *todos os crimes a que lei comine pena máxima não superior a 02 (dois) anos* -, o legislador tratou isonomicamente bens jurídicos **absolutamente discrepantes entre si**, como o patrimônio individual, o patrimônio público, o patrimônio social (direitos de segunda geração), o meio-ambiente (direitos de terceira geração), a moralidade pública, a honra etc. Isto para dizer o mínimo! Para se ter uma idéia, veja-se o extenso rol de delitos que hoje passaram a ser epitetados como “infrações de menor potencial ofensivo” (são mais de cinquenta e seis figuras típicas do Código Penal e mais catorze delitos previstos em leis especiais que se agregam às dezenas de infrações já enquadradas na Lei 9.099).

Situações como essas, criadas pela Lei nº 10.259/2001, revelam o momento de crise pelo qual passa a teoria do bem jurídico. Há uma grave controvérsia acerca da extensão e das funções desse conceito, a partir do dissenso surgido entre a postura dos penalistas liberais, os quais defendem a função limitadora do conceito, e aqueles de orientação comunitarista-garantista, cuja posição quanto à funcionalidade desta instituição jurídica assenta-se numa concepção organizativa, interventiva e transformadora da realidade social. Esta contenda não foi ainda suficientemente percebida e apreendida pelo conceito dogmático de bem jurídico, e *este conflito acarreta uma confusão quanto aos bens que devem prevalecer numa escala hierárquica axiológica, para fins de serem relevantes penalmente e, portanto, merecedores de tutela desta natureza.*

A transferência desta controvérsia ainda não resolvida para as práticas legislativas e judiciais, faz com que surjam produtos como a Lei nº

10.259/2001, onde bens jurídicos que claramente traduzem interesses de grandes camadas sociais são *rebaixados axiologicamente* e equiparados a outros bens de relevância meramente individual. Mais uma vez privilegia-se o individual em detrimento do coletivo.

Desde o prisma de um Estado Social e Democrático de Direito, como o insculpido no texto constitucional, não é ocioso situar os bens merecedores de tutela no terreno do social, uma vez que se apresentam como condições qualificadas de funcionamento e amálgama da sociedade.⁴² Isto necessariamente tem seus reflexos na delimitação conceitual de bem jurídico penal.

O que tem ocorrido concretamente nesse aspecto, e, conseqüentemente dado margem ao aquecimento do debate entre penalistas liberais e comunitaristas, é que os últimos tentam introjetar na concepção de bem jurídico penal a idéia de que uma série de valores constitucionais coletivos necessitam de proteção penal, enquanto os primeiros, ainda presos às matrizes penais iluministas, resistem ao obstaculizar a extensão da função de proteção penal aos bens de interesse da comunidade. Continuam, pois, a pensar o Direito a partir da idéia de que há uma contradição insolúvel entre Estado e Sociedade ou entre Estado e indivíduo. Para eles, o Estado é necessariamente mau, opressor, e o Direito Penal tem a função de “proteger” o indivíduo dessa opressão. Por isso, boa parte dos penalistas (que aqui denomino de liberais-iluministas) continuam – no ano de 2002, em pleno Estado Democrático de Direito, no interior do qual o Estado e o Direito assumem (uma) função transformadora – a falar na mítiga figura do “Leviatã”.

A partir de tais considerações e do que se pode extrair de uma análise da tradição jurídica brasileira, é razoável afirmar que a dogmática penal não tem condições de legitimar teoricamente um novo conceito de bem jurídico. Isto se deve a duas razões fundamentais entre outras:

a) a primeira, porque suas construções contemporâneas têm se baseado unicamente em sua (in)coerência interna, prescindindo de fundamentações e correlações com as correntes mais gerais do pensamento humano, especialmente a filosofia política;

b) a segunda, porque todos os seus juízos e análises estão profundamente marcados por *pré-conceitos* liberais-individualistas. A partir disto, estabeleceu-se uma “pax dogmática” em torno de uma concepção ultrapassada de bem jurídico que continua a macular os produtos legislativos pelo desprezo de uma cultura coletiva, geradora de bens desta ordem, que se estruturou no pensamento ocidental desde os primórdios do século XX.

42 Sobre a relação “Direito Penal – Constituição e Estado Democrático de Direito”, consultar Copetti, André. **Direito Penal e Estado Democrático de Direito**, Livraria do Advogado, 2000.

Dito de outro modo, os bens jurídicos sujeitos à tutela penal não são mais somente aqueles que compõem o rol de bens que estruturaram o arcabouço valorativo constituinte do direito penal liberal-iluminista. A tradição cultural penal brasileira já indica a necessidade de proteção de bens sociais desde o Código Criminal do Império, documento normativo que encerrava em sua segunda parte os crimes públicos, mesmo sendo a Constituição de 1824 uma Carta Constitucional de flagrante influência liberal. Também desta forma sucedeu com o Código Penal de 1890, onde havia uma série de bens de interesse coletivos tutelados, inobstante a Constituição Republicana pouco privilegiar tais bens. E assim surgiu uma tradição normativa de prever a tutela de bens coletivos, de interesses públicos que, indubitavelmente, extrapolam o âmbito individual. Essa situação normativa ficou ainda melhor estruturada a partir das Constituições elaboradas na Era Vargas que inspiraram o Código penal da década de 40, ainda hoje vigente em sua parte especial.

Essa é a nossa cultura que a partir da CF/88 *solidificou-se* em termos normativos, e parece não haver mais qualquer dúvida de que o direito penal também deve servir de instrumento interventivo, organizador e transformador da sociedade. Afinal, não é demais lembrar que o Direito e o Estado passaram por profundas transformações no decorrer dos séculos: de um Direito meramente ordenador, próprio da tradição liberal-individualista, passamos para um Direito de feição promotora e transformadora, produtos do surgimento da concepção de Estado Social e Democrático de Direito.

Com efeito, apesar de, somente na condição de indivíduos, valorizarmos certas coisas, julgarmos certas realizações como boas, considerarmos certas experiências como satisfatórias ou certos resultados como positivos, essas coisas, como bem leciona Charles Taylor, só podem ser boas de certa maneira, ou satisfatórias ou positivas à sua forma particular, por causa da compreensão de pano de fundo desenvolvida em nossa cultura.⁴³ E a nossa cultura não deixa dúvidas de que a concepção de vida boa ou de felicidade dos indivíduos dentro de uma comunidade necessita da tutela de determinados bens que não pertencem particularmente a ninguém, mas que são de interesse geral e que, portanto, tem um importante papel dentro da estrutura social, muito maior do que o atribuído a certos bens individuais. E não há como negar, utilizando as palavras de Marilena Chauí, que toda cultura e cada sociedade institui uma moral, isto é, valores concernentes ao bem e ao mal, ao permitido e ao proibido, e à conduta correta, válidos para todos os seus membros.⁴⁴

43 Cf. Taylor, Charles. **Argumentos Filosóficos**. São Paulo: Loyola, 2000, p. 152.

44 Cf. Chauí, Marilena. **Convite à filosofia**. 9. ed. São Paulo: Ática, 1997, p. 339.

Portanto, não é aceitável, nem tampouco válido, que uma penada legislativa equipare bens culturalmente tão diversos dentro de uma solução que, provavelmente, face ao quadro de descrédito geral da população em relação ao sistema penal e aos poderes públicos, venha suscetibilizar ainda mais o sentimento de reconhecimento dos indivíduos como pertencentes a uma comunidade de Direito. *O direito penal também tem esta função de, mediante a proteção de determinados bens jurídicos gerar este sentimento de reconhecimento.* E não vacilo em afirmar que a possibilidade de transação estendida a bens jurídicos tão diversos, através de uma artificial isonomia legal, lentamente irá corromper alguns valores de relevante importância dentro do nosso pacto social e jurídico.

É nesta verdadeira “isonomia” às avessas (ou isonomia *ad hoc*) que reside, pois, *a primeira violação da Constituição Federal*, uma vez que, se a Constituição estabelece que o Brasil é uma República Federativa, *que se institui como Estado Democrático de Direito*, é porque, seguindo o moderno constitucionalismo, *fica implícito que estamos diante de uma Constituição normativa e dirigente.* Isto, à evidência, acarreta compromissos e inexoráveis conseqüências no campo da formulação, interpretação e aplicação das leis. Para tanto, parto da premissa – e não há nenhuma novidade em dizer isto – que a Constituição de 1988 é dirigente e compromissória, apresentando uma direção vinculante para a sociedade e o Estado.⁴⁵

Logo, em assim sendo, continuo a insistir (e acreditar) que *todas as normas da Constituição têm eficácia*,⁴⁶ e as assim denominadas normas “programáticas”, como as que estabelecem a busca da igualdade (redução da pobreza, proteção da dignidade etc.), *comandam a atividade do legislador*, buscando alcançar o objetivo do constituinte. Esse comando (ordem de legislar) traz implícita - por exemplo, no campo do direito penal – a necessária hierarquização que deve ser feita na distribuição dos crimes e das penas. Dito de outro modo: *o estabelecimento de crimes e penas não pode ser um ato discricionário, voluntarista ou produto de cabalas.*

O manejo do Direito Penal fica, portanto, subordinado – como não poderia deixar de ser – à materialidade da Constituição. *Criminalizações e descriminalizações devem estar umbilicalmente ligadas aos propósitos do núcleo*

45 Ver, para tanto, Streck, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica – Uma Nova Crítica do Direito.** Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2002, 712 p., em especial capítulo 3, onde aponto para a construção de uma Teoria da Constituição Adequada a Países de Modernidade Tardia.

46 Torna-se despidendo elencar, aqui, os constitucionalistas cujo posicionamento aponta para a ampla eficácia de todas as normas da Constituição (Canotilho, Jorge Miranda, Paulo Bonavides, Celso Antonio Bandeira de Melo, Eros Grau, para citar apenas alguns).

político essencial da Constituição. Nesse sentido, vem a magistral lição de Palazzo, para quem, “enquanto as indicações constitucionais de fundo (que atuam no sentido da descriminalização) são, ainda, expressão de um quadro constitucional característico do Estado Liberal de Direito, pressupondo, outrossim, uma implícita relação de “tensão” entre política criminal e direito penal, *as vertentes orientadas no sentido da criminalização traduzem a expressão de uma visão bem diversa do papel da Constituição no sistema penal*: as obrigações de tutela penal no confronto de determinados bens jurídicos, não infreqüentemente característicos do novo quadro de valores constitucionais e, seja como for, sempre de relevância constitucional, *contribuem para oferecer a imagem de um Estado empenhado e ativo (inclusive penalmente)* na persecução de maior número de metas propiciadoras de transformação social e da tutela de interesses de dimensões ultraindividual e coletivas, exaltando, continuamente, *o papel instrumental do direito penal com respeito à política criminal*, ainda quando sob os auspícios – por assim dizer – da Constituição.⁴⁷

O jurista italiano afirma, ainda, que junto às expressas cláusulas de penalização (registre-se que, no Brasil, há o comando expresso de penalizar com rigor os crimes hediondos, da tortura, do racismo, etc.) *existem outras que, tacitamente, obrigam o legislador a estabelecer penalizações*. Isto porque o que se acha no bojo da ordem constitucional e impõe a proteção penalística dos valores, mesmo não sendo objeto de uma cláusula expressa de penalização, *há, de qualquer modo, de ser entendido como parte integrante do que foi expressamente afirmado pelo constituinte*.⁴⁸

Dito de outro modo, não há dúvida, pois, que as baterias do Direito Penal do Estado Democrático de Direito devem ser direcionadas preferentemente para o combate dos crimes que impedem a realização dos objetivos constitucionais do Estado e *aqueles que protegem os direitos fundamentais* (honra, por exemplo, que é cláusula constitucional pétrea) e *os delitos que protegem bens jurídicos inerentes ao exercício da autoridade do Estado* (desobediência, desacato), *além da proteção da dignidade da pessoa, como os crimes de abuso de autoridade, sem falar nos bens jurídicos de índole transindividual* como os delitos praticados contra o meio ambiente, as relações de consumo etc..

47 Cfe. Palazzo, Francesco C. **Valores constitucionais e direito penal**. Trad. de Gerson Pereira dos Santos. Porto Alegre, Sergio Fabris, 1989, p. 103.

48 *Idem, ibidem*, p.105.

2.1) A Constituição como remédio contra maiorias

Não há dúvida, pois, que o legislador está umbilicalmente obrigado a legislar de acordo com a Constituição, entendida no seu todo principiológico (seu conteúdo material), sendo os princípios a condição de possibilidade do sentido da Constituição (não se olvide que princípios são normas e, portanto, vinculam!). Nenhuma lei pode ser editada se qualquer de seus dispositivos confrontar um princípio da Lei Maior. É por isso que a Constituição é um remédio contra maiorias, como bem lembra Ferrajoli.

No moderno constitucionalismo, uma das conquistas reside exatamente na nova configuração da relação entre os poderes do Estado. A renovada supremacia da Constituição vai além do controle de constitucionalidade e da tutela mais eficaz da esfera individual de liberdade. Com as Constituições democráticas do século XX, outro aspecto assume lugar cimeiro: trata-se da circunstância de as Constituições serem erigidas à condição de norma diretiva fundamental, que se dirige aos poderes públicos e condiciona os particulares de tal maneira que assegura a realização dos valores constitucionais (direitos sociais, direito à educação, à subsistência, à segurança, ao trabalho, etc). A nova concepção de constitucionalidade une precisamente a idéia de Constituição como norma fundamental de garantia, com a noção de Constituição enquanto norma diretiva fundamental.⁴⁹

Nenhum campo do Direito está imune dessa vinculação constitucional. Conseqüentemente, na medida em que a Constituição é o alfa e o omega do sistema jurídico-social, ocorre uma sensível alteração no campo de conformação legislativa. Ou seja, a partir do paradigma instituído pelo novo constitucionalismo e a partir daquilo que o Estado Democrático de Direito representa na tradição jurídica, o legislador não mais detém a liberdade para legislar que tinha no paradigma liberal-iluminista. Nesse (novo) contexto, a teoria do bem jurídico, que sustenta a idéia de tipos penais no Direito Penal, igualmente passa a depender da materialidade da Constituição. Não pode restar qualquer dúvida no sentido de que o bem jurídico tem estrita relação com o todo constitucional, representado pelos preceitos e princípios que encerram a noção de Estado Democrático e Social de Direito.

No campo do direito penal, em face dos objetivos do Estado Democrático de Direito estabelecidos expressamente na Constituição (erradicação da pobreza, redução das desigualdades sociais e regionais, direito à saúde, proteção do meio-ambiente, proteção integral à criança e ao adolescente etc.), os delitos que devem ser penalizados com (mais) rigor são exatamente aqueles que, de uma maneira ou outra, obstaculizam/dificultam/impedem a con-

49 Cfe. Fioravanti, Maurizio. **Los derechos fundamentales**. Madrid, Trotta, 1998.

cretização dos objetivos do Estado Social e Democrático. Entendo, assim, que, de forma exemplificativa, é possível afirmar que os crimes de sonegação de tributos, lavagem de dinheiro e corrupção (para citar apenas alguns) *merecem do legislador um tratamento mais severo que os crimes que dizem respeito às relações meramente interindividuais* (desde que cometidos sem violência ou grave ameaça, é óbvio).

Não tenho dúvidas em afirmar que existe uma obrigação de criminalizar que pode ser retirada da materialidade da Constituição, isto porque a fundamentação filosófico-política que lhe subjaz não pode ser restringida a um caráter meramente atomista. Com efeito, é preciso destacar que os valores culturais positivados constitucionalmente formam um conjunto moral e racional poliárquico, em que os direitos básicos de liberdade e a satisfação das necessidades fundamentais não podem compor um quadro de rivalização, como o que ora constata-se no âmbito da teoria do bem jurídico de viés liberal e, conseqüentemente, de formulação e incidência da lei penal.

É possível afirmar, com razoável firmeza, que há, nos processos de criminalização e descriminalização, uma necessidade de harmonização desses valores constitucionalizados, sem perder de vista a importância particularizada de cada um deles para a concretização de um pacto social que não privilegia de forma absoluta a autodeterminação dos indivíduos. Existe este espaço de autodeterminação, mas ele não pode ser considerado desde um enfoque libertarista ou liberalista, nos quais se considera que os indivíduos não necessitam de nenhum contexto social para desenvolver e exercer suas capacidades. A autodeterminação, noutro sentido, deve ser conceitualizada desde a consideração de que esta capacidade somente pode ser exercida em um tipo particular de sociedade, com um certo entorno social.⁵⁰ Conseqüentemente, torna-se necessário que diferenciemos bens individuais de bens sociais, para que se torne possível a adequada tutela dos mesmos por via de lei penal, o que não se verificou na Lei nº 10.259. Isto implica a renúncia da neutralidade estatal liberal, uma vez que o Estado neutro não pode defender adequadamente o ambiente social necessário para a autodeterminação.

Nesse sentido, *não parece razoável* supor que delitos como porte ilegal de arma, abuso de autoridade, desacato, desobediência, crimes contra crianças e adolescentes, crimes contra a ordem tributária, crimes nas licitações, para citar apenas alguns, possam ser epitetados como de *menor potencial ofensivo* (sic) a partir de uma simples formalidade legislativa. A propósito: *alguém acredita que o crime de abuso de autoridade ou o crime de abandono*

50 Ver a respeito Kymlicka, Will. **Filosofia política contemporânea. Una introducción.** Barcelona: Editorial Ariel, 1995, p. 239 e segs.

de recém-nascido sejam infrações com pequeno potencial ofensivo? Ou não tem muita importância a autoridade abusar do cidadão, o empresário sonegar tributos, o desacato à autoridade constituída, ou, ainda, que alguém abandone um recém-nascido? Através de uma “penada legislativa”, tais infrações adquiriram o *status* de “crimes proto-insignificantes”, “soft crimes” ou “crimes quase-bagatelares”, senão propriamente “crimes de bagatela”.

3) O PRAGMATISMO INCONSEQÜENTE DA LEI Nº 10.259

Sejamos claros: estamos diante de uma arrematada ficção metafísica, onde se perde totalmente aquilo que na fenomenologia hermenêutica chamamos de diferença ontológica. O legislador parece ter recebido uma nítida inspiração sofisticada-nominalista, como a de um personagem de Alice no País das Maravilhas, que diz: “*Eu dou às palavras o sentido que quero!*”. Ou seja: *Não há tradição (no sentido hermenêutico). Há uma nomeação!* Ou seja, para o legislador, o crime não é de menor ou maior potencial ofensivo porque exurgente de uma relação tipo penal-bem jurídico, mas, sim, porque a lei o nomina de “menor potencial ofensivo”.

Ora, é evidente que, se por um lado, um crime não é um crime porque o tipo penal, ontologicamente (ontologia clássica), refletiria a essência da coisa designada (concepção realista das palavras de Platão, a partir da qual, p. ex., na palavra estupro estaria a “essência” da “estuprez” – sic), por outro, *também parece evidente que um delito não tem sua concepção de lesividade alterada simplesmente porque recebeu nova denominação* (no caso, o epíteto de menor potencial ofensivo). Para não ir muito longe, até mesmo a semiologia de Saussure poderia dar uma resposta ao problema. Afinal, como dizia o mestre genebrino, *se queres saber o significado de um significante, pergunte por aí...!* Dizendo de um modo mais simples: perguntemos por aí se o cidadão considera que o abandono de uma criança ou o abuso de autoridade são ofensas leves, pequenínimas, a ponto de poderem ser transacionadas por cestas básicas (sic)?⁵¹

51 10 A praxis tem demonstrado dois problemas, que levam à banalização da idéia de transação penal e, assim, dos próprios Juizados Especiais Criminais: o primeiro decorre da construção de “penas alternativas sociais”, representadas pelas já conhecidas “cestas básicas”, sobre o que não é necessário muito dizer...; o segundo decorre da equivocada compreensão dos Juizados Especiais, naquilo que diz respeito ao papel dos conciliadores (leigos), que, na prática, assumem o papel de magistrados nos JEC’s. Deixar a cargo dos conciliadores a tarefa de transacionar é abrir mão da função jurisdicional. Quando a Constituição estabelece a presença de conciliadores, o faz em forma de prestação de auxílio. Em nenhum momento o conciliador pode assumir o papel reservado estritamente ao juiz togado. Conciliador não tem função jurisdicional. Não pode ele realizar qualquer ato judicial. *O conciliador sequer ocupa cargo. Apenas exerce uma função administrativa.* Com isto, a tarefa do juiz togado não é meramente a de homologar (ou não) aquilo

Não tenho dúvidas em afirmar que, desta vez (ou uma vez mais), o legislador foi além de suas chinelas. Logo, deve ser corrigido, consoante será demonstrado no seguimento, tudo na estrita conformidade da jurisdição constitucional.

A questão, pois, é muito mais grave do que possa parecer. A nova Lei 10.259 é típico exemplo de um pragmatismo inconseqüente que destrói a diferença. Esse pragmatismo vira ceticismo, porque, na medida em que cada ato humano tem um conteúdo fático, torna-se absolutamente problemático o processamento da validade desse ato. Com efeito, se elimino o elemento diferencial que identifica cada ato (valorado como delito), caio no cinismo, uma vez que tanto faz qual o delito do extenso rol epitetato como de menor potencial ofensivo que vou cometer, porque a punição é a mesma, produto de uma transação.

Por isso, está-se diante de um pragmatismo irresponsável. Ora, a delinqüência ocorre quando um ato vulnera algum valor. Ora, no momento que a vulnerabilidade é subsumida em uma espécie de “impunidade de cunho universalizante” – em face da equiparação *ad hoc* de infrações absolutamente díspares e discrepantes entre si – desaparece a função do Direito enquanto interdito. A lei se auto-suprime, em face da possibilidade de todos não mais cumpri-la; logo, não será mais “lei”. Essa “impunidade de cunho universalizante” nada mais é do que o produto de uma pasteurização das transgressões, no interior do qual não dá mais para distinguir um ente de outro. Dizendo de um modo mais simples, pode-se afirmar que, tendo o legislador “isonomizado” (sic) dezenas de punições, é possível delinqüir de 50 ou mais modos diferentes, porque exatamente está-se diante de uma “zona cinzenta”, em que todos os gatos são pretos.

Essa isonomização abstrata impede a aplicação concreta do princípio da lesividade.⁵² Historicamente este princípio tem desempenhado um papel fundamental na configuração do moderno Estado de Direito, especialmente

que os conciliadores conciliaram. A presença física do juiz togado é condição de possibilidade da validade do ato. Entender o contrário é conspurcar a Constituição e sua principiologia. Qualquer transação feita sem a presença do juiz togado é nula, pois.

52 Esse princípio pode ser recebido em dois planos diversos da operacionalização jurídica: no plano da elaboração legislativa e no da aplicação judicial da lei. No primeiro, volta-se o princípio da ofensividade ao legislador no momento de formular o tipo penal, forçando-o a eleger uma espécie fática dotada de um real conteúdo ofensivo dos bens jurídicos mais relevantes; no segundo, dirige-se ao juiz e ao intérprete, para impeli-los a averiguar concretamente a existência no fato histórico da lesividade sobre o bem jurídico atingido. Assim, o princípio da lesividade tem dupla tarefa limitadora: a de seleção do objeto destinado a transformar-se em conteúdo da norma penal e a de restrição da destinação da lei penal somente a casos concretos em que efetivamente tenha havido uma lesão ou dano a bem jurídico relevante.

para evitar aplicações absurdas de pena, ao possibilitar a distinção em fatos efetivamente lesivos e não lesivos. Contrariamente ao expediente legislativo adotado na lei nº 10.259, que considerou a falta de ofensividade abstratamente, o princípio da lesividade somente pode ser aplicado concretamente, o que explica a sua necessária indeterminação significativa.⁵³

4) DOS OBSTÁCULOS (CONSTITUCIONAIS) À APLICAÇÃO DA NOVA LEI

Em face disto, respeitando sobremodo opiniões em contrário, entendo estar evidenciado que a nova Lei nº 10.259 *não pode abranger a totalidade dos delitos cujas penas máximas sejam de dois anos*. Isto por várias razões, a seguir delineadas:

4.1) Tratamento igualitário de bens jurídicos díspares: uma isonomia incompatível com a Constituição ou de como não devemos banalizar/pasteurizar o direito penal

O dispositivo sob comento encontra sérios obstáculos para a sua aplicação porque, fosse possível aplicar o benefício da transação a *todas* as infrações alcançadas *lato sensu* pela Lei 10.259, estaríamos, como já dito, solapando a teoria do bem jurídico, eis que colocaríamos em pé de igualdade delitos das mais variadas espécies.

Não se está, à evidência, defendendo a (velha) teoria do bem jurídico subjacente ao atual Código Penal. A teoria do bem jurídico, *filtrada constitucionalmente*, deve estar em consonância com os ditames do novo modelo de Direito estabelecido pelo Estado Democrático de Direito e seus objetivos de resgate das promessas da modernidade e do respeito aos princípios da proporcionalidade.

⁵³ Pontuadamente quanto a esse aspecto de indeterminação do princípio da ofensividade, no dizer de Palazzo, há uma espécie de *paradoxo metodológico* que marca o seu funcionamento no juízo de constitucionalidade das leis: “*da um lato, si tratta di un principio contenutistico, nel senso sopra precisato di canone attinente al piano dell’oggetto della tutela; dall’altro, però, esso è privo di un contenuto prescritivo realmente predeterminato al giudizio di costituzionalità da parte della Corte 2*”. Esta indeterminação conceitual característica do princípio da lesividade vem a ser a sua grande virtude pragmática. Nesta perspectiva, a observância do princípio da necessária lesividade do fato histórico estende-se inteiramente sobre o plano concreto da manifestação naturalística e material do delito, a partir de um referencial constitucional, excluindo-se qualquer aplicação da norma incriminadora àqueles fatos concretamente destituídos de ofensividade. Para Palazzo, “*tale possibilità applicativa pressuppone una norma incriminatrice che sia, nella sua dimensione astratta e legislativa, già dotata di un contenuto di disvalore concepibile in termini di offesa ad un bene giuridico*”. Cf. Palazzo, Francesco. *Offensività e Ragionevolezza nel Controllo di Costituzionalità sul Contenuto delle Leggi Penale*. Não publicado, Firenze, p. 13.

de, da razoabilidade e da eficiência. *Impossível, destarte, por incompatibilidade constitucional, a permanência da serôdia teoria do bem jurídico que sustenta nosso Código, no interior do qual a propriedade recebe proteção infinitamente superior à vida, à integridade corporal, à honra etc.* O Código Penal vigente, de há muito, agoniza, pois. Disso parece não restar dúvidas.

O Direito Penal sustenta-se justamente na diversidade dos bens jurídicos que os tipos penais protegem. Assim, torna-se quase que despiendo – pela obviedade que representa (embora isto seja óbvio, esta obviedade deve ser des-velada) – registrar que *não pode uma lei equiparar ou isonomizar delitos como abuso de autoridade, a sonegação de tributos e crimes contra o meio-ambiente, com os crimes de esbulho possessório; rixa (sic) e a ofensa a moral e aos bons costumes (sic)*, os primeiros nitidamente crimes graves, que violam e causam múltiplas lesões a bens jurídicos que vão desde a dignidade humana até os difusos e coletivos, e os segundos, restritos que são ao patrimônio (meramente) individual e comportamental. Simples, pois!

Esta situação impõe que venhamos a repensar e redefinir o princípio da fragmentariedade do direito penal. Originariamente, dentro dos cânones do direito penal liberal, este princípio determina que a zona de incidência da lei penal deva compor-se pelos fatos mais graves, socialmente intoleráveis. Ou seja, há uma delimitação do âmbito penal em relação aos demais ramos do ordenamento jurídico. Poderíamos denominar este aspecto de “fragmentariedade externa”. Por outro lado a complexidade da sociedade moderna e a conseqüente quantidade de bens que passaram a ser protegidos pela lei penal, impõe que este princípio seja considerado também sob o aspecto interno do ordenamento jurídico-penal, e sob este aspecto, *benefícios como o da transação penal não podem ser concedidos, dentro de um mesmo conjunto de condutas, para bens que expressam um interesse público de alta significação social da mesma forma que se estende para outros de natureza meramente individual.*

Dito de outro modo, *isonomizar (sic) delitos que lesam bens tão díspares nada mais é do que banalizar/pasteurizar o direito penal, reforçando (ainda mais) a tese de que o direito penal cumpre uma missão secreta na sociedade, qual seja, a de apontar as suas baterias para as camadas excluídas da sociedade, sem condições de enfrentar, adequadamente, as ditas “transações” do mesmo modo que as camadas incluídas o fazem.*

4.2) O conceito de «infrações de menor potencial ofensivo» e o fetichismo da lei: uma crítica necessária ou a pergunta que não quer calar

Passados tantos anos desde a entrada em vigor do atual Código Penal, parece(ria) razoável supor que o conceito de bem jurídico, enfim, da densifi-

cação do que seja menor ou maior potencial ofensivo, forjados no modelo liberal-individualista, merece(ria)m uma (re)discussão. Afinal, o que significa a expressão “infração de menor potencial ofensivo? Mais do que isto, é preciso repetir a pergunta: poderia o legislador – fazendo tábula rasa – isonomizar tipos penais tão discrepantes entre si, envolvendo bens jurídicos tão díspares?

A noção de bem jurídico, a toda evidência, deve estar ancorada na Constituição, entendida a partir de sua materialidade, engendrada pelo novo paradigma estabelecido pelo Estado Democrático de Direito. O bem jurídico é um valor que tem direta relação com a concretização da democracia, dos direitos fundamentais e, fundamentalmente, levando em conta que no Brasil a modernidade é tardia, à realização dos direitos sociais. É nesse sentido que Domitilla de Carvalho vai dizer que

“(...) a missão do Direito Penal consiste na proteção dos valores elementares da consciência, do caráter ético social e, só por acréscimo, a proteção de bens jurídicos particulares. Portanto, é preciso buscar na Constituição a gênese e função social do bem jurídico. E como a Constituição representa o ideal de direito de um determinado momento histórico, não estando alheia, pois, aos interesses da estrutura social, nem sobrevivendo fora deles, existe uma relação entre a norma jurídica e o interesse em que ela se alicerça. Logo, toda perquirição do bem jurídico tem, evidentemente, de levar em consideração a investigação da relação social concreta: da posição que nela ocupam os indivíduos e da integração sofrida por eles em relação aos outros entes existentes no meio social.”⁵⁴

O lugar cimeiro assumido pela Constituição, entendida em sua principiológica, leva, inexoravelmente, ao sopesamento entre os fins almejados pelo Estado e os meios aptos a esse desiderato. A materialidade constitucional guarda relação intrínseca com a modalização do bem jurídico-penal. Veja-se, assim, de pronto, que:

a) infrações como abuso de autoridade guardam relação com o direito de liberdade, da integridade físico-intelectual e da dignidade da pessoa;

b) o delito de desacato guarda direta relação com a preservação do princípio da eficiência e da própria noção de interdito consubstanciado na noção de Estado, enquanto produto de uma opção entre civilização e barbárie;

c) na mesma linha, estão os demais delitos contra a administração da justiça, como o da desobediência;

d) em alguns casos, a relação bem jurídico-Estado Social e Democrático de Direito aparece com mais nitidez, como é o caso dos crimes de sonegação

54 Cfe. Carvalho, Marcia Domitilla de. Fundamentação Constitucional do Direito Penal. Porto Alegre, Fabris, 1992, p. 37.

de tributos;

e) em outros, a moralidade administrativa assume foros de imperiosa tipificação, como é o caso da corrupção e da lavagem de dinheiro;

f) finalmente, no que tange aos crimes contra o meio-ambiente, parece absolutamente relevante chamar a atenção para o vínculo teleológico entre os objetivos do Estado Democrático de Direito e a preservação dos direitos transindividuais.

Logo, é a partir dessa intrincada principiologia, norteadora da valorização e mensuração da teoria do bem jurídico, *que devemos estabelecer as condições de possibilidade para o aferimento da noção de infrações de menor (ou maior) potencial ofensivo*. A lei não tem um sentido em si mesma. Tampouco traz insito um sentido que possa ser desacoplado (**Auslegung**) pelo intérprete. Há, pois, uma atribuição de sentido (**Sinnggebung**), que se dá no contexto de uma situação hermenêutica, a partir da pré-compreensão do intérprete.

Não há, assim, uma liberdade de cunho convencionalista, pela qual o intérprete do Direito, ou o legislador, venham a atribuir qualquer sentido aos entes jurídicos. É preciso ter presente que os sentidos não são determinados livremente a partir da consciência de si do pensamento pensante do sujeito -intérprete e nem decorrem da aferição da essência das coisas. O intérprete parte sempre de possibilidades. Esse campo de possibilidades está limitado pela linguagem em que está inserido o intérprete. Há, na esteira do que ensina Gadamer, um mundo daquilo que é “opinável”, não sendo possível atribuir “qualquer” sentido a algo. Apenas são possíveis sentidos *possíveis*. O intérprete engendra o processo interpretativo a partir daquilo que Gadamer chama de indagação objetiva centrada na coisa mesma (**sachliche Fragstellung**).⁵⁵ É a coisa mesma (**Sache selbst**), resultante de uma síntese hermenêutica,⁵⁶ que evitará a relativização ou a arbitrariedade das interpretações. É a coisa mesma que suplantará a noção metafísica de dedução ou subsunção.

Parece evidente, assim, que a atribuição de sentido acerca do que seja delito de menor potencial ofensivo não pode decorrer de “arbitrariedades semânticas”, “abusos significativos”, ou “extorsões de sentido”. Afinal, como já indicava Shakespeare, no Ato II de Romeu e Julieta, “*Que há num simples nome? O que chamamos rosa, com outro nome não teria igual perfume?*” Desnecessário referir que há um campo de possibilidades - engendrado pela tradição jurídica na qual estamos todos inseridos – que estabelece o limite do sentido e o sentido do limite dessa atribuição de sentido. Delito de menor potencial ofensivo é um sentido atribuível somente a determinadas infrações

55 Cfe. Gadamer, Hans-Georg. **Wahrheit und Methode**. Tübingen: Mohr, 1990, p. 295 e segs.

56 Ver, para tanto, Streck, **Hermenêutica**, op.cit.

penais, cujo sentido se dá a partir dessa indagação centrada naquilo que os juristas têm dito a respeito de cada um dos delitos (cada delito tem sua peculiaridade, porque viola um determinado bem jurídico).

Ou seja, o sentido se dá a partir dessa “indagação objetiva centrada na coisa mesma”. Hermeneuticamente, não se pode falar de “categorias delituosas” e tampouco de um conceito universalizante de “menor potencialidade lesivo/ofensiva”. Há sempre um determinado delito, pois. *Isto significa poder dizer que a atribuição de sentido não pode decorrer de ficções significativas decorrentes de “nominações legislativas”, sob pena de concordarmos com a idéia de que os significados das coisas variam de acordo com o que queremos que elas sejam, o que nada mais é do que resvalar em direção a um idealismo inconsequente.*

Por isto, e do mesmo modo, a discussão acerca da interpretação do alcance da nova Lei 10.259 não deve ser simplificada, a partir de uma ultrapassada (e perniciosa) liberdade de conformação legislativa, pela qual se confere carta branca ao legislador para que, à revelia da Constituição, estabeleça, *sponte sua*, e sem qualquer controle advindo da jurisdição constitucional, que o critério para o reconhecimento do que seja “potencial ofensivo” advenha de um *metafísico nominalismo*, fazendo *tabula rasa* de toda teoria do bem jurídico. Ora, o texto legal – que é um ente no seu ser – não pode ser abstraído das condições históricas e nem de sua necessária inserção na sociedade, e que, mais do que isto, *hermenêutica é aplicação; fazer hermenêutica é produzir-atribuir sentido ao texto, que passará a ser norma a partir da interpretação.*

Essa atribuição de sentido (*Sinngebung*), como já dito, não é livre, pois deve levar em conta a Constituição em sua materialidade, isto é, com toda carga eficaz da principiologia. Por isto, *em termos de relação social, mergulhando no rio da história, é absolutamente razoável afirmar que o epíteto de menor potencial ofensivo é somente cabível aos delitos bagatelares (soft crimes), onde se enquadram condutas que não apresentam potencial de lesividade e que não tem o caráter de transcendência em relação a terceiros, entendida aqui uma comunidade organizada regida por uma Constituição que, a toda evidência, hierarquiza bens jurídicos.* Neste exato sentido, e até para comprovar a veracidade/plausabilidade da assertiva anterior, poder-se-ia perguntar se alguém tem dúvidas que o crime de sonegação de impostos causa mais danosidade social do que determinados crimes contra o patrimônio individual. Ou se alguém tem dúvidas que o crime de porte de arma apresenta forte (ou maior) potencial ofensivo? Retornando a Saussure: *Se alguém tem dúvidas, pergunte por aí...*

Repito, pois, a pergunta que não quer calar: tinha o legislador carta bran-

ca, isto é, tinha ele absoluta discricionariedade para equiparar e estabelecer o elenco de infrações passíveis de receber o epíteto de “menor potencial ofensivo” e, portanto, passíveis de receber o **favor legis** de transacionar? Tinha o legislador discricionariedade para equiparar/isonomizar crimes do naipe da sonegação de tributos (*de cunho transindividual*, por lesarem milhões de pessoas, cometidos pelas camadas médio-superiores da sociedade), *com delitos de cunho interindividual*, como esbulho, perturbação do sossego (sic), ameaça, esbulho etc., cometidos, via de regra, pela patulúeia?

4.3) A necessária incidência da Constituição na discussão dos critérios para a aplicação da Lei 10.259

As condições de possibilidades para a aplicação do novo dispositivo legal demandam, definitivamente, uma discussão acerca da efetiva inserção do direito penal no âmbito do direito constitucional. Parece não haver dúvida de que o Direito Penal do Estado Democrático de Direito implica uma *indispensável adequação da tipicidade penal aos valores e princípios constitucionais, discutindo-se os limites à criminalização e a vinculação do poder legiferante aos princípios da Constituição*. Dito de outro modo, é preciso retirar essa espécie de blindagem posta em torno do Direito Penal, que o torna praticamente imune e imunizado em relação à jurisdição constitucional.

Isto ocorre porque no campo da assim denominada dogmática jurídica – tecnicista – *ocorre uma metafísica equiparação entre vigência e validade da lei*. Vigente a lei, todos passam a interpretá-la como se fosse produto de uma vontade divina. No máximo, discute-se eventual contradição da lei no contexto das antinomias. Entretanto, no mais das vezes esta é a contradição secundária do problema, *uma vez que a contradição principal se localiza na falta de uma análise que leve em conta a parametricidade constitucional*. É o caso da Lei 10.259, em que até mesmo os setores mais conservadores do Direito Penal se renderam – cedo – à mera vigência da Lei, sucumbindo diante do “conflito de antinomias”.

Para ser mais claro e incisivo, de há muito estou convicto de que o “legislador” não tem liberdade para *incluir ou excluir tipos penais de leis que visem beneficiar acusados de crimes e tampouco para prejudicá-los*. Do mesmo modo que a hediondez de um crime, isto é, as condições de possibilidades de um determinado delito ser ou não tipificado pela lei como “hediondo”, há de ser perquirida na Constituição – visto que a lei penal não pode criar tutelas que *desatendam à hierarquia dos bens jurídicos constitucionais e tampouco ignorar o valor atribuído pela Constituição aos interesses de dimensões ultra-individuais e coletivas* – *não tenho dúvida em afirmar que também o elenco dos delitos sob o manto da nova Lei 10.259 deve estar condizente com os*

valores Constitucionais.

Desse modo, o legislador ordinário, ao estabelecer que *qualquer infração cuja pena máxima não ultrapasse 2 (dois) anos é uma infração de menor potencial ofensivo, sem exigir qualquer outro requisito de ordem objetiva ou subjetiva, violou, frontal e escandalosamente, preceitos fundamentais e a princiologia do Estado Democrático de Direito previsto na Constituição.* Entre a Constituição e seus valores e as exigências de uma efetividade quantitativa do sistema penal, o legislador brasileiro optou pelo caminho mais fácil, isto é, por uma pragmática inconseqüente, próxima a uma razão cínica, no interior da qual, como bem ironizava Peter Sloterdijk, invertendo uma famosa frase de Marx (*“Sie wissen das nicht, aber sie tun es”*), eles sabem o que fazem (e como sabem...), e continuam fazendo do mesmo modo!

Ora, a teoria do delito deve ter utilidade social. Crime é uma ação (interpretada como) típica, ilícita e culpável. A tipicidade é material/substancial. Cailha registrar, neste ponto, a lição de Bricola, que conceitua o delito como um fato previsto de forma taxativa pela lei, de realização exclusiva do agente ou reconduzível ao mesmo através de uma atitude culpável (dolosa ou culposa), idônea para ofender um valor constitucionalmente significativo, ameaçado com uma pena proporcional também ao significado do valor tutelado, e estruturalmente caracterizado pelo teleologismo constitucionalmente atribuído à sanção penal.⁵⁷ A errônea compreensão acerca da (inexorável) relação entre delito, bem jurídico e Constituição, pode levar à banalização do direito penal. Se o legislador pode tudo, não pode surpreender ninguém que, amanhã, estabeleça em lei que o delito de atentado violento ao pudor, cometido sem violência física, é de menor potencial ofensivo... Afinal, o atentado ao pudor, mediante fraude, já foi incorporado ao elenco dos crimes de menor potencial ofensivo! Portanto, nada está a justificar a isonomia feita às **avessas**, equiparando infrações penais não equiparáveis.

5) DA DERROGAÇÃO DA EXCEÇÃO ESTABELECIDADA PELO ART. 61 DA LEI 9.099 – A QUESTÃO DOS PROCEDIMENTOS ESPECIAIS: Uma discussão anterior ao exame da (in)constitucionalidade do art. 2º, parágrafo único, da Lei nº10.259

Uma questão que suscita grandes controvérsias diz respeito à derrogação ou não por parte da Lei 10.259 da exceção prevista no art. 61 da Lei 9.099, acerca dos procedimentos especiais. Uma corrente se posiciona no sentido de que a exceção permanece, não sendo a nova Lei aplicável, por-

57 Cfe. Bricola, Franco. *Novíssimo Digesto Italiano*, Editrice Torinese, 31ª ed., 1957.

tanto, às infrações a que a lei prevê procedimento especial. Para esta, fixada a competência, se não houver restrição, aplicar-se-á a todos os casos a ela submetidos. No caso sob exame, os procedimentos especiais estariam nela compreendidos. Outro grupo sustenta que a nova Lei derogou a antiga exceção, aplicando-se o **favor legis** a todas as infrações cuja pena máxima não ultrapasse os 2 (dois) anos.

Creio que a segunda posição é a mais razoável.⁵⁸ A nova Lei se apli-

58 Nesse sentido, a posição firmada pelo Superior Tribunal de Justiça, em julgamento proferido pela Quinta Turma, entendendo que o art. 61 da Lei 9.099 foi derogado pela Lei 10.259, sendo o limite de um ano alterado para dois (RHC 12.033-MS, Rel. Min. Felix Fischer, julgado em 13.08.2002). Na ocasião, o STJ decidiu estender os benefícios da Lei 10.259, deixando assentado que a mudança de 1 para 2 anos de que fala a nova Lei deve ser acrescentada à parte final da Súmula 243, “visto que as alterações da lei penal que são benéficas para os réus devem retroagir”. No caso sob exame, o STJ deu provimento ao RHC para afastar o limite de um ano e estabelecer o de dois anos para a concessão da suspensão condicional do processo. Tenho que a decisão do STJ mostrou-se equivocada. No plano pragmático, a decisão tem o condão de – a prevalecer tal entendimento – abarcar parcela considerável dos tipos penais do Código Penal e das leis esparsas. Não se pode olvidar que a suspensão do processo é instituto previsto na Lei 9.099, que trata dos Juizados Especiais, portanto, matéria que diz respeito, no plano conceitual, ao julgamento de soft crimes (crimes de menor potencial ofensivo). A extensão procedida pelo STJ refoge ao núcleo essencial da idéia de Juizados Especiais prevista na Constituição (art. 98). A Lei 10.259, ao elevar o patamar de 1 para 2 anos como pena máxima para receber o benefício da transação penal, não tem o condão de, automaticamente, alterar o disposto no art. 89 da Lei 9.099, que trata de outro instituto (suspensão condicional do processo). Assim agindo, o STJ confundiu os institutos da transação e da suspensão do processo. Com efeito, considerando-se revogado o art. 61 da Lei 9.009 (e neste ponto está correto o STJ), tem-se que são passíveis de transação penal todos os delitos cuja pena MÁXIMA não ultrapasse os 2 anos (com as ressalvas que faço acima, acerca da não liberdade de conformação legislativa). A considerar correta a tese esgrimida pela 5ª Turma do STJ, estarão, agora, passíveis de receber o benefício da suspensão condicional do processo todos os crimes cuja pena MÍNIMA não ultrapasse os mesmos 2 anos fixados na nova Lei 10.259. Ora, há que se diferenciar limites máximos de limites mínimos de pena. Teto não é piso. Aliás, a equiparação de um balizamento máximo com um balizamento mínimo demonstra exatamente a impossibilidade da equação. Há uma contradição insolúvel. O art. 89 não trata da transação, mas, sim, somente da suspensão condicional do processo. Neste ponto, poder-se-ia apontar para a própria inconstitucionalidade parcial do art. 89, que, ao incluir a suspensão do processo em uma lei destinada a regulamentar o art. 98 da CF – que tratou apenas de delitos de menor potencial ofensivo – estendeu/equiparou conceitos não equiparáveis. O resultado disto é que, alterado o limite MÁXIMO para 2 anos nos casos de delitos de menor potencial ofensivo (Lei 10.259), tal circunstância acarretará – sendo vencedora a tese da 5ª Turma do STJ – em uma banalização da idéia nuclear do que sejam crimes de menor potencial ofensivo, ratio da Lei 9.099, e, ao mesmo tempo, crimes que mereçam o benefício da suspensão condicional do processo. Para tanto, basta ver que crimes como abuso de incapazes, sonegação de tributos, corrupção, concussão, peculato, para citar apenas alguns, passariam (passarão?) a fazer parte de um extenso rol de crimes aos quais se poderia aplicar a suspensão condicional do processo, o que afronta qualquer critério de proporcionalidade e de razoabilidade, além de solapar a teoria do bem jurídico penal-constitucional. Ora, a suspensão do processo, por ter sido incluída (criada) no bojo da Lei que regulamentou o art. 98 da CF, tem

ca independentemente do procedimento (com exceção, talvez, do crime de abuso de autoridade, em face da especificidade da pena autônoma de perda de cargo). Se assim não fosse, a própria Lei poderia ficar esvaziada, porque muito poucos delitos ficariam sob a abrangência dos JEC's. De outra banda, a menor potencialidade (ou a baixa lesividade ou proto-insignificância) não decorre de uma mera nomeação legislativa, mas, sim, do valor que os bens jurídicos possuem. Logo, contendo um delito “um baixo teor de ofensividade”, não é o procedimento especial que terá o condão de retirá-lo do âmbito do **favor legis**.

Dito de outro modo, o **favor legis** não decorre do procedimento, mas, sim, de sua “baixa lesividade”. Desse modo, considero despicenda e sem maior importância a discussão intra-sistemática acerca da derrogação ou não da exceção constante no art. 61 da Lei 9.099. A não menção/repetição da exceção no texto da Lei 10.259 não é lacunar e tampouco fruto de silêncio eloqüente do legislador. O que existe é o texto legal que estabelece novo regime sobre a matéria. Tampouco importa buscar a intenção do legislador ou indagar acerca da “vontade da norma” (sic). Na moderna hermenêutica tais argumentos não passam de artifícios de retórica. Aliás, tivesse alguma validade científica o argumento da “busca da intenção do legislador”, poder-se-ia dizer que, quisesse o legislador manter a exceção dos procedimentos excepcionais, teria expressamente assim se posicionado. Portanto, ao não mais falar sobre a exceção, falou, através de um ‘silêncio eloqüente’. Em outras palavras: ao não dizer, disse. Isto, porém, não é necessário. A nova Lei contém outro tipo de vício. O problema não está em catapultar dezenas de infrações para o seio dos JEC's. Afinal, isto decorre da própria Constituição. Logo, o procedimento – porque em algumas infrações é especial – não pode servir de obstáculo à aplicação da Constituição. *O problema está, sim, nos critérios utilizados para a aferição do que seja “infrações de menor potencial*

a sua ratio ligada ao que seja delitos de menor potencial ofensivo. Dito de outro modo, quando o art. 98 diz “abrangidos ou não por esta Lei”, isto não significa que os crimes não abrangidos pela Lei dos Juizados Especiais sejam outros que não de potencialidade lesiva pequena. Ao estabelecer a equiparação ficta para fins de suspensão (pela expressão “ou não”), o legislador desbordou da Constituição, uma vez que igualou crimes sujeitos ao benefício da transação com crimes submetidos ao regime mais grave, que é o da suspensão. Dito de outro modo: na medida em que o instituto da suspensão condicional do processo está umbilicalmente ligado à idéia de crimes de menor potencial ofensivo, tem-se que a interpretação da 5ª Turma do STJ incluiu indevidamente no rol de crimes de menor potencial ofensivo um conjunto de delitos absolutamente incompatíveis com a tese dos Juizados. Por isto, por desbordar da idéia de Juizados Especiais previstos na Constituição e por violar os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, entendo como inconstitucional a decisão proferida pela 5ª Turma do STJ, na parte em que procedeu o afastamento do limite de 1 ano e estabeleceu o de 2 anos para a concessão do benefício da suspensão condicional do processo.

ofensivo”. Este é o ponto, pois.

6) DO EXAME DA (IN)CONSTITUCIONALIDADE *STRICTO SENSU* DO PARÁGRAFO ÚNICO DO ART. 2º DA LEI 10.259

Como veremos no decorrer da exposição, a problemática tem dois âmbitos, uma vez que a nova Lei 10.259, além de aumentar o limite de incidência dos delitos aptos à transação, teria, em face do silêncio (eloquente) do legislador, estendido o **favor legis** também às infrações regidas por procedimentos especiais. Nesse sentido, tenho que o problema dos procedimentos é um ponto acessório a ser debatido. Antes de tudo, independentemente dos procedimentos, deve estar a discussão acerca das condições de possibilidade de o legislador ter feito *tabula rasa* para a inclusão das assim denominadas infrações de menor potencial ofensivo.

6.1) A inconstitucionalidade da inclusão de infrações incompatíveis com o *nomen juris* de “infrações de menor potencial ofensivo”: a necessidade da correção mediante a aplicação da técnica da nulidade parcial sem redução de texto

Por tudo isto, na discussão em tela, em que se coloca em xeque a aplicação genérica (tábula rasa) da nova Lei a todas as infrações cujas penas cominadas em abstrato não ultrapassem 2 (dois) anos, é necessário que se faça um exame acerca da constitucionalidade da citada Lei. Com efeito, *não sendo o Poder encarregado de elaborar as leis, livre para estabelecer quais os delitos que podem receber os favores de uma transação penal* (pela simples razão de que não dispunha de carta branca para tal!), a questão deve ser resolvida no âmbito do controle da constitucionalidade, com a necessária intervenção do Poder Judiciário. Repita-se: a Constituição é remédio contra maiorias parlamentárias!

No caso em pauta, está-se diante de um típico caso de *declaração de nulidade parcial sem redução de texto*, ou, se quiser, *inconstitucionalidade sem redução de texto*, técnica derivada do direito alemão (*Teilnichtigerklärung ohne Normtextreduzierung*) que, aliás, o Supremo Tribunal já vem adotando em nosso direito.⁵⁹ Muito embora a confusão que se possa fazer entre a declaração de nulidade sem redução de texto com a interpretação conforme a Constituição, deve ficar claro, com Gilmar Ferreira Mendes, que, enquanto nesta se tem, dogmaticamente, a declaração de que uma lei é constitucional

59 Nesse sentido, remeto o leitor aos seguintes julgados do Supremo Tribunal Federal: ADIn n. 319, Rel. Min. Moreira Alves, DJ 30.04.93, p. 7563; ADIn n. 491, Rel. Min. Moreira Alves, RTJ 137, pp. 90 e segs; ADIn 1370-0-DF.

com a interpretação que lhe é conferida pelo órgão judicial, naquela ocorre a expressa exclusão, por inconstitucionalidade, de determinada(s) hipótese(s) de aplicação (**Anwendungsfälle**) do programa normativo sem que se produza alteração expressa do texto legal.⁶⁰

Mais ainda, diz Mendes, se se pretende realçar que determinada aplicação do texto normativo é inconstitucional – e este é o caso em discussão, uma vez que algumas hipóteses penais não podem ser objeto da aplicação da Lei 10.259 – , *dispõe o Tribunal da declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto, que, além de mostrar-se tecnicamente adequada para essas situações*, tem a virtude de ser dotada de maior clareza e segurança jurídica expressa na parte dispositiva da decisão⁶¹ (no caso em exame, o parágrafo único do art. 2º da Lei 10.259 é inconstitucional se aplicável às seguintes hipóteses: abuso de autoridade, desacato etc...; ou, **a contrário sensu**, como constou na decisão da ADIn 491, *a norma impugnada só é constitucional se se lhe der a interpretação que este Tribunal entende compatível com a Constituição*).⁶² É o que se chama de inconstitucionalidade parcial qualitativa.⁶³

Advirta-se que, em sede de controle difuso, a ser feito pelo juiz singular ou pelo órgão fracionário do Tribunal, a fórmula dirá respeito àquele determinado delito (caso concreto) que está sub judice (obviamente se se enquadrar no elenco de infrações que não poderiam ter sido classificadas como “de menor potencial ofensivo”). Assim: a norma do art. 2º parágrafo único da Lei 10.259 é inconstitucional se interpretada no sentido de que o seu âmbito alcance o crime X, por não ser esta uma infração a que se comine o epíteto de “menor potencial ofensivo”; a inclusão da infração X viola o seguinte princípio ou preceito da Constituição... Desnecessário dizer que, na hipótese de controle concentrado, o Supremo Tribunal Federal deverá elencar o conjunto de delitos que devem ser expungidos do sentido da norma.

Não se pode olvidar que a técnica da inconstitucionalidade parcial sem redução de texto (do mesmo que a interpretação conforme a Constituição) objetiva salvar o texto da lei, apenas com uma nova interpretação. Ou seja, *não se está a dizer que todo o parágrafo único do art. 2º da Lei 10.259 é*

60 Cfe. Mendes, Gilmar Ferreira. **Jurisdição Constitucional**. São Paulo, Saraiva, 1998, p. 275.

61 Cfe. Mendes, op.cit., p. 275.

62 Para uma melhor compreensão acerca do funcionamento dos institutos da interpretação conforme e da nulidade parcial sem redução de texto, ver Streck, **Jurisdição Constitucional**, op.cit., p. 512 a 536.

63 Exemplo nesse sentido podem ser vistos nos Acórdãos 75/85, 132/85 e 336/86 do TC de Portugal. Cfe. Streck, **Jurisdição**, op.cit., p.477.

inconstitucional, até porque algumas infrações, de fato, mesmo que suas penas máximas cheguem ao limite de dois anos, corretamente devem estar sob a égide dos Juizados Especiais Criminais. Contesta-se apenas a *inclusão de determinados delitos* que, nem de longe, poderiam ter sido epitetados como “de menor potencial ofensivo”. Desse modo, em tais circunstâncias, ao se aplicar a técnica da nulidade parcial sem redução de texto, o dispositivo permanece vigente, *sendo sua interpretação condicionada a uma releitura constitucional*. Tal possibilidade está prevista na Lei 9.868/99,⁶⁴ onde o legislador reconhece, explicitamente, a possibilidade de o Poder Judiciário aplicar corrigendas aos textos legais aprovados pelo parlamento.

Mas, poderia alguém objetar, se ela, a Lei (parágrafo único do art. 2º) permanece inteiramente vigente no sistema, o que autoriza o Poder Judiciário a não aplicar essa Lei? Somente uma resposta, *in casu*, é possível: *é porque parte dela – isto é, algumas de suas incidências – é inconstitucional*. Consequentemente, em sede de Tribunal de segundo grau, bastará que se aplique a técnica, sem qualquer necessidade de suscitação do respectivo incidente de inconstitucionalidade.⁶⁵ Já em sede de julgamento em primeiro grau, bastará que o juiz faça a aplicação da técnica nos moldes aqui preconizados, uma vez que o controle difuso de constitucionalidade concede essa prerrogativa ao magistrado.⁶⁶ Com efeito, entendo que não há qualquer óbice constitucional que impeça juízes e tribunais de aplicarem a interpretação conforme e a nulidade parcial sem redução de texto.⁶⁷ Entender o contrário

64 Ver, para tanto, Streck, **Jurisdição**, op.cit, em especial cap. 11.

65 Sobre a desnecessidade de suscitação de incidente de inconstitucionalidade nos casos de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto, ver meu **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica**, op.cit, cap. 11.

66 Em face da complexidade que envolve a aplicação das técnicas da interpretação conforme e a declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto, permito-me remeter o leitor ao meu **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica**, op.cit.

67 Veja-se, neste sentido, interessante exemplo advindo do direito espanhol, mais especificamente a sentença 105/88 do Tribunal Constitucional. Nesse julgamento, esteve em discussão a constitucionalidade do art. 509 do Código Penal, que penalizava com pena de prisão todo aquele que fosse detido na posse de *gazúas ou outros instrumentos destinados a praticar furtos e não pudesse dar suficientes explicações acerca de sua aquisição ou posse*. Apreciando um caso concreto, o Tribunal entendeu que aquele texto normativo era contrário à Constituição (princípio da presunção de inocência), qualquer interpretação do tipo penal que castigue a simples posse dos instrumentos idôneos, isto é, “(...) *en cuanto se interprete que la posesión de instrumentos idôneos para ejecutar el delito de robo presume que la finalidad y el destino que les da su poseedor es la ej de tal delito*”. No caso hispânico, o texto permaneceu na íntegra, sendo inconstitucional somente se (ou “enquanto”, “na medida em que” ou “na parte que”, para utilizar a fórmula do Tribunal Constitucional de Portugal) interpretado de determinada maneira.

seria admitir que juízes e tribunais (que não o STF) estivessem obrigados a declarar inconstitucionais dispositivos que pudessem, no mínimo, em parte, ser salvaguardados no sistema, mediante a aplicação das citadas técnicas de controle. Em síntese, *a suscitação do incidente somente tem fundamento quando um texto é expungido do sistema.*

Observo que a Lei 9.868, no parágrafo único do art. 28, ao estabelecer o efeito vinculante às decisões decorrentes do controle abstrato de constitucionalidade, equiparou a declaração de inconstitucionalidade ***stricto sensu*** à declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto e até mesmo à interpretação conforme a Constituição. Isso significa dizer que, no caso específico, qualquer tribunal pode, além de declarar a inconstitucionalidade de uma lei – em sede de acolhimento total ou parcial quantitativa –, entender, por exemplo, que esta é somente parcialmente inconstitucional, permanecendo o dispositivo em sua literalidade. Ou seja, assim como o controle de constitucionalidade não é prerrogativa do Supremo Tribunal, os seus diversos mecanismos – incluídos aí a interpretação conforme e a nulidade parcial – também não o são. *Por que um Juiz de Direito – que, desde a Constituição de 1891 sempre esteve autorizado a deixar de aplicar uma lei na íntegra por entende-la inconstitucional – não pode, também hoje, em pleno Estado Democrático de Direito, aplicá-la tão-somente em parte?* O mesmo se aplica aos Tribunais, que, neste caso, não estão dispensados de suscitar o incidente de inconstitucionalidade, quando se tratar da técnica da nulidade parcial sem redução de texto.

Dito de outro modo, a possibilidade de os tribunais e até mesmo o juiz singular fazer uso dos citados mecanismos fundamenta-se no controle difuso de constitucionalidade. *Impedir esse uso pelos juizes e tribunais inferiores seria restringir a própria modalidade de controle difuso; seria uma espécie de meio-controle.* E não se objete com o exemplo dos Tribunais Constitucionais europeus, como, v.g., o da Alemanha, isto porque, no modelo tedesco, existe o instituto do incidente de inconstitucionalidade, pelo qual toda questão constitucional deve ser submetida diretamente à Corte Constitucional (Lei Fundamental, art. 100, I; Constituição austríaca, art. 140, (1)). Na Alemanha, na Áustria e na Espanha, para citar alguns modelos, *os Tribunais Constitucionais detêm o monopólio do controle de constitucionalidade.*

Observe-se, também, a decisão do Tribunal Constitucional da Alemanha, de 30 de outubro de 1963, interpretando restritivamente o art. 129 do Código Penal, que estabelecia penas de prisão aos membros de associações que promovessem determinadas atividades inconstitucionais. O dispositivo foi considerado válido, desde que se excluísse da noção de “associações” os partidos políticos. Cfe. Béguin, Jean-Claude. **Le contrôle de la constitutionnalité des lois em République Fédérale D’Allemagne.** Paris, Economica, 1982, p.194.

Já no Brasil, não existe esse monopólio *stricto sensu*, em face da vigência do controle difuso (incidental) de constitucionalidade. Desse modo, se entre os vários modos de controlar a constitucionalidade se inserem mecanismos como o da interpretação conforme e o da nulidade parcial sem redução de texto, parece razoável sustentar que tais instrumentos também podem ser manejados no âmbito do controle *incidenter tantum*.

Em apoio à tese da possibilidade de Tribunais e Juizes aplicarem a interpretação conforme a Constituição e a nulidade parcial sem redução de texto vem o texto de Vitalino Canas, para quem, *seja a interpretação conforme a Constituição uma regra para a concretização da Constituição, uma regra de fiscalização da constitucionalidade, ou uma regra de interpretação, sempre o juiz ordinário terá competência para a sua utilização. Na verdade, ele encontra-se diretamente subordinado à Constituição, sendo, também, os Tribunais órgãos de fiscalização da constitucionalidade e competindo-lhes a interpretação da lei.*⁶⁸ No mesmo sentido, Rui Medeiros,⁶⁹ que entende que não há fundamento para atribuir ao fiscal da constitucionalidade (Tribunal Constitucional) uma maior liberdade no recurso à interpretação conforme do que aquela de que dispõem os tribunais em geral.

O exemplo austríaco vem corroborar a tese aqui exposta. Lá, o uso da interpretação conforme não constitui um monopólio do Tribunal Constitucional, não obstante ser um sistema em que não há controle difuso de constitucionalidade. Com efeito, todo o órgão estadual aplicador de normas, especialmente os demais Tribunais Superiores, têm de entender o material jurídico a aplicar em cada caso em conformidade com a Constituição. De referir que, quando o Tribunal Constitucional, no controle abstrato ou concreto de normas, interpreta uma lei em conformidade com a Constituição, ele apenas afasta aquela(s) hipóteses(s) de interpretação que conduz(em) a um resultado inconstitucional. Ao contrário de outros órgãos aplicadores da lei, ele não tem, pois, competência para, sem mais, declarar qual dentre as várias interpretações possíveis conformes a Constituição é a correta. O Tribunal Constitucional devia, desse modo, limitar-se, também ao fazer uso da interpretação conforme a Constituição, à função do “legislador negativo”, não atribuindo à lei um único sentido, a seu ver o mais correto. Ou seja, constitui tarefa do Tribunal Constitucional, no âmbito da interpretação conforme a Constituição

68 Cfe. Canas, Vitalino. **Introdução às decisões de provimento do Tribunal Constitucional**, op. cit., p. 38. Embora o autor trate do sistema jurídico português, é importante notar que, como no Brasil, Portugal adota a dúplice fórmula de controle de constitucionalidade: concentrado e difuso.

69 Cfe. Medeiros, Rui. **A decisão de inconstitucionalidade**. Lisboa, Univ. Católica, 2000, p. 309.

das leis, apenas o afastamento do sentido da lei considerado inconstitucional e não o apuramento de um conteúdo único conforme a Constituição. A prática do Tribunal, no entanto, não observa tais considerações em toda a sua extensão.⁷⁰

Assim, sendo pacífica, pois, no direito comparado, a possibilidade de os tribunais inferiores e os juízes singulares lançarem mão da interpretação conforme a Constituição e da inconstitucionalidade parcial qualitativa (sem redução de texto), há que discutir acerca da necessidade ou não da suscitação do respectivo incidente de inconstitucionalidade pelos órgãos fracionários dos Tribunais da República. Pelas peculiaridades com que se revestem tais institutos, entendo dispensável tal suscitação. Afinal, como bem diz Mendes, quando, pela interpretação conforme, se fixa uma dada interpretação, o Tribunal não declara – nem poderia fazê-lo – a inconstitucionalidade de todas as possíveis interpretações de certo texto normativo. No âmbito da interpretação conforme, a norma não é declarada inconstitucional e sim, constitucional, sendo que esta continuará, após a declaração, carecendo de interpretação em suas outras aplicações e os Tribunais ordinários, que também são competentes para a aplicação do direito, podem desenvolver outras interpretações em conformidade com a Constituição.⁷¹

Em se tratando de decisão de acolhimento parcial qualitativa, isto é, quando uma das incidências (preceito ideal) é abduzida do texto, permanecendo, portanto, o texto em sua integralidade, o raciocínio deve ser o mesmo. Desse modo, a solução está justamente na diferença entre ao que seja inconstitucionalidade parcial qualitativa e inconstitucionalidade parcial quantitativa. Com efeito, enquanto na primeira o texto permanece intacto no sistema, na segunda ocorre a expunção formal de uma parte do dispositivo ou da lei.

Veja-se, neste sentido, interessante exemplo advindo do direito espanhol, mais especificamente a sentença 105/88 do Tribunal Constitucional. Nesse julgamento, esteve em discussão a constitucionalidade do art. 509 do Código Penal, que penalizava com pena de prisão todo aquele que *fosse detido na posse de gazúas ou outros instrumentos destinados a praticar furtos e não pudesse dar suficientes explicações acerca de sua aquisição ou posse*. Apreciando um caso concreto, o Tribunal entendeu que aquele texto normativo era contrário à Constituição (princípio da presunção de inocência), qualquer interpretação do tipo penal que castigue a simples posse dos ins-

70 Cfe. Oberndorfer, Peter. **A justiça constitucional no quadro das funções estaduais**, op. cit., p.159 e segs.

71 Cfe. Mendes, **Jurisdição**, op. cit, p. 228 e 275.

trumentos idôneos, isto é, “(...) *en cuanto se interprete que la posesión de instrumentos idôneos para ejecutar el delito de robo presume que la finalidad y el destino que les da su poseedor es la ejecución de tal delito*”. No caso hispânico, o texto permaneceu na íntegra, sendo inconstitucional somente se (ou “enquanto”, “na medida em que” ou “na parte que”, para utilizar a fórmula do Tribunal Constitucional de Portugal) interpretado de determinada maneira.

Assim, não é o fato de a nulidade parcial sem redução de texto ser uma técnica de controle de constitucionalidade que terá o condão de obrigar a suscitação do incidente de inconstitucionalidade, até porque a interpretação conforme também é um mecanismo de controle e não se há de falar em suscitar incidente para tal. *Na verdade, a característica de sentenças interpretativas é que torna dispensável o incidente*. Apenas um dos sentidos da lei (portanto, repita-se, o texto permanece) é que afrontará a Constituição. O texto, do mesmo modo como ocorre com a interpretação conforme a Constituição, foi otimizado.⁷² Em síntese, *a suscitação do incidente somente tem fundamento quando um texto é expungido do sistema*.

Por último, releva anotar, parafraseando Medeiros e Prüm, que não se justifica aplicar o regime de fiscalização concreta, ou seja, suscitar o incidente de inconstitucionalidade – que é o modo previsto no sistema jurídico brasileiro de aferir a constitucionalidade no controle difuso de forma ***stricto sensu*** – aos casos em que esteja em causa tão-somente a inconstitucionalidade de uma *das possíveis interpretações da lei*, pois o juízo de inconstitucionalidade de uma determinada interpretação da lei não afeta a lei em si mesma, não, pondo em causa, portanto, a obra do legislador.⁷³ De novo, aqui, *a importância da hermenêutica*, no sentido de que a interpretação implica, sempre, um processo de ***applicatio***, ou seja, há sempre uma hipótese em que o texto tem uma determinada incidência, emanando daí, uma norma. Não há um texto que não esteja relacionado com uma determinada “situação” hermenêutica.⁷⁴ Ainda aqui vale referir a uma questão que, de certo modo, já foi exposta, no sentido de que, mesmo que se equipare (como querem autores do porte de Wassilius Skouris, Albert Von Mutius e Karl Bettermann), isto é, mesmo que

72 Observe-se a decisão do Tribunal Constitucional da Alemanha, de 30 de outubro de 1963, interpretando restritivamente o art. 129 do Código Penal, que estabelecia penas de prisão aos membros de associações que promovessem determinadas atividades inconstitucionais. O dispositivo foi considerado válido, desde que se excluísse da noção de “associações” os partidos políticos. Cfe. Béguin, Jean-Claude. **Le contrôle de la constitutionnalité des lois em République Fédérale D’Allemagne**. Paris, Economica, 1982, p.194.

73 Ver, nesse sentido, Medeiros, op. cit., p. 330, e Prüm, Hans Paul. **Verfassung und Methodik**, Berlin, 1977, pp. 188 e segs.

74 Nesse sentido, ver Streck, **Jurisdição**, op.cit.

se dê o mesmo tratamento aos institutos da interpretação conforme a Constituição e à nulidade parcial sem redução de texto, sempre estar-se-á excluindo os sentidos do texto normativo que o conduzem à inconstitucionalidade. Permanece, pois, o texto normativo no sistema, afastando-se tão-somente aquele (ou um dos) sentido(s) contrário(s) à Constituição. Por isso, a desnecessidade da suscitação do incidente.

Em face do exposto, proponho que, na aplicação do parágrafo único do art. 2º da Lei 10.259 *seja declarada a nulidade parcial do aludido dispositivo sem redução de texto, afastando-se a sua incidência nas hipóteses de infrações penais que, efetivamente, não podem ser classificadas como de menor potencial ofensivo*. À toda evidência, a tarefa de especificar o elenco de delitos que devem ser excluídos não é nada fácil. Se de um lado há um leque de infrações que, nitidamente, devem ser excluídas do rol dos crimes que tenham menor potencial ofensivo, há outro conjunto de infrações que ficam em uma zona cinzenta.

Entendo a preocupação de setores da comunidade jurídica com a questão de se retirar a incidência de algumas hipóteses previstas pela Lei. Miranda Coutinho⁷⁵ diz ter sérias dúvidas em deixar para os juízes (ou o judiciário no plano do controle concentrado) a escolha de quais seriam as infrações que não poderiam receber o epíteto de “menor potencial ofensivo”. Segundo o professor paranaense, estar-se-á, assim, retirando do legislador a atribuição constitucional de estabelecer os citados critérios. Muito embora, em tese, haja razões de sobra para essa desconfiança com o Judiciário, há que se entender que a jurisdição constitucional apresenta sempre esse risco, até mesmo quando os juízes (controle difuso) ou o Supremo Tribunal Federal (controle concentrado) atuam como “legislador negativo”. As preocupações de Miranda Coutinho são pertinentes. Entretanto, sou mais otimista. Com efeito, entendo que os mecanismos da interpretação conforme a Constituição e a nulidade parcial sem redução de texto já estão incorporados na tradição do Estado Democrático de Direito (e até mesmo na legislação brasileira – Lei 9.868). Creio que, em sendo a Constituição remédio contra maiorias, há momentos em que – e a história do constitucionalismo é pródigo em exemplos – a justiça constitucional (difusa ou concentradamente) tem a tarefa de corrigir as distorções operadas por leis que desbordam da Constituição. Aliás, o garantismo de Ferrajolli aponta exatamente nessa direção, a partir da distinção entre vigência e validade. Trago à colação, à propósito, julgado da 5ª Câmara Criminal do TJRS, aplicando a técnica da inconstitucionalidade parcial sem

75 Miranda Coutinho, Jacinto Nelson. “Debate acerca da Lei 10.259”. Porto Alegre, 16 de agosto de 2002.

redução de texto:

“Penal. Roubo majorado. Circunstância agravante. Crime cometido contra irmã. Controle da constitucionalidade. Agressão aos princípios da igualdade, secularização e racionalidade. Inconstitucionalidade parcial sem redução de texto do art. 61, inc. II, ‘e’, do Código Penal. – O patrimônio e a integridade da irmã do denunciado, enquanto bens jurídicos, merecem a mesma proteção que é alcançada a qualquer do povo, sob pena de violação ao princípio constitucional da igualdade. – Se a condição parental não facilitou a consumação do crime, tampouco revestiu descumprimento de dever jurídico assistencial ou causou dano psicológico à vítima, não há razão alguma para o acréscimo de pena, pois a valoração de circunstância que em nada altera o juízo de reprovação agride o princípio da racionalidade. – A exasperação da pena, calcada tão-somente no descumprimento de um dever moral de fidelidade de um irmão para com o outro, agride o princípio constitucional da secularização. – Compete ao julgador fiscalizar a constitucionalidade da lei, suprimindo, dentre seus sentidos possíveis, aqueles incompatíveis com os preceitos constitucionais utilizando-se da técnica da inconstitucionalidade parcial sem redução de texto (lição do Prof. Lenio Luiz Streck). – À unanimidade, deram parcial provimento ao apelo” (TJRGS – Ap. 70004388724 – Rel. Des. Amilton Bueno de Carvalho).

Em face do exposto, proponho que, na aplicação do parágrafo único do art. 2º da Lei 10.259 *seja declarada a nulidade parcial do aludido dispositivo sem redução de texto, afastando-se a sua incidência nas hipóteses de infrações penais que, efetivamente, não podem ser classificadas como de menor potencial ofensivo. À toda evidência, a tarefa de especificar o elenco de delitos que devem ser excluídos não é nada fácil. Se de um lado há um leque de infrações que, nitidamente, devem ser excluídas do rol dos crimes que tenham menor potencial ofensivo, há outro conjunto de infrações que ficam em uma zona cinzenta.*

De todo modo, como se trata de aplicar a técnica da inconstitucionalidade parcial sem redução de texto, pela qual retiraremos a incidência do parágrafo único do artigo 2º em alguns tipos penais,⁷⁶ é possível deixar assentado,

76 Na 5ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do RS, a tese da inconstitucionalidade parcial sem redução de texto tem sido rejeitada sob o fundamento de que, na medida em que a norma (art. 2º da Lei 10.259) traz benefícios ao cidadão-réu, a declaração da inconstitucionalidade parcial de algumas incidências “importa em afronta aos princípios básicos do direito penal e inversão da leitura constitucional da legislação penal – interpretação restritiva de norma para beneficiar o débil: dirigida para dentro, na direção autoritária!” (sic) (v.g., por todos, o Proc. n. 70005655584, rel. Des. Amilton Bueno de Carvalho). É possível perceber um nítido viés iluminista na tese esboçada pelo aludido Órgão Fracionário, que nitidamente obstaculiza as possibilidades de extensão da função de proteção penal aos bens de interesse para além da relação inter-

desde já e com razoável margem de segurança, *um rol inicial de delitos que jamais poderiam ter sido epitetados como “de menor potencial ofensivo”*. Ou seja, a pergunta que cabe é: a transgressão a um delito que está umbilicalmente ligado a um bem jurídico protegido pela Constituição pode ser classificado como de menor potencial ofensivo? Se a resposta for negativa, está diante de uma indevida inclusão no rol estabelecido pela Lei 10.259. Assim, não são de menor potencial ofensivo as seguintes infrações penais, que podem ser classificadas em dois grupos: o primeiro diz respeito às infrações com penas até dois anos, previstos no Código Penal e em leis especiais, e o segundo, que abrange o elenco de infrações a que a lei prevê procedimentos especiais. Assim:

6.1.1) Primeiro grupo – infrações previstas no Código Penal e em leis especiais sem previsão de procedimento especial:

a) EXPOSIÇÃO OU ABANDONO DE RESCÉM NASCIDO (art. 134) e SUBTRAÇÃO DE INCAPAZES (art. 249): a inserção destes crimes no rol de infrações de menor potencial ofensivo viola explicitamente os arts. 1º, III, e 227 da CF; a criança e o adolescente recebem especial tratamento constitucional, não podendo o legislador, de forma ficta, retirar a gravidade da ofensividade de tais infrações, existentes no sistema para proteger esses relevantes bens jurídicos.

b) VIOLAÇÃO DE DOMICÍLIO, cometido durante a noite ou em lugar ermo, ou com o emprego de violência ou de arma ou por duas ou mais pessoas (art. 150, parágrafo 1º): não há liberdade de conformação do legislador para transformar esse crime em “quase bagatela”, pela simples razão de que a casa é o asilo inviolável do cidadão, cláusula pétrea constitucional. Não se pode olvidar que há uma contradição em si mesma nessa “inclusão” no rol das infrações de menor potencial ofensivo, traduzido pelo próprio tipo penal: um crime cometido com emprego de violência ou de arma... Logo, há que se indagar: onde está a “lesividade *light*” desse crime?

c) FRUSTRAÇÃO DE DIREITO ASSEGURADO POR LEI TRABALHISTA (art. 203), cuja pena de 1 a 2 anos foi estabelecida recentemente pela Lei 9.777/98: a toda evidência, trata-se de bem jurídico visceralmente ligado aos

individual. No fundo, trata-se da assunção da velha oposição (iluminista) entre Estado e Sociedade (Ferreira da Cunha, Maria da Conceição. **Constituição e Crime – Uma perspectiva da criminalização e da descriminalização**. Porto, Universidade Católica Portuguesa, 1995, pp. 274 e 275), no interior da qual o Estado é visto como intrinsecamente “mau” e o cidadão intrinsecamente “bom”. Ora, é preciso entender que o Direito, inclusive o penal, mudou de feição a partir da própria alteração na função do Estado. De há muito ultrapassamos o Estado Liberal.

capítulo dos direitos sociais previstos na Constituição Federal. Não parece razoável supor que a violação de um direito trabalhista assegurado por lei (leia-se, fundamentalmente, a Constituição da República) possa vir a ser considerado como infração de baixa lesividade (**soft crime**).

d) ATENTADO AO PUDOR MEDIANTE FRAUDE (art. 216): a inclusão deste crime no rol dos que têm menor (ou baixo) potencial ofensivo aponta para a flagrante violação do princípio da dignidade humana e da liberdade sexual. Nem de longe é razoável supor que o legislador tenha liberdade de conformação para “transformar” um delito dessa jaez em um crime passível de transação penal.

e) DESACATO (art. 331), DESOBEDIÊNCIA (art. 359) e FRAUDE PRO-CCESSUAL (art. 347): a inclusão destes crimes no rol de infrações “proto-bagatelares” representa confronto com o princípio da eficiência do Estado (art. 37, caput, da CF), sem mencionar a função do Estado e do Direito enquanto interditos. Parece arrematada ficção (ou irresponsabilidade legislativa) “fa-

Essa alteração de papel (do Direito e do Estado) dá-se quando o Estado, de potencial opositor a direitos fundamentais, torna-se seu protetor e, o mais incrível é “que o Estado se torne amigo dos direitos fundamentais”. (Stern, Staats Rechts – **Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Allgemeine Lehren der Grundrechte**, Bad III/1, München, C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1988, apud Ferreira da Cunha, op.cit., p. 274.) Por tudo isto, não é desarrazoado afirmar, com Paulo Ferreira da Cunha, que o direito penal do Estado Democrático e Social de Direito pode ser visto como uma espécie de “braço armado da Constituição”: “não armado para servir a ela, mas para, imbuído dos seus princípios, servir a sociedade. Ou seja, não é direito de duplicação, mas direito que fundamentalmente estrutura a ordem jurídica e lhe dá uma especial feição. Isto é: não se trata apenas do conhecido fenômeno de constitucionalização do direito penal, mas do reconhecimento do mesmo como matéria que, não sendo de Direito Constitucional próprio sensu, é juridicamente constitucional, ou fundante”. (**A Constituição do Crime**. Coimbra, Coimbra Editora, 1998, pp. 89 e 90). Isto significa assumir a tese de que os bens jurídicos a serem tutelados pelo Direito Penal devem ser buscados na Constituição (compreendida em seu sentido material). Do mesmo modo, isto significa admitir que não há qualquer blindagem em torno do Direito Penal que o proteja da jurisdição constitucional. O legislador não é livre para criminalizar e tampouco para descriminalizar. Do mesmo modo, o legislador não possui carta branca para alterar, sem critérios científicos exsurgentes de um longo processo reflexivo-investigativo, a gravidade das infrações. Observe-se que o STF, recentemente, suspendeu liminarmente dispositivo de Decreto que indultava crimes hediondos, o que demonstra, a toda evidência, a tese aqui sustentada (ver, para tanto, medida cautelar na ADIn n. 2795-6). E parece que ninguém se opôs à tese do STF alegando “violação ao princípio da reserva legal”, de “proteção ao mais débil”, etc. Corretamente, o Supremo Tribunal pôs um claro limite na “liberdade de conformação” do Presidente da República. Repita-se: a lei penal não tem qualquer imunidade em relação a Constituição, mesmo aquela que descriminaliza (registro, aqui, o conhecido acórdão do Tribunal Constitucional da Alemanha - BverfGE 39, 1, 45 -, que declarou inconstitucional legislação que descriminalizou o aborto.) Ou isto, ou teríamos que considerar intocável, v.g., um dispositivo penal que viesse a descriminalizar os delitos de corrupção, sonegação de tributos, estupro, etc. tudo em nome do princípio da legalidade. Não se ignora que a proteção de bens jurídicos não se realiza somente através do Direito Penal.

zer pouco caso” de delitos que objetivam proteger bens jurídicos que dizem respeito ao exercício da autoridade pelo Estado soberano, que deve zelar pela eficiência da administração *lato sensu* e pela probidade administrativa. Numa palavra: admitir que uma fraude processual tenha “menor potencial ofensivo” é colocar uma pá de cal na teoria do bem jurídico!

f) *CRIMES CONTRA ORDEM TRIBUTÁRIA* (art. 2º da Lei 8.137): sua inclusão no rol de infrações de menor potencial ofensivo ofende frontalmente o art. 3º, I, III, 4º, II, da CF, normas-programa que apontam para a construção de um Estado Social, representado por uma sociedade justa e igualitária, com a obrigação da erradicação das desigualdades sociais, pelas quais, à toda evidência, crimes como sonegação de impostos, não podem ser equiparados - e nem receber o mesmo *favor legis* - a crimes como esbulho, dano ou qualquer contravenção penal etc... (aqui, a violação é do art. 5º, caput), além da violação dos princípios constitucionais como da proporcionalidade e da razoabilidade (a Lei 10.259 representa um desvio de finalidade em relação à Lei 8.137); além de que é absolutamente despropositado a Constituição apontar para a realização de um Estado Social, onde está ínsita a tese de que o recolhimento de impostos é um caminho privilegiado da efetivação de direitos sociais (saúde, educação etc), (há, sem dúvida, um dever fundamental de pagar impostos) e ao mesmo tempo uma Lei ordinária (des)classificar o crime de sonegação de tributos para a classe de infrações de “menor potencial ofensivo”, *ao ponto de considerá-lo menos ofensivo que o crime de furto simples*. A violação da Constituição é, mais do que visceral, escandalosa.

g) *CRIMES AMBIENTAIS* (art. 45 da Lei 9.605): esta espécie de tipo penal protege bens jurídicos de terceira geração, albergados no art. 225 da

Sabe-se que o Direito Penal não deve intervir quando há outros meios eficazes para proteger os bens em questão (aqui também não deve ser esquecido e nem subestimado o valor simbólico que representa o Direito Penal enquanto interdito, enquanto limite que separa a civilização da barbárie, questão bem assinalada na metáfora do contrato social em Hobbes e na figura do superego freudiano). Não há precedentes que comprovem que bens jurídicos não insignificantes – bens que, pela tradição, são considerados de média ou alta lesividade – possam ser protegidos tão somente por medidas administrativas ou simulacros de “penas alternativas”, como é o caso da institucionalização das cestas básicas. Por isto, não era livre o legislador pátrio para “dispor” do grau de lesividade” de determinadas infrações, desclassificando a intensidade dessa lesividade a partir de um critério linear representado pela graduação da pena, com o que foram “isonomizadas”, v.g., infrações como lesões corporais leves, perturbação do sossego, maus tratos em animais, notoriamente tidas e reconhecidas como “de menor potencial ofensivo”, com infrações como sonegação de tributos, crimes contra crianças e adolescentes, abuso de autoridade e porte ilegal de arma, notoriamente reconhecidas na tradição como sendo de média e alta potencialidades lesiva. E, na medida em que não havia esta “liberdade de conformação legislativa”, a solução que se apresenta é a correção da anomalia mediante o adequado uso da jurisdição constitucional, através da técnica da inconstitucionalidade parcial sem redução de texto.

CF); a aceitar a tese do legislador, é mais grave – isto é, bem mais grave – “passar” um cheque sem fundos do que incendiar uma floresta. Trata-se de flagrante violação de bens jurídicos de índole transindividual.

h) CRIMES COMETIDOS CONTRA CRIANÇA E ADOLESCENTE (arts. 228, 229, 230, 232, 234, 235, 236, 242, 243 e 244 da Lei 8.069): a inserção destes crimes no rol de infrações de menor potencial ofensivo viola explicitamente os arts. 1º, III e 227 da CF. Uma simples leitura do rol de crimes previstos no ECA e, agora, reunidos sob a denominação de “menor potencial ofensivo”, demonstra o pragmatismo inconseqüente do legislador. Com efeito, como convencer o homem de **la caje**, que o ato de ministrar ou entregar a uma criança produtos que causem dependência física (como substâncias tóxicas), seja um **soft crime**? E o ato de privar a criança ou o adolescente de sua liberdade? É ato a ser considerado de baixa lesividade, a ponto de a punição ser “barganhada”? Não se ignora, aqui, a importância da subsidiariedade. Entretanto, e isto vale para todos os delitos aqui delineados, é exatamente o limite da subsidiariedade que deve ser questionado.

i) CRIME DE PORTE ILEGAL DE ARMA (art.10, caput, e parágrafo primeiro, incisos I, II e III, da 10.437): a inclusão é indevida, por duas razões: primeiro, porque sua inclusão no rol de crimes “quase-insignificantes” representa ato para o qual o legislador não tem liberdade de conformação, por se tratar de conduta criminal que viola um bem jurídico coletivo, na medida em que o uso de arma sem autorização, em hipóteses que não violem a presunção da inocência,⁷⁷ acarretam perigo a terceiros, bastando para tanto examinar as estatísticas acerca da criminalidade; controlar o uso de armas é obrigação do Estado, a partir de uma espécie de antecipação de tutela penal; segundo, porque, em tendo sido alteradas as penas para o porte ilegal de arma, catapultando-o da categoria de contravenção para a categoria de crime, parece evidente que não mais se discute o grau de potencialidade desse tipo de infração. E não pode ser uma penada legislativa que vá ter o condão de “arrefecer” a lesividade da referida infração penal...

6.1.2) Segundo grupo – infrações a que a lei prevê procedimento especial

a) CALÚNIA (art. 138), DIFAMAÇÃO (art. 139) e INJÚRIA (art. 140),

⁷⁷ Sobre o assunto, ver Streck, Lenio Luiz. “O crime de porte de arma à luz da principiologia constitucional e do controle de constitucionalidade”. In: **Revista ITEC** n.1. Porto Alegre, ITEC, 2001.

porque os crimes contra a honra, assim como outras infrações (abuso de autoridade etc.) devem ser analisados a partir de duas questões, que impedem sua inclusão no rol dos Juizados Especiais Criminais. Ou seja, não fosse a impossibilidade de inclusão de determinados tipos de infrações pelas razões já apontadas, há outro obstáculo que impede a competência dos JEC's. Assim, especificamente com relação aos crimes contra a honra, sua inclusão no elenco de delitos de menor potencial ofensivo viola cláusula pétrea constitucional, conforme previsão no art. 5º, X, da Constituição. Fazendo um raciocínio bem simples, é possível dizer que, se a Constituição estabelece a honra como cláusula pétrea, não é possível admitir que o legislador tenha liberdade de conformação para transformar os crimes cometidos contra a honra em infrações de menor potencial ofensivo. A se admitir tal liberdade, admitir-se-á também a própria descriminalização dos crimes contra a honra.

b) CRIMES OCORRIDOS NAS LICITAÇÕES (arts. 93, 97 e 98 da Lei 8.666), porque sua capitulação como de menor potencial ofensivo viola o princípio da moralidade administrativa (art. 37, caput, da CF); parece óbvio que não há qualquer proporcionalidade entre o ato de considerar como de menor potencial ofensivo as infrações que colocam em xeque a lisura do processo de gastos e despesas públicas, que movimentam bilhões de reais a todo ano, que são os crimes decorrentes de fraude em licitações, e o ato de, a **contrario sensu**, considerar como de maior potencial ofensivo o ato de receptar um simples botijão de gás... Fraudar licitações passou a ser **soft crime**; enquanto isto, o furto continua sendo um **hard crime**!!!

c) CRIMES DE ABUSO DE AUTORIDADE, porque sua inserção no elenco das infrações de menor potencial ofensivo é escandalosamente inconstitucional, uma vez que se trata de um delito que tem como bem jurídico fundante a dignidade da pessoa, sua integridade física, não possuindo o legislador qualquer liberdade de conformação para incluir este delito no rol daqueles que podem ser transacionados... Nesse sentido, imagine-se o paradoxo decorrente de uma transação penal envolvendo um ato de abuso de autoridade, cambiável por um módico pagamento de R\$ 120,00 (prestação social alternativa)...

Por derradeiro, releva registrar que *o elenco acima especificado não esgota a matéria*. Trata-se, apenas, de delinear as bases de uma discussão acerca de um rol de infrações que, com uma margem mínima de incerteza, deve ser excluído da classificação de “menor potencialidade ofensiva”.

7) À GUIZA DE CONCLUSÃO – ESCLARECIMENTOS FINAIS

A presente proposição de que se expunja do elenco de delitos aqueles que não poderiam ter recebido o selo de “infrações de menor potencial ofensivo” não significa que, para estes, estar-se-ia apontando a pena de prisão como solução. *Longe disto*.⁷⁸ O que ocorre é que já existe a Lei 9.714, que considerou passíveis de receber o benefício de substituição de penas privativas de liberdade por penas restritivas a todos as penas concretizadas que não ultrapassem o limite de 4 (quatro) anos, e desde que estes não tenham sido cometidos com violência ou grave ameaça à pessoa. Em conseqüência, parece despiciendo alertar para a *diferença que existe entre crimes passíveis de transação*, que têm o condão de até mesmo evitar a ação penal (o que ocorre em 90% dos casos), e *aqueles delitos que, concretizadas as penas, podem receber a substituição da pena por restritivas de direitos*. Portanto, os delitos que, expungidos do rol que os epitetou de menor potencial ofensivo, podem, sempre, receber a substituição de penas por restritivas de direitos. Em caso de descumprimento, há a conversão em pena privativas de liberdade. Não é o caso da transação. O mesmo se diga em relação à suspensão do processo prevista na Lei 9.099.⁷⁹

Refira-se, como reforço, que a necessidade (e a possibilidade) do controle da constitucionalidade das leis com base nos princípios constitucionais (explícitos e implícitos) e das próprias normas “programáticas” tem sido defendida por inúmeros doutrinadores (Canotilho, Jorge Miranda, Bonavides, Bandeira de Mello, Dallari, para citar apenas alguns). Lamentavelmente, os tribunais têm permanecido reticentes e refratários a esse controle. *Sair dos livros e das teses da academia para o mundo vivido, trazendo esse tensionamento para o âmbito do judiciário: este é o desafio e o dilema*. Como bem lembra Fernando Facury Scaff,⁸⁰ qualquer ato ou norma que venha a infringir

78 Aliás, é relevante registrar que há um considerável elenco de infrações que, de fato, necessitam receber o epíteto de “condutas bagatelares” ou infrações de baixa lesividade, às quais se destinam os Juizados Especiais Criminais. Para respeitar a teoria do bem jurídico, parece evidente que o legislador deveria elaborar uma adequada classificação dessas infrações. Conforme já deixei registrado em outros textos (v.g., Tribunal do Júri, 4ª ed., Livraria do Advogado, 2001), as condutas hoje enquadradas como contravenções devem todas sofrer uma redefinição. O atual cenário das condutas contravençionais aponta para uma recepção destas, em face do princípio da secularização do Direito. O Estado não pode punir, criminalmente, vícios e condutas dos cidadãos, questão que fica bem clara à luz do garantismo ferrajjolano.

79 Claro que há sérias dúvidas acerca da própria constitucionalidade da Lei 9.714, que, a exemplo da Lei 10.259, isonomizou delitos absolutamente discrepantes. Mas isto outra questão. Ver, para tanto, meu artigo “As novas penas alternativas à luz da principiologia do Estado Democrático de Direito e do controle da constitucionalidade”. In: A Sociedade, a violência e o direito penal. Ney Faget (org). Poro Alegre, Livraria do Advogado, 2000.

80 Cfe. Scaff, Fernando Facury. “Controle Público e Social da Atividade Econômica”. XVII

os princípios fundamentais da Constituição Federal, como os que estabelecem como objetivos fundamentais a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, que garanta o desenvolvimento nacional erradicando a pobreza e a marginalização e reduza as desigualdades sociais e regionais, deve ser considerado *inconstitucional*, através de controle difuso ou concentrado, por magistrado de qualquer instância, *a fim de permitir que a Constituição prevaleça, e que a vontade do povo ao instituir aquele documento não seja posta de lado*.

E não se diga que, ao restringir o uso da nova Lei, estar-se-á fazendo uma analogia *in malam partem* ou uma interpretação *in pejus*, ou, ainda, uma violação do princípio da legalidade. Não há analogia *in malam partem* em relação ou contra à Constituição. Há que deixar claro, de uma vez por todas, que o legislador não tem discricionariedade para estabelecer tipos, penas e favores legais. Além disto, a lei penal não tem qualquer imunidade em relação à Constituição, mesmo aquela que descriminaliza. Registre-se, aqui, o conhecido acórdão do Tribunal Constitucional da Alemanha (BverfGE 39, 1, 45), que declarou inconstitucional legislação que descriminalizou o aborto (impunidade do crime se ocorrido nos três primeiros meses de gravidez), sob a fundamentação de que o legislador não pode renunciar por completo a proteção mediante o Direito Penal. Em outras palavras, não há liberdade de conformação legislativa nem mesmo em matéria penal, ainda que a lei venha a descriminalizar condutas consideradas ofensivas a bens fundamentais.

Não há, pois, qualquer blindagem que “proteja” a norma penal do controle de constitucionalidade (entendido em sua profundidade, que engloba as modernas técnicas ligadas à hermenêutica, como a interpretação conforme, a nulidade parcial sem redução de texto, o apelo ao legislador etc).

Ou isto, ou teríamos que considerar intocável, por exemplo, um dispositivo legal que viesse a descriminalizar o delito de corrupção, a sonegação de tributos, o estupro, etc., tudo em nome do princípio da legalidade (*norma vigente = norma válida???*)! Não se ignora que a proteção de bens jurídicos não se realiza somente através do Direito Penal. O Direito Penal não deve intervir quando há outros meios de proteger os bens em questão. A pena tem a missão de proteger subsidiariamente os bens jurídicos. Entretanto, não há precedentes que comprovem que bens jurídicos não insignificantes possam ser protegidos tão somente por medidas administrativas. Considero correta a assertiva de Roxin, para quem o legislador deve recorrer, subsidiariamente, à contravenção e à multa administrativa, em vez da incriminação e à pena, somente quando a perturbação social pode ser anulada com a sanção menos

onerosa. É evidente que esse limite é difícil de traçar. Entretanto, assevera, *no campo nuclear do Direito Penal as exigências de proteção subsidiária de bens jurídicos requerem necessariamente um castigo penal em caso de delitos de um certo peso*. Em contrapartida, diz Roxin, ainda que em princípio se incluam condutas como o furto e a fraude (estafa) neste “âmbito nuclear” de exigência de punição por parte do Direito Penal, nada se oporia a que os casos de bagatelas neste campo (p. ex., furto de gêneros comestíveis) fossem tratadas como contravenções.⁸¹ Observe-se, desse modo, que a discussão dos limites entre condutas que devem ser consideradas como crimes e as que devem ser epitetadas como contravenção, primeiramente é de tipo quantitativo; entretanto, quando se ultrapassa o terreno das condutas “bagatelares” – assim entendidas na tradição jurídica – *a discussão necessariamente assumirá foros qualitativos*. E é neste ponto que a Constituição deve ser o *topos* conformador dos critérios de aferição do conceito de “delitos puníveis com pena de prisão, substituíveis por restritivas de direito ou não, e as condutas que podem ficar no âmbito contravençional ou no terreno da transação penal”. *De certo modo, delitos de menor potencial ofensivo nada mais são do que condutas contravençionais*. O problema, portanto, enquanto permanecer no terreno das infrações que, de fato, não oferecem maior potencialidade lesiva, pode ficar restrito – e ser resolvido – *a partir de critérios objetivos-quantitativos; no entanto, quando se tratar de infrações que atinjam bens jurídicos que longe estão daquilo que a tradição tem classificado como infrações bagatelares, está-se, inexoravelmente, diante de uma aferição qualitativa*, razão pela qual deverão ser discutidas as condições de possibilidade, à luz do conceito material de delito, da inclusão ou exclusão de determinadas infrações do conceito de “menor, médio ou maior potencial ofensivo”. Ou seja, o critério quantitativo – utilizado na Lei 10.259 – somente pode vingar no âmbito de uma certa homogeneidade de infrações; *na ocorrência de uma heterogeneidade, o critério deve ser qualitativo*. Nesse sentido, calha a advertência de *Stratenwerth*, em sua palestra inaugural das Jornadas de Professores de Direito Penal realizadas em Basiléia em 1993:

“Que haya que renunciar a la pena, que es la sanción..., más dura que conoce nuestro Derecho, precisamente allí donde estás en juego intereses vitales no sólo de los individuos, sino de la humanidad en su totalidad, es algo que considero... inadmisibile”.

Registre-se, por fim, que a crise que atravessa a dogmática jurídica tem obstaculizado a necessária filtragem hermenêutico-constitucional do direito

81 Cfe. Scaff, Fernando Facury. “Controle Público e Social da Atividade Econômica”. XVII Conferencia Nacional dos Advogados. UERJ. 31.8.99, p.21.

penal. Vigem, ainda, a crença no caráter fetichista da lei, *no interior do qual confunde-se vigência com validade*. Dai a necessária constitucionalização do direito. Por vezes penso dar razão a Jimenez de Azúa, quando disse, certa vez, que, ao se promulgar uma nova Constituição, dever-se-ia fazer novos Códigos, para evitar a aplicação das leis anteriores (fruto do sistema constitucional derogado) ao arrepio do novo fundamento de validade (novo modelo de Direito representado pela nova Constituição). Nessa linha, em vista do total desrespeito ao texto constitucional e permitindo-me ser irônico, acrescentaria ao dizer de Azúa que talvez o constituinte brasileiro de 1988 devesse ter incluído um dispositivo, *determinando que todas as leis que viessem a ser feitas a partir daquela data deveriam respeitar o conteúdo formal e material da Constituição, sob pena de serem inconstitucionais...* Afinal, há que se avisar a comunidade jurídica que princípios valem, regras vigem, como diz Bonavides, e que a violação de um princípio é mais grave do que a violação de uma norma, como assevera Celso Antonio Bandeira de Mello. É necessário, pois, dizer o óbvio: a Constituição constitui; a Constituição estabelece as condições do agir político-estatal. Esse óbvio, porém, utilizando a linguagem heideggeriana, é mera aparência, isto porque o óbvio, para se manter “como” óbvio, deve permanecer oculto. A obviedade exurgirá “como” obviedade a partir de seu desvelamento (alétheia). ◆

A Evolução do Conceito de Dano Moral

ANDRÉ GUSTAVO C. DE ANDRADE

Juiz de Direito. Professor de Direito Civil e Processo Civil da EMERJ

1. Conceito de Dano Moral

Se a existência do direito à indenização por dano moral é, hoje, inquestionável, o mesmo não se pode dizer quanto ao seu conceito e à sua amplitude ou dimensão. A doutrina ainda não assentou, em bases sólidas, o conceito de dano moral. Em conseqüência, a jurisprudência se mostra vacilante no reconhecimento das situações em que se configura essa espécie de dano.

Superando um conceito que se poderia denominar “negativo” ou “excludente”, a doutrina se divide entre os que identificam o dano moral com a “dor”, em sentido amplo – ou, em geral, com alguma alteração negativa do estado anímico do indivíduo –, e os que vêem no dano moral a violação de bem, interesse ou direito integrante de determinada categoria jurídica. Passem-se em revista esses conceitos.

1.1 Conceito negativo ou excludente

A doutrina comumente define o dano moral sob a forma negativa, em contraposição ao dano material ou patrimonial. Procura-se, desse modo, conceituar o dano moral por exclusão.

Na doutrina francesa, Mazeaud e Tunc indicavam que “o dano moral é ‘o que não atinge de modo algum ao patrimônio e causa tão só uma dor moral à vítima’.”⁸²

Savatier definia o dano moral como: “todo sofrimento humano que não resulta de uma perda pecuniária”⁸³.

Na doutrina italiana, Adriano De Cupis recorria a essa conceituação: “O dano não patrimonial não pode ser definido se não em contraposição ao dano patrimonial. Dano não patrimonial, em consonância com o valor negativo de

82 MAZEAUD, Henry y Leon; TUNC, André. **Tratado Teórico y Práctico de la Responsabilidad Civil Delictual y Contractual**. 1961, p. 424.

83 SAVATIER, René. **Traité de la Responsabilité Civile en Droit Français**. 1951. Tomo II, nº 525, p. 92.

*sua expressão literal, é todo dano privado que não pode compreender-se no dano patrimonial, por ter por objeto um interesse não patrimonial, ou seja, que guarda relação com um bem não patrimonial.*⁷⁸⁴

Na doutrina nacional é freqüente o emprego da conceituação negativa. Segundo Aguiar Dias: “Quando ao dano não correspondem as características do dano patrimonial, dizemos que estamos em presença do dano moral.”⁷⁸⁵

Para Pontes de Miranda: “Dano Patrimonial é o dano que atinge o patrimônio do ofendido; dano não patrimonial é o que, só atingindo o devedor como ser humano, não lhe atinge o patrimônio.”⁷⁸⁶

Wilson Mello da Silva desse modo definia os danos morais: “São lesões sofridas pelo sujeito físico ou pessoa natural de direito em seu patrimônio ideal, entendendo-se por patrimônio ideal, em contraposição a patrimônio material, o conjunto de tudo aquilo que não seja suscetível de valor econômico.”⁷⁸⁷

Agostinho Alvim adotou conceito expresso por Scialoja: “Dano moral ou não patrimonial é o dano causado injustamente a outrem, que não atinja ou diminua o seu patrimônio.”⁷⁸⁸

Esse modo de conceituar o dano moral nada esclarece a respeito de seu conteúdo e não permite uma correta compreensão do fenômeno. Define-se essa espécie de dano com uma idéia negativa, algumas vezes acompanhada de uma fórmula redundante, que busca explicar o fenômeno usando expressões que fazem alusão ao aspecto moral do dano, sem verdadeiramente explicá-lo.

Justa, pois, a crítica de Gabriel Stiglitz e Carlos Echevesti à conceituação negativa: “Diz-se que dano moral é o prejuízo que não atinge de modo algum o patrimônio e causa tão-somente uma dor moral à vítima. Esta é uma idéia negativa (ao referir por exclusão que os danos morais são os que não podem considerar-se patrimoniais) e tautológica, pois ao afirmar que dano moral é o que causa tão-somente uma dor moral, repete a idéia com uma troca de palavras.”⁷⁸⁹

1.2 Dano moral como dor ou alteração negativa do estado anímico, psicológico ou espiritual da pessoa

84 DE CUPIS, Adriano. **El Dano – Teoria General de la Responsabilidad Civil**. 1975, p. 122.

85 AGUIAR DIAS, José de. **Da Responsabilidade Civil**. 1987. Vol. II, p. 852.

86 MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito Privado**. 1959. Tomo XXVI, p. 30.

87 MELLO DA SILVA, Wilson. 3ª ed. **O Dano Moral e a sua Reparação**. 1999, nº 1.

88 ALVIM, Agostinho. **Da Inexecução das Obrigações e suas Conseqüências**. 1949, nº 157, p. 195.

89 STIGLITZ, Gabriel A. / ECHEVESTI, Carlos A. **Responsabilidad Civil**. 1993, p. 237.

Buscando adentrar o próprio conteúdo do dano moral, parte da doutrina apresenta definições que têm, em comum, a referência ao estado anímico, psicológico ou espiritual da pessoa. Identifica-se, assim, o dano moral com a dor, em seu sentido mais amplo, englobando não apenas a dor física, mas também os sentimentos negativos, como a tristeza, a angústia, a amargura, a vergonha, a humilhação. É a dor moral ou o sofrimento do indivíduo.

Segundo Jorge Bustamante Alsina: “Pode-se definir o dano moral como a lesão aos sentimentos que determina dor ou sofrimentos físicos, inquietação espiritual, ou agravo às afeições legítimas e, em geral, a toda classe de padecimentos insuscetíveis de apreciação pecuniária.”⁹⁰

Aguiar Dias, reproduzindo lição de Minozzi, observa que para caracterizar o dano moral impõe-se compreendê-lo em seu conteúdo, que: “...não é o dinheiro nem coisa comercialmente reduzida a dinheiro, mas a dor, o espanto, a emoção, a vergonha, a injúria física ou moral, em geral uma dolorosa sensação experimentada pela pessoa, atribuída à palavra dor o mais largo significado.”⁹¹

Silvio Rodrigues refere-se ao dano moral como: “a dor, a mágoa, a tristeza infligida injustamente a outrem.”⁹²

Antonio Chaves, tratando do dano moral, afirma que: “Seu elemento característico é a dor, tomado o termo em seu sentido amplo, abrangendo tanto os sofrimentos meramente físicos, como os morais propriamente ditos.” Assim sendo, apresenta a seguinte definição: “Dano moral, portanto, é a dor resultante da violação de um bem juridicamente tutelado, sem repercussão patrimonial. Seja a dor física – dor-sensação, como a denomina Carpenter – nascida de uma lesão material; seja a dor moral – dor-sentimento – de causa material.”⁹³

Para Carlos Alberto Bittar, os danos morais: “se traduzem em turbações de ânimo, em reações desagradáveis, desconfortáveis ou constrangedoras, ou outras desse nível, produzidas na esfera do lesado.”⁹⁴

Antonio Jeová Santos, mais explícito, entende que: “A existência do dano moral exige a alteração no bem-estar psicofísico. Modificação capaz de gerar angústia, menoscabo espiritual, perturbação anímica e algum detrimento que

90 ALSINA, Jorge Bustamante. **Teoria General de La Responsabilidad Civil**. 1993, p. 97.

91 AGUIAR DIAS, José de. *Op. cit.*, p. 852.

92 RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil. Responsabilidade Civil**. 1989. Vol. 4, p. 206.

93 CHAVES, Antonio. **Tratado de Direito Civil**. 1985. Vol. III, p. 607.

94 BITTAR, Carlos Alberto. **Reparação Civil por Danos Morais**. 1994, p. 31.

não tem ênfase no patrimônio.⁹⁵

Todas essas definições trazem em comum a identificação do dano moral com alterações negativas no estado anímico, psicológico ou espiritual do lesado. Para essa corrente doutrinária, portanto, não há dano moral sem dor, padecimento ou sofrimento (físico ou moral).

Tais estados psicológicos, porém, constituem não o *dano* em si, mas sua *conseqüência* ou *repercussão*. Confunde-se o dano com o resultado por ele provocado. Dano moral e dor (física ou moral) são vistos como um só fenômeno. Mas o dano (fato logicamente antecedente) não deve ser confundido com a impressão que ele causa na mente ou na alma da vítima (fato logicamente subsequente).

O equívoco dessa conceituação é percebido com a constatação de que as perdas patrimoniais também podem provocar padecimento ou sofrimento. O devedor que deixa de pagar a sua dívida pode, com isso, trazer angústia e preocupação ao credor, que contava com a quantia que lhe era devida. O empreiteiro que não entrega a obra no prazo pode provocar grande irritação ao contratante do serviço. O condômino que litiga com o condomínio ou com o vizinho em razão de infiltrações existentes em seu imóvel passa por grandes constrangimentos e aborrecimentos. Em nenhum desses casos, no entanto, é possível vislumbrar, *a priori*, a existência de um dano moral. Pelo menos não de acordo com o senso médio.

Roberto Brebbia, com propriedade, já assinalara que mesmo uma ofensa a um direito patrimonial pode ocasionar no titular do direito ofendido uma comoção ou perturbação psíquica: um atentado contra o direito de propriedade pode trazer como conseqüência, a par da lesão patrimonial, uma dor moral produzida pelo desprezo alheio ao seu direito⁹⁶.

Ihering, lembrado por Brebbia, observava, há mais de um século, que a dor moral provocada pela ofensa ao direito subjetivo em geral era o que comumente impulsionava o indivíduo ofendido em seu direito a lutar contra a injustiça. Em sua clássica obra **A Luta pelo direito**, Ihering, fazendo referência à dor causada pela lesão ao direito subjetivo, pontificava que: “Quem nunca sentiu essa dor, em si mesmo ou em outrem, ainda não compreendeu o que é o direito, mesmo que saiba de cor todo o Corpus Juris.”⁹⁷

As dores, angústias, aflições, humilhações e padecimentos que atingem a vítima de um evento danoso não constituem mais do que a conseqüência ou repercussão do dano (seja ele moral ou material). A dor sentida em razão

95 SANTOS, Antonio Jeová. *Op. cit.*, p. 99.

96 BREBBIA, Roberto H. **El Daño Moral**, p. 94.

97 IHERING, Rudolf Von. **A Luta pelo Direito**. 1987, p. 58.

da morte do cônjuge, a humilhação experimentada por quem foi atingido em sua honra, a vergonha daquele que ficou marcado por um dano estético, a tensão ou a violência experimentados por quem tenha sido vítima de um ataque à sua vida privada são, como observa Eduardo Zannoni, “estados de espírito de algum modo contingentes e variáveis em cada caso e que cada qual sente ou experimenta a seu modo.”⁹⁸

1.3 Dano moral como lesão a determinada categoria de direitos

As mudanças no estado de alma do lesado, decorrentes do dano moral, não constituem, pois, o próprio *dano*, mas *efeitos* ou *resultados* do dano. Esses efeitos ou resultados seriam decorrência⁹⁹ do dano moral, que lhes é antecedente.¹⁰⁰

O dano moral, dentro dessa concepção, é caracterizado pela ofensa a uma dada categoria de interesses ou direitos – os quais, comumente, provocam as conseqüências, os efeitos ou os resultados que parte da doutrina confunde com o próprio dano.

Brebbia observa que: “De todas as classificações que se formulam a respeito dos danos reconhecidos pelo Direito, é, sem deixar lugar à menor dúvida, a mais importante, a distinção que se efetua tendo em conta à natureza do direito violado, ou, o que é a mesma coisa, do bem jurídico menoscabado.”¹⁰¹

Impõe-se, portanto, identificar que interesses ou direitos são esses cuja violação dá ensejo à reparação moral.

1.3.1 O surgimento dos direitos da personalidade

Muito se debate acerca dos chamados “direitos da personalidade”.¹⁰² Par-

98 ZANNONI, Eduardo A. **El Daño en la Responsabilidad Civil**. 1993, p. 290. Conclui o Zannoni que: “O que define o dano moral não é, em si, a dor ou os padecimentos. Esses serão ressarcíveis à condição de que sejam provocados pela lesão a uma faculdade de atuar que impede ou frustra a satisfação ou gozo de *interesses não patrimoniais reconhecidos à vítima do evento danoso pelo ordenamento jurídico*. E estes, é prudente reiterá-lo, podem estar vinculados tanto a direitos patrimoniais como a direitos extrapatrimoniais.”

99 Não necessária, como se verá adiante.

100 Apenas do ponto de vista lógico, mas não necessariamente cronológico, já que, em muitas situações, como se verá adiante, pode o dano moral surgir com a própria alteração do estado anímico do ofendido.

101 BREBBIA, Roberto H. *Op. cit.*, n° 21, p. 67.

102 A denominação “direitos da personalidade” é a preferida em nossa doutrina. Carlos Alberto Bittar relaciona outras denominações: “direitos essenciais da pessoa”, “direitos subjetivos

te da doutrina considera-os como direitos inatos ou inerentes ao homem, existentes independentemente do direito positivo, que se limita a reconhecê-los e sancioná-los, conferindo-lhes maior visibilidade e dignidade. Assim, antes mesmo da positivação estatal os direitos da personalidade já seriam passíveis de proteção jurídica.¹⁰³

O triunfo do liberalismo e a influência da Escola do Direito Natural – no qual o direito natural desfrutava a primazia sobre o direito positivo – deram impulso à concepção de direitos “inatos”, “originários” e “irrenunciáveis” do homem. Cunhou-se a idéia de um direito geral derivado da personalidade humana como *ius in se ipsum*, à feição de um mero poder da vontade individual, “mais reivindicado face ao Estado do que em relações de alteridade com os demais indivíduos”.¹⁰⁴

A idéia de um direito inato, de caráter universal, foi recusada pela Escola Histórica. O Positivismo Jurídico, por seu turno, negou a existência de um direito de personalidade de caráter geral, reconhecendo, como direitos (subjetivos) apenas aqueles positivados pelo Estado.¹⁰⁵

Essa crítica do positivismo jurídico aos direitos inatos ou naturais redundou na consagração legislativa de “direitos especiais da personalidade”, com vistas à proteção de bens ou interesses jurídicos de personalidade específicos, como a vida, o corpo, a saúde, a liberdade, a honra.

A idéia de um “direito geral de personalidade” reemergiu a partir da segunda metade do século passado, com o fim da segunda grande guerra. O impacto causado pelas atrocidades cometidas no conflito mundial e o crescimento da sociedade de consumo levaram a uma busca pela ampliação da tutela da personalidade humana. A tutela de aspectos particulares da personalidade se mostrou insuficiente para a proteção do homem na sociedade atual. Passaram as constituições e os textos infraconstitucionais de diversos países, então, a admitir a existência de um direito geral de personalidade,¹⁰⁶ sem deixar de enfatizar algumas de suas expressões particulares.

essenciais”, “direitos à personalidade”, “direitos essenciais (ou fundamentais) da pessoa”, “direitos personalíssimos” (**Os Direitos da Personalidade**. 2000, p. 3).

103 Esse é o entendimento de Carlos Alberto Bittar, que se insere francamente entre os adeptos do Direito Natural. Observa que o direito não se reduz às normas positivas, nem o Estado é o único definidor e identificador dos direitos. O Estado, na verdade, tem por papel “reconhecer os direitos que a consciência popular e o direito natural mostram.” (*idem*, p. 8)

104 V. CAPELO DE SOUZA, Rabindranath Valentino Aleixo. (**O Direito Geral de Personalidade**. 1995, p. 81).

105 V. CAPELO DE SOUZA, Rabindranath Valentino Aleixo (*ibidem*).

106 V. CAPELO DE SOUZA, Rabindranath Valentino Aleixo (*idem*, p. 85).

Seguindo essa tendência global, a nossa Constituição Federal, no art. 1º, III, estabeleceu como um dos fundamentos da República a *dignidade da pessoa humana*, expressão síntese dos atributos que compõem a pessoa e que apela ao respeito ao indivíduo, enquanto tal, nas diversas e complexas manifestações de sua personalidade.

Além disso, o já mencionado inciso X do art. 5º da Constituição da República faz alusão a direitos especiais da personalidade: a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas. Outros dispositivos constitucionais aludem a atributos especiais da personalidade, como o inciso III do art. 5º, segundo o qual “ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante”; o inciso XLIX do mesmo artigo, que assegura aos presos o “respeito à integridade física e moral”; os incisos IV e IX, que asseguram a liberdade de manifestação e expressão; o inciso VIII, que assegura a liberdade de crença religiosa ou convicção filosófica ou política. A doutrina já observou que essa enumeração é meramente exemplificativa.¹⁰⁷

Refoge aos limites e objetivos do presente trabalho o exame aprofundado dos denominados direitos da personalidade, cujo estudo, como reconhece Carlos Alberto Bittar, está eivado de dificuldades¹⁰⁸, principalmente no que se refere à sua extensão ou enumeração¹⁰⁹.

Mais que à lei, cabe à doutrina e à jurisprudência a identificação e definição dos direitos da personalidade, que se encontram em constante expansão. A cada dia um novo aspecto da personalidade humana é destacado e elevado à condição de interesse juridicamente protegido. Por isso, qualquer tentativa de enumeração exaustiva desses direitos estaria fadada ao fracasso.

A impossibilidade de enumerar os diversos atributos da personalidade passíveis de proteção talvez decorra de que a personalidade não constitui,

107 Segundo Caio Mário da Silva Pereira: “Aludindo a determinados direitos, a Constituição estabeleceu o mínimo. Não se trata, obviamente de *numerus clausus*, ou enumeração taxativa. Esses, mencionados nas alíneas constitucionais, não são os únicos direitos cuja violação sujeita o agente a reparar. Não podem ser reduzidos, por via legislativa, porque inscritos na Constituição. Podem, contudo, ser ampliados pela legislatura ordinária, como podem ainda receber extensão por via de interpretação, que neste teor recebe, na técnica do Direito Norte Americano, a designação de *construction*.” (**Responsabilidade Civil**. 1990, p. 65).

108 BITTAR, Carlos Alberto. **Os Direitos da Personalidade**. 2000, p. 1.

109 Essa dificuldade é remarcada por Rabindranath V. A. Capelo de Souza, segundo o qual: “A determinação do conteúdo do bem da personalidade juridicamente relevante é um problema *jurídico-positivo*, cuja solução só pode retirar-se a partir da correcta interpretação, integração e sistematização dos comandos concretos ou dos princípios gerais de cada ordenamento jurídico. Mas é também um problema de *compreensão científico-cultural*, (...) face a complexidade, à dinâmica e à ilimitabilidade da personalidade humana” (op. cit., p. 118).

em si, um “direito”, mas, como sustenta Pietro Perlingieri, um “valor” (o valor fundamental do ordenamento) que: “está na base de uma série aberta de situações existenciais, nas quais se traduz a sua incessantemente mutável exigência de tutela.”¹¹⁰

Todavia, conforme observa Brebbia¹¹¹, a imprecisão reinante acerca dos atributos que integram a personalidade não pode constituir obstáculo ao reconhecimento, hoje, da existência de um conjunto de direitos ou faculdades que, por suas características próprias, se diferenciam claramente dos direitos patrimoniais e devem ser tutelados juridicamente da forma mais ampla possível.

1.3.2 Dano moral como lesão a direito da personalidade

Válido, portanto, concluir que o dano moral está relacionado à violação de uma classe especial de direitos: os direitos da personalidade ou personalíssimos.

A noção de dano moral como lesão a direito da personalidade é difundida por grande parte da doutrina. Para o Professor Sergio Cavaliere Filho: “o dano moral é lesão de bem integrante da personalidade, tal como a honra, a liberdade, a saúde, a integridade psicológica, causando dor, sofrimento, tristeza, vexame e humilhação à vítima.”¹¹²

No ensino de Carlos Alberto Bittar: “Qualificam-se como morais os danos em razão da esfera da subjetividade, ou do plano valorativo da pessoa na sociedade em que repercute o fato violador, havendo-se, portanto, como tais aqueles que atingem os aspectos mais íntimos da personalidade humana (o da intimidade e da consideração pessoal), ou o da própria valoração da pessoa no meio em que vive e atua (o da reputação ou da consideração social).”¹¹³

Yussef Said Cahali, citando lição de Dalmartello, pondera que: “Parece mais razoável, assim, caracterizar o dano moral pelos seus próprios elementos; portanto, ‘como a privação ou diminuição daqueles bens que têm um valor precípuo na vida do homem e que são a paz, a tranqüilidade de espírito, a liberdade individual, a integridade individual, a integridade física, a honra e os demais sagrados afetos’.”¹¹⁴

110 PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil**. 1999, p. 155.

111 BREBBIA, Roberto H. *Op. cit.*, p. 61.

112 CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 1998, p. 74.

113 BITTAR, Carlos Alberto. *Op. cit.*, p. 41.

114 CAHALI, Yussef Said. **Dano Moral**. 1998, p. 20.

Antonio Jeová Santos observa que: “Num sistema que coloca o homem como epicentro do Direito, o reconhecimento do dano moral, como entidade passível de gerar indenização, é o coroar do reconhecimento dos direitos da personalidade.”¹¹⁵

Brebbia, coerente com toda a sua argumentação, considera morais ou extrapatrimoniais: “aqueles danos produzidos à raiz da violação de algum dos direitos da personalidade.”¹¹⁶

Grande parte da dificuldade na aceitação da indenizabilidade da ofensa aos bens da personalidade independentemente da repercussão que essa ofensa produza no estado psicológico ou no espírito da pessoa reside na própria denominação a essa espécie de dano. O vocábulo “moral” remete aos domínios do espírito humano, o que sugere que o dano moral seja aquele que invade e afeta esses domínios.

Mais adequada, talvez, fosse a denominação de *dano à pessoa*, para assinalar a idéia de ofensa a algum dos atributos da personalidade. Nos países da **common law** é corrente a distinção entre *dano à pessoa (personal tort)* – abrangendo os danos em geral à pessoa, à sua reputação, aos seus sentimentos – e *dano à propriedade (property tort)* – envolvendo danos à propriedade e ao patrimônio material em geral.

Mas essa denominação certamente também não estaria livre de críticas, porque, do ponto de vista semântico, a expressão *dano à pessoa* não é excludente dos *danos patrimoniais indiretos decorrentes da lesão sofrida pela pessoa*. A doutrina italiana, aliás, vê no dano a pessoa um **tertium genus**, mais amplo que o dano moral (em sua concepção de dor) e o dano patrimonial, porque engloba aspectos de ambos, sem com eles se confundir.¹¹⁷ A denominação *dano extrapatrimonial* também não se afigura adequada, porque remete ao conceito negativo do dano (não patrimonial), sem aludir à essência do fenômeno.

Já se enraizou em nossa tradição a expressão dano moral, que é a empregada pela nossa Constituição e por diversos diplomas legais (em especial pelo novo Código Civil). É, também, expressão disseminada, nos países de tradição romano-germânica. Na França, **dommage moral** ou **préjudice moral**; na Espanha, **daño moral**; na Itália, **danno morale**. O fundamental é que

115 SANTOS, Antonio Jeová. *Op. cit.*, p. 57.

116 BREBBIA, Roberto H. *Op. cit.*, p. 76.

117 “O dano à pessoa (entendido em sentido amplo) é uma noção que contempla todo o conjunto de danos, patrimoniais ou não, que um sujeito sofre em consequência de um ato ilícito”. (“*Il danno alla persona: evoluzione e disciplina*”). In <http://www.giustizia-italiana.it/articoli/dannobiologico.htm#quattro>.

o rótulo não provoque engano quanto ao produto.

1.3.3 A apontada distinção entre *atividade lesiva* e *dano moral*

Em oposição à tese de que o dano moral reside na ofensa a direito da personalidade, argumenta-se que o fundamental na definição do conceito é, exatamente, a impressão causada pelo ato lesivo no espírito da vítima, porque o dano é, conceitualmente, efeito de algum acontecimento, ou seja, é o efeito produzido pelo ato danoso ou lesivo. Por esse ângulo, nenhuma importância teria a natureza ou a índole dos direitos lesionados para a determinação da espécie de dano. O dano moral, assim, residiria justamente na impressão psíquica decorrente da ofensa.

Esse entendimento foi manifestado de forma expressa por Aguiar Dias: “A distinção [entre o dano patrimonial e o dano moral], ao contrário do que parece, não decorre da natureza do direito, bem ou interesse lesado, mas do efeito da lesão, do caráter da sua repercussão sobre o lesado. De forma que tanto é possível ocorrer dano patrimonial em consequência de lesão a um bem não patrimonial como dano moral em resultado de ofensa a bem material.”¹¹⁸ Em outra passagem de sua obra, Aguiar Dias assinala, enfaticamente, essa idéia: “Ora, o dano, já o dissemos, é uno, e não se discrimina em patrimonial e extrapatrimonial em atenção à origem, mas aos efeitos.”¹¹⁹

Para distinguir o dano moral do material haveria, pois, que verificar os efeitos ou consequências do ato lesivo: se este vem a causar uma diminuição no patrimônio, configura-se o dano patrimonial ou material, nada importando a natureza do direito lesionado; se, por outro lado, o ato lesivo nenhum efeito tem sobre o patrimônio, mas causa sofrimento, atingindo a pessoa em seus interesses morais tutelados por lei, o dano é moral ou imaterial.¹²⁰

De acordo com essa tese, haveria que distinguir a *lesão* (ou *atividade lesiva*) do *dano* propriamente dito. Este último (o dano) é o resultado provocado por aquela (a lesão ou atividade lesiva).¹²¹ Tanto em relação ao dano material

118 AGUIAR DIAS, José de. **Da Responsabilidade Civil**. 1987, p. 852.

119 *Idem*, p. 865.

120 É o pensar de Alfredo Orgaz (**El Dano Ressarcible. Actos Ilícitos**. 1952, p. 223).

121 Aguiar Dias assinala a distinção entre dano e lesão, inclusive no que respeita ao dano moral: “Dano moral, digamos, talvez escusadamente, mais uma vez, é a reação psicológica à injúria, são as dores físicas e morais que o homem experimenta em face da lesão.” (*op. cit.*, p. 865). Mais à frente, reafirma seu ponto de vista: “Entendemos que o fato de se apresentarem, na mesma lesão, o dano moral e o dano material não cria categoria nova de dano, isto é, um dano misto. Aqui se mostra que a distinção entre lesão e dano, que parece escusada, não deixa de apresentar serventia: a lesão tem, não há dúvida, duplo caráter, e não há senão admiti-la como terceira espécie, ao lado das lesões patrimoniais e morais. Mas o dano pode ser patrimonial ou

como em relação ao dano moral, o que seria indenizável é o *dano (resultado danoso)*, não a *lesão (atividade lesiva)* do responsável.¹²²

Por esse ponto de vista, o dano moral não consistiria, por exemplo, na ofensa à honra em si (essa seria a atividade lesiva ou danosa), mas na impressão que essa ofensa tenha causado no espírito do ofendido (resultado da atividade lesiva).

A falha da argumentação se encontra exatamente na analogia (de todo imperfeita) que se pretende fazer entre o dano moral e o dano patrimonial. A diversidade de natureza dos bens atingidos impossibilita a aproximação das duas espécies de dano.

A associação do dano moral à dor, ao sofrimento ou a outros sentimentos negativos decorre da concepção usual de que o dano se identifica, sempre, com alguma alteração naturalística (ainda que no plano psicológico) provocada por algum comportamento ou acontecimento.

Induvidosamente, concorre para essa noção o sentido vulgar do vocábulo dano. Os léxicos indicam, como sinônimos ou termos correlatos: prejuízo, ruína, estrago, avaria, prejuízo, amassado, fratura, machucado, arranhão, perda de qualidade, deterioração, perda, diminuição.¹²³

Para o direito, no entanto, o significado vulgar de dano não engloba todas as manifestações possíveis do dano moral. Na verdade, a associação do dano a algum acontecimento natural (físico ou psicológico) é apropriada para a identificação de uma espécie de dano, qual seja, o *dano material* ou *patrimonial*, que, em sentido estrito¹²⁴, corresponde a um *estrago* ou *avaría*, a uma *diminuição* ou *perda*. Essa associação mostra-se inadequada, no entanto, para explicar o dano moral.

Rechaçando a distinção entre atividade lesiva e dano moral, Zannoni, com agudeza, argumenta que os bens patrimoniais, as coisas, os direitos de crédito, são “meios” econômicos de que se serve o homem para satisfazer seus interesses; por outro lado, os bens extrapatrimoniais ou direitos da personalidade são “fins” em si mesmos. Decorre dessa diferença que se pode conceber um homem mais rico ou com mais fortuna econômica que outro, mas não é possível conceber um homem com mais direito à “integridade

moral.” (*ibidem*, nota 1.330).

122 Eduardo Zannoni confere destaque à polêmica, refutando a distinção (*op. cit.*, p. 291).

123 Cf. a definição do vocábulo no **Dicionário Eletrônico Houaiss da Língua Portuguesa**. 2001. Editora Objetiva.

124 Em sentido amplo, os danos materiais englobam não apenas aquilo que o ofendido efetivamente perdeu, mas, também, de acordo com o art. 402 do novo Código Civil, “o que razoavelmente deixou de lucrar”.

pessoal”, ou com mais “honra”, mais “vida”, mais “imagem” do que outro.¹²⁵

Os bens patrimoniais podem ser quantificados, por constituírem *meios* para a satisfação humana. Podem, então, ser medidos ou avaliados, para que se constate de que *meios* foi a vítima privada, a fim de que se recomponha a perda. Já os bens extrapatrimoniais, em seu conjunto, são *fins* em si mesmo, porque expressões do próprio homem. Não podem ser quantificados em “mais” ou “menos”. Por essa razão, uma vez atingido o bem extrapatrimonial, consumado estará o dano,¹²⁶ independentemente de qualquer impressão psíquica ou dor espiritual.

2. A Aptidão dos Direitos da Personalidade para Gerar Vantagem Econômica

A violação dos bens ou direitos da personalidade também pode provocar dano material, como, aliás, é reconhecido nos incisos V e X do art. 5º da Constituição Federal, os quais aludem não só a dano moral, mas também ao dano material decorrente de ofensa à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem das pessoas.

De fato, não é raro, *v. g.*, que a ofensa à honra, à imagem ou à intimidade venha a ocasionar um prejuízo econômico à vítima. Imagine-se a hipótese da artista que deixa de celebrar contrato de publicidade de determinado produto infantil em razão de publicação em jornal sensacionalista de fotografia sua, sem roupas, no recinto de sua casa, tirada clandestinamente por terceiro, com teleobjetiva. A par do dano moral, consistente no ataque à sua intimidade, a vítima também teria sofrido prejuízo econômico.

Ante essa possibilidade, pode-se argumentar que a natureza dos bens jurídicos violados – a intimidade e a imagem (bens integrantes da personalidade) – não seria hábil para identificar o dano como moral.

A um tal argumento se responderia que os bens ou direitos personalíssimos, embora não sejam alienáveis ou estimáveis pecuniariamente, podem ter um valor econômico, na medida em que venham a constituir instrumento gerador de lucro ou vantagem econômica para seu titular. Isso não significa que tais bens integrem, por natureza, o patrimônio econômico ou material da pessoa, ou possam ser reduzidos à categoria de bens ou direitos patrimoniais.

Não desnatura o bem personalíssimo a sua aptidão para gerar vantagem econômica. Assim, a imagem, que é integrante da personalidade, pode ser

125 ZANNONI, Eduardo A. (*op. cit.*, p. 292).

126 ZANNONI, Eduardo A. (*op. cit.*, p. 293).

usada com fins econômicos por seu titular, como o faz um artista ou modelo; o nome pode ser fonte de lucro para a pessoa; a integridade física pode ser indispensável para o exercício da profissão, como no caso do pianista, que depende das mãos, ou do jogador de futebol, que depende das pernas.

Pode-se, pois, afirmar que o dano patrimonial pode ou não *decorrer* (ser conseqüência) da ofensa a um bem personalíssimo, enquanto que o dano moral sempre *consistirá* na própria ofensa a um bem dessa natureza.

3. A Cumulabilidade dos Danos Moral e Material

A constatação de que os bens personalíssimos são aptos a gerar vantagem econômica desfez a antiga polêmica acerca da cumulabilidade dos danos moral e material decorrentes do mesmo fato.

A ofensa à honra, *v.g.*, a par do dano moral, pode abalar o prestígio da vítima e causar a sua ruína.

A ofensa à integridade física pode, a um só tempo, causar dano moral e patrimonial, este último consistente nas despesas de tratamento e na eventual incapacidade laborativa da vítima.

A morte do pai de família, além do dano moral decorrente do desaparecimento do ente querido, pode trazer, para o companheiro sobrevivente e para os filhos, dano material, consistente na perda do sustento ou amparo econômico.

A cumulabilidade do dano moral com o material decorrentes do mesmo fato é reconhecida pacificamente pela jurisprudência do STJ, que editou a Súmula 37: “São cumuláveis as indenizações por dano material e dano moral oriundos do mesmo fato.”

Contudo, no exame dos casos de ofensa a bens da personalidade, há que ter cuidado quanto à real ocorrência de dano material. A jurisprudência de nossos tribunais, em casos de morte de filho menor que não exercia atividade remunerada tem reconhecido o direito dos pais à indenização por dano material. O Supremo Tribunal Federal, a respeito, editou a Súmula 491: “É indenizável o acidente que causa a morte de filho menor, ainda que não exerça trabalho remunerado.” A construção jurisprudencial partiu da consideração de que a morte do filho causava uma frustração de expectativa de ganhos futuros por parte de seus pais.¹²⁷ Mas, se essa expectativa é admissível em se

127 Sergio Cavalieri Filho entende que a construção jurisprudencial constituiu, em sua origem, forma de indenizar os pais pela morte do filho sem precisar recorrer à noção de dano moral, controvertida na época: “A toda evidência, essa posição adotada pela jurisprudência era inteiramente insustentável a título de dano patrimonial. Falar em valor econômico potencial, dano patrimonial indireto, expectativa de alimentos, e outras alegações semelhantes, para justificar um eventual dano patrimonial, é, *data venia*, sofisma, um verdadeiro exercício de futurologia,

tratando de família economicamente modesta ou de baixa renda, o mesmo não se pode dizer em caso de família abastada, de grande poder aquisitivo, em relação à qual não é presumível que o filho menor viesse a constituir força de trabalho em prol do grupo familiar. Nessa última situação, como já decidiu o Supremo Tribunal Federal, não há direito a indenização por dano patrimonial, “em face da absoluta ausência de expectativas futuras” de que o filho viesse a prestar ajuda econômica a seus pais.¹²⁸ Os lucros cessantes, inseridos no conceito amplo de perdas e danos, abrangem apenas aquilo que razoavelmente a vítima deixou de lucrar.¹²⁹

4. O Dano Estético. Sua Cumulação com o Dano Moral e com o Dano Material

Cumulação com o dano material: Para aqueles que identificam o dano moral com a dor psíquica, o dano estético apresentaria uma natureza híbrida: conforme a sua repercussão, integraria o dano patrimonial ou o dano moral. É o entendimento de Aguiar Dias, para quem o dano estético tem duplo aspecto e deve ser indenizado como dano patrimonial ou moral de acordo com o resultado da ofensa.¹³⁰

Assimilado, no entanto, o conceito de dano moral como ofensa a direito da personalidade – como aqui sustentado –, nenhuma dúvida subsiste quanto à inserção do dano estético, em si mesmo considerado, no âmbito do dano moral, porque atinge direito da personalidade dos mais estimados, qual seja,

sem qualquer amparo jurídico. Na realidade o que se estava indenizando era o dano moral, isto é, a dor e o sofrimento dos pais pela morte do filho menor, muito embora com o nome ou sob o título de dano material.” (*op. cit.*, p. 87). A jurisprudência dominante, todavia, continua a dar aplicação à Súmula 491, com as ressalvas indicadas adiante.

128 STF. RE 115.766-6-SP. 2ª Turma. Rel. Aldir Passarinho. Julgado em 5.3.1991. V. STOCO, Rui. **Responsabilidade Civil e sua Interpretação Jurisprudencial**. 1995, p. 544.

129 O art. 402 do novo Código Civil estabelece que: “Salvo as exceções expressamente previstas em lei, as perdas e danos devidas ao credor abrangem, além do que ele efetivamente perdeu, o que razoavelmente deixou de lucrar.”

130 Observa Aguiar Dias que a alteração do aspecto estético pode diminuir as probabilidades de colocação ou de exercício da atividade a que se dedica. “Deve ser indenizado, pois, como dano patrimonial, o resultado prejudicial da ofensa ao aspecto estético, sempre que se traduza em repercussão de ordem material, porque a lesão a sentimento ou a dor psíquica, com repercussões patrimoniais, traduzem dano patrimonial.” (*op. cit.*, p. 868).

o direito à integridade física.¹³¹

A circunstância de o dano estético (que dano moral é) vir a causar, indiretamente, prejuízo patrimonial à vítima não transmuda sua natureza. Como já se viu, os bens personalíssimos são aptos a gerar vantagem econômica, de modo que a lesão a algum desses bens, a par de constituir dano moral, pode gerar dano patrimonial.

Nenhuma dificuldade há, portanto, em aceitar, na esteira da Súmula 37 do STJ, a cumulação da indenização pelo dano estético, em si considerado, com a indenização pelo dano patrimonial indireto que eventualmente decorra dessa ofensa. É o que se dá, por exemplo, com o modelo fotográfico que, em razão de acentuada cicatriz no rosto, deixa de ser contratado para novos trabalhos.¹³²

Cumulação com o dano moral: Questão ainda polêmica, na doutrina e na jurisprudência, é a respeitante à cumulação de indenizações por dano estético e por dano moral em decorrência do mesmo fato. Partindo do pressuposto de que a lesão estética se identifica com o dano moral, a jurisprudência, de início, negou a duplicidade de indenizações, por entender que haveria aí um *bis in idem*.¹³³

Essa tendência, todavia, modificou-se, em razão da jurisprudência que veio a se formar no Superior Tribunal de Justiça. O entendimento atualmente dominante naquela Corte Superior pode ser representado pelo seguinte aresto:

“Nos termos em que veio a orientar-se a jurisprudência das Turmas que integram a Seção de Direito Privado deste Tribunal, as indenizações pelos danos moral e estético podem ser cumuladas, mesmo quando derivadas do mesmo fato, se inconfundíveis suas causas e passíveis de apuração em se-

Constituiria dano moral, porém, no que respeita à “penosa sensação a ofensa, na humilhação perante terceiros, na dor sofrida, nos efeitos puramente psíquicos e sensoriais experimentados pela vítima do dano” (*ibidem*).

131 Segundo Teresa Ancona Lopez de Magalhães: “o dano estético é lesão a um direito da personalidade – o direito à integridade física, especialmente na aparência externa.” (**O Dano Estético**. 1980, p. 28).

132 Conforme preleciona Zannoni: “A lesão estética pode ou não constituir um dano patrimonial. O constituirá se repercute no futuro, sobre as possibilidades econômicas da vítima, ou seja, se inflige um dano consistente na impossibilidade de continuar desenvolvendo sua atividade produtiva (...). Mas não constituirá dano patrimonial quando não provoque um prejuízo suscetível de apreciação pecuniária. Sem embargo, neste último caso, é indenizável o dano direto ao interesse não patrimonial que encerra a lesão estética.” (op. cit., p. 160).

133 V. jurisprudência colacionada por CAHALI, Yussef Said (*Dano Moral*. 1998, p. 242).

parado”¹³⁴.

O acórdão, como se extrai de sua fundamentação, argumentou que o dano estético dá causa a uma indenização especial, prevista no art. 1.538, § 1º, do Código Civil anteriormente vigente¹³⁵ – que previa a duplicação da indenização quando da ofensa à integridade física resultasse “aleijão ou deformidade”. Ponderou que: “o dano moral pode existir sem o dano estético, ou seja, sem a deformidade ou o aleijão, o que evidencia a necessidade de ser considerado esse dano como algo distinto daquele.”

A idéia que perpassa o aresto do STJ é o de que o dano estético, conquanto inserido na categoria de dano moral, constitui uma manifestação particular deste, que deve ser considerada separadamente. Assume-se que o dano estético possa constituir um *plus* de sofrimento à vítima, que já faria jus à indenização pelo só fato da ofensa à sua integridade física, independentemente da deformação causada pela lesão.

O que é criticável nesse entendimento é apenas a sua base teórica. Persevera a jurisprudência na noção, aqui combatida, de que o dano moral se identifica com a dor espiritual ou com o sofrimento. O dano moral – insista-se – é a própria ofensa ao direito integrante da personalidade, ou seja, é a própria lesão à integridade física da vítima. O sofrimento, o padecimento, a dor e outros sentimentos negativos constituem a repercussão desse dano. Assim, não há que falar no dano estético como um dano distinto do moral. Há um só dano, de natureza moral.

A despeito disso, é mais do que razoável – é imperativo de justiça – que, ofendida a integridade física da pessoa, *na avaliação* do dano moral seja considerada toda a repercussão do dano: sua gravidade e extensão, sua maior ou menor duração. Embora único, o dano moral consistente em lesão à integridade física da vítima repercute de forma complexa e variável no estado físico e anímico do indivíduo. Desse modo, o valor da indenização, tanto quanto possível, deve variar na mesma proporção do dano. Ao julgador cabe sopesar todos os aspectos da lesão física, considerar todas as dores presumíveis, examinar cada dificuldade para a vida de relação da vítima, para, então, fixar a indenização – que é única, por ser único o dano moral.

Mas, de certa forma, o estabelecimento em separado de valor de inde-

134 RESP 228244/SP, publicado no DJ de 17.12.1999, relatado pelo Min. Salvio de Figueiredo Teixeira. No mesmo sentido: RESP 210351/RJ, RESP 193880/DF e RESP 249728/RJ.

135 Dispunha o caput do dispositivo: “Art. 1.538: - No caso de ferimento ou outra ofensa à saúde, o ofensor indenizará o ofendido das despesas do tratamento e dos lucros cessantes até o fim da convalescença, além de lhe pagar a importância da multa no grau médio da pena criminal correspondente.” Seu parágrafo primeiro estabelecia: “§ 1º - Esta soma será duplicada, se do ferimento resultar aleijão ou deformidade.”

nização por dano estético pode ser considerado positivo, na medida em que confere transparência à operação intelectual realizada pelo julgador na fixação da indenização, deixando evidenciado o valor atribuído a esse aspecto do dano moral que é a lesão estética. No final das contas, os valores considerados separadamente deverão ser somados para constituir o produto (único) da indenização pelo dano moral (único).

Dinheiro é bem fungível por excelência, de modo que a fixação de quantias indenizatórias separadas para diferentes aspectos do dano moral constitui, tão-somente, questão de metodologia.

Não se vislumbra, aqui, o perigo apontado por Antonio Jeová Santos em relação à interpretação que vem sendo dada pelo Superior Tribunal de Justiça. Argumenta que a indenização em separado do dano estético: “abre o precedente de alguém pretender receber, de forma cumulada, indenizações pelo dano moral, pelo dano estético, pelo dano às afeições legítimas, pelo dano à vida de relação, pela lesão psicológica, pelo dano decorrente da perda da serenidade familiar, pela lesão que decorre da intimidade ou da vulneração à identidade pessoal e, assim, numa infinidade de indenizações que a mente criativa dos profissionais do foro seja capaz de criar.”¹³⁶

A jurisprudência em geral tem refreado o ímpeto criativo dos profissionais do foro. A experiência tem demonstrado que os julgadores, ao avaliarem separadamente o dano estético e o dano moral, não deixam de levar em consideração a soma total desse dois valores, que é ajustada para se chegar a uma importância que mantenha proporcionalidade com o resultado danoso.

5. Desnecessidade de Alterações Psicológicas ou Perturbações do Espírito para Configuração do Dano Moral

Aceita a proposição de que o dano moral tem como pressuposto a ofensa ou violação a algum direito da personalidade, impõe-se examinar a possibilidade de o dano moral se configurar em casos nos quais a pessoa não sofre transtorno psicológico ou espiritual. A análise de situações particulares evidencia que, se é verdade que nem todo mal-estar configura dano moral¹³⁷,

136 SANTOS, Antonio Jeová. *Op. cit.*, p. 373.

137 Cf. Sergio Cavalleri Filho: “Mero dissabor, aborrecimento, mágoa, irritação ou sensibilidade exacerbada estão fora da órbita do dano moral, porquanto, além de fazerem parte da normalidade do nosso dia-a-dia, no trabalho, no trânsito, entre os amigos e até no ambiente familiar, tais situações não são intensas e duradouras, a ponto de romper o equilíbrio psicológico do indivíduo. Se Assim não se entender, acabaremos por banalizar o dano moral, ensejando ações judiciais em busca de indenizações pelos mais triviais aborrecimentos.” (op. cit., p. 78). Semelhante advertência é feita por Antonio Jeová Santos: “O que se quer afirmar é que existe um mínimo de incômodos, inconvenientes e desgostos que, pelo dever de convivência social, sobretudo nas

é igualmente verdade que nem todo dano moral causa mal-estar.

A necessária associação do dano moral a sensações de dor ou sofrimento, ou a sentimentos tais como tristeza, mágoa, vexame, vergonha, deixa a descoberto várias possíveis lesões de direitos da personalidade, as quais podem não gerar processos psicológicos dessa natureza. Mas nem por isso tais lesões devem ser toleradas ou estar isentas de sanção.

5.1 Pessoas jurídicas

As pessoas jurídicas não seriam suscetíveis de dano moral se este supusesse, sempre, a perturbação psíquica ou do espírito, fenômenos que somente se manifestam na pessoa humana. Mas, exatamente porque essas reações psicológicas não se confundem com o dano moral e nem constituem consequência necessária deste, é que as pessoas jurídicas podem vir a sofrer dano dessa natureza.

A doutrina e a jurisprudência entendem que a pessoa jurídica é titular de *honra objetiva* (ou externa), sinônima de reputação, caracterizada pelo conceito ou pela consideração da pessoa no meio social. Difere da *honra subjetiva* (interna; honra-decoro ou honra-dignidade), que se caracteriza pelo sentimento da própria dignidade ou dos próprios atributos; é o juízo que cada um faz de si mesmo. A honra objetiva dispensa toda e qualquer manifestação psíquica ou anímica.

Com esse posicionamento concorda, em linhas gerais, Antonio Jeová Santos: “Outro equívoco, no entender que a pessoa jurídica não pode padecer dano moral, é a conclusão errônea, sem embargos da fama de seus adeptos, na direção de que a configuração do dano moral somente ocorre quando existe repercussão na psique de uma pessoa. Também é dano moral qualquer violação a direitos personalíssimos e, estes, por analogia, as pessoas jurídicas os têm.”¹³⁸

Embora despidas de direitos próprios da personalidade humana (tais como o direito à vida, à integridade corporal e psíquica, à saúde), as pessoas jurídicas ou coletivas são titulares de alguns direitos especiais de personalidade, ajustáveis às suas características particulares e aos seus interesses tuteláveis juridicamente.

Rabindranath Capelo de Souza, tratando da tutela da personalidade das pessoas coletivas no Direito Português, enumera, dentre os direitos tuteláveis dessas pessoas, o direito ao nome e a outros sinais jurídicos recognitivos e

grandes cidades, em que os problemas fazem com que todos estejam mal-humorados, há um dever geral de suportá-los.” (*op. cit.*, p. 118).

138 SANTOS, Antonio Jeová. *Op. cit.*, p. 151.

distintivos, a honra, o decore, o crédito, o sigilo de correspondência e de particularidades da organização, de funcionamento e de know-how. E conclui: “Por tudo isto, sempre que estejam em causa bens juscivilisticamente tutelados, as pessoas coletivas ilicitamente ofendidas podem exigir indenização civil, v.g., por danos não patrimoniais, e requerer as providências constantes do art. 70º, nº 2, do Código Civil.”¹³⁹

A possibilidade de a pessoa jurídica vir a ser sujeito passivo de dano moral se encontra consagrada na Súmula 227 do STJ: “A pessoa jurídica pode sofrer dano moral.”.

5.2 Doentes mentais e pessoas em estado comatoso

Os doentes mentais ou as pessoas em estado comatoso ou vegetativo, embora nem sempre sujeitos a manifestações psíquicas ou sensoriais negativas diante da ofensa a algum direito de sua personalidade, também fazem jus a indenização por dano moral.

Formule-se a indagação: A eventual falta de percepção dos acontecimentos no mundo sensível despiria essa pessoa do direito de ser indenizada, por exemplo, em caso, de violação de sua integridade física? A resposta negativa se impõe.

Imagine-se o uso indevido, degradante ou ofensivo do nome ou da imagem de pessoa impossibilitada física ou mentalmente de compreender o fato ocorrido ou suas conseqüências, e que, portanto, não pudesse apresentar alteração negativa em seu espírito ou no seu estado anímico. Seria razoável o entendimento de que essa pessoa, vítima de uma lesão a um direito de sua personalidade, não tem direito à indenização por dano imaterial? Isso equivaleria a negar o próprio direito da personalidade, ou, ao menos, esvaziá-lo sensivelmente. Uma pessoa desprovida de consciência ou compreensão é tão digna de consideração e respeito à sua dignidade quanto uma pessoa lúcida e consciente.¹⁴⁰ A mesma dignidade vital – na feliz expressão de Capelo de Souza – é inerente a todos os seres humanos, independentemente de suas deformações e insuficiências.¹⁴¹

O que qualifica o dano moral, como ressaltado por Zannoni, é a atividade lesiva ou danosa enquanto tal, ou seja, o só ataque a interesse não patrimonial da vítima, “sem que para definir sua existência deva requerer-se que ela o compreenda ou perceba.”

139 CAPELO DE SOUZA, Rabindranath Valentino Aleixo. **O Direito Geral de Personalidade**. Coimbra Editora. 1995, p. 599. A referência é ao Código Civil Português.

140 V. ZANNONI, Eduardo A. (*op. cit.*, p. 294).

141 CAPELO DE SOUZA, Rabindranath Valentino Aleixo. *Op. cit.*, p. 205.

5.3 Crianças

Ninguém há de negar às crianças, mesmo às de tenra idade, a titularidade de direitos tais como a dignidade e a incolumidade física, inerentes que são ao ser humano. Todavia, nem sempre a lesão a algum desses direitos será apto a provocar dor, mal estar ou qualquer alteração na psique do infante. Não obstante, configurado estará o dano imaterial.

Figure-se a situação, lamentavelmente mais comum do que se imagina, de criança de tenra idade, talvez um bebê, vítima de crime sexual. Ainda que o infante não tenha sentido dor física, nem sofrido emocionalmente, por não ter maturidade intelectual para tanto, configurado estará o dano imaterial. Inegável será o seu direito de obter indenização contra o ofensor.

Antonio Jeová dos Santos, cuidando especificamente da possibilidade de a pessoa jurídica ser alvo de dano moral, apesar de não ter ânimo ou espírito e, conseqüentemente, não ser passível de detrimento anímico, faz analogia exatamente com as crianças e os alienados mentais: “Ora, se o dano moral não exige derramamento de lágrimas como no caso que envolva crianças de tenra idade, os loucos e a pessoa que estiver em profundo estado de coma, levando vida vegetativa, a pessoa jurídica, que por ela mesma não tem ânimo, pode sofrer dano moral.”¹⁴²

5.4 Nascituro

Estabelece o art. 2º do novo Código Civil que: “A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro.”

Ante o reconhecimento legal dos direitos do nascituro não há como negar a possibilidade de, com o seu nascimento com vida, vir ele a pleitear indenização por deformações ou problemas físicos permanentes resultantes, por exemplo, de mau acompanhamento médico, falta de exames ou prescrição errada de medicamento em exame pré-natal.¹⁴³ A falta de consciência do problema por parte do nascituro não exclui essa possibilidade.

Rabindranath Capelo de Souza, digressionando sobre a personalidade humana pré-natal, sustenta que: “A tutela da personalidade do concebido abrange inclusivamente a sua personalidade moral, devendo, por ex., ser civilmente indenizáveis as injúrias ou difamações ao nascituro concebido. Tal tutela implica ainda uma proteção do espaço e das fontes vitais do nascituro,

142 SANTOS, Antonio Jeová. *Op. cit.*, p. 151.

143 Cf., a respeito, DINIZ, Maria Helena. “A Responsabilidade Civil por Dano Moral”. *Revista Literária de Direito*. Jan./fev. 1996, p. 9.

pelo que as agressões, as sevícias ou os maus tratos aos seus pais (*maxime*, a sua mãe), de que lhe resultem danos, deverão ser objecto de medidas cíveis eliminatórias ou atenuadoras e de responsabilidade civil, de acordo com o número 2 do art. 70º do Código Civil.¹⁴⁴

5.5 Dano moral difuso ou coletivo

O dano moral difuso se assenta na agressão a bens e valores jurídicos que são inerentes a toda a coletividade, de forma indivisível. A Lei nº 7.347/85 prevê, em seu artigo 1º, a possibilidade de ação civil pública de responsabilidade por danos *mora*is e patrimoniais causados ao meio ambiente, ao consumidor e a qualquer outro interesse difuso ou coletivo.

Tenha-se em consideração a agressão ao meio-ambiente, consistente no derramamento de milhares de toneladas de óleo no mar, trazendo a morte de vários animais da região; ou na devastação de enorme área de vegetação nativa, com a perda de várias espécies raras. Ainda que tais catástrofes não venham a atingir, direta ou indiretamente, nenhuma pessoa em particular, é inegável o cabimento de indenização por dano moral metaindividual, por ofensa ao meio ambiente, bem coletivo protegido pelo art. 225 da Constituição Federal.¹⁴⁵ O direito ao meio ambiente saudável e equilibrado deve ser reconhecido como integrante da personalidade humana, por ser essencial ao seu pleno desenvolvimento.

Imagine-se, ainda, o dano irreversível causado a bens considerados patrimônio cultural nacional ou da humanidade. A Constituição Federal estabeleceu, no art. 215¹⁴⁶, que o Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional. A preservação desse patrimônio coletivo é essencial para o exercício do direito fundamental de “participar livremente da vida cultural da comunidade, de fruir as artes e participar do processo científico e seus benefícios”, conforme estabelecido pelo art. XXVII-1 da Declaração Universal dos Direitos Humanos, proclamada pela Assembléia Geral das Nações Unidas em 10.12.1948. O dano a esses bens acarreta mais do que um prejuízo material: atinge toda a coletividade que, “apesar de ente despersonalizado, possui valores morais e um patrimônio

144 CAPELO DE SOUZA, Rabindranath Valentino Aleixo. *Op. cit.*, p. 163.

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

146 **Art. 215** - *O Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional, e apoiará e incentivará a valorização e a difusão das manifestações culturais.*

ideal que merece proteção”¹⁴⁷.

5.6 Síntese

Poder-se-ia ponderar que tais situações são excepcionais e, portanto, apenas confirmam a regra de que o dano moral se caracteriza pela alteração negativa no psiquismo ou no espírito do indivíduo. Isso, todavia, não explicaria porque, em tais situações, supostamente excepcionais, o dano moral se configura. Como também não explica o dano à honra objetiva ou externa, o qual não está associado à privação do bem estar ou a alguma perturbação de ânimo.

Não se pretende refutar que o dano moral comumente produza ou seja apto a produzir perturbações psíquicas ou espirituais. Tampouco se pode negar que a dor, a vergonha, a tristeza ou qualquer outra reação psicológica negativa provocada pela lesão a um bem da personalidade sejam as principais motivações para a reação contra as ofensas aos direitos da personalidade. O que se busca demonstrar, tão-somente, é que tais reações íntimas ou internas, ordinariamente, não se confundem com o dano moral, se não que consistem em resultado ou consequência (não necessária) dessa espécie de dano.¹⁴⁸

O dano será a lesão, em si, a algum direito da personalidade, não será a lágrima derramada em decorrência dessa lesão.

Ressaltando a evolução do conceito de dano moral ao longo do tempo, Ricardo Luis Lorenzetti assinala que uma ampliação da legitimação ativa no ressarcimento do dano moral vem se efetivando pela mudança de conteúdo do dano moral e pela criação de novos bens juridicamente tuteláveis. Observa que: “A circunstância de que o dano moral não seja identificado com o ‘sentir dor’ permite que seja reclamado por incapazes, que antes não tinham essa possibilidade, ou a alternativa de que as pessoas jurídicas possam ter

147 RAMOS, André de Carvalho. “A ação civil pública e o dano moral coletivo”. In **Revista de Direito do Consumidor**. V. 25, p. 82.

148 Nesse sentido, ainda uma vez, o ensino de Brebbia: “A pretendida impossibilidade de demonstrar de maneira autêntica a existência de um dano moral, repousa no equívoco de supor que tal espécie de agravo se caracteriza juridicamente por uma sensação de sofrimento ou dor íntima sentida pelo sujeito passivo do mesmo, quando em realidade tal circunstância deve considerar-se irrelevante a tal fim em Derecho. Não implica esta afirmação negar que os danos morais produzam ou possam produzir uma sensação de dor, medo, emoção, vergonha ou pena na vítima e que tal repercussão psíquica ou física seja mais intensa do que a que possa ocasionar normalmente a violação de um direito patrimonial; o que sim negamos é que possa servir para caracterizar juridicamente à primeira categoria de danos.” (*op. cit.*, p. 86).

essa legitimação.¹⁴⁹

6. Situações em que Dano Moral e “Dor” se Confundem

É certo que, bastas vezes, a violação de direito da personalidade e a alteração do estado anímico se confundirão, como no caso da violação do direito ao sossego ou à tranqüilidade, que só se consuma com o desassossego ou a intranqüilidade da vítima.

Tome-se como exemplo o condômino mal intencionado que, por espírito de emulação, toca música em alto volume, a altas horas da madrugada. Não causará dano moral ao vizinho adolescente, de férias, acostumado a dormir tarde e que até seja apreciador da música tocada; mas causará dano ao outro vizinho, que acorda cedo para ir ao trabalho e fica impossibilitado de dormir em razão do barulho. Nessa hipótese, o desassossego, a intranqüilidade, a perda da paz de espírito constituirão o próprio dano moral, porque o direito da personalidade violado é, exatamente, o *direito ao sossego, à tranqüilidade, à paz de espírito*, ou qualquer outro nome que se queira dar ao bem personalíssimo juridicamente protegido aqui lesado.

O que ocorre no exemplo supra é que o bem personalíssimo atingido se insere na subcategoria dos *direitos psíquicos* da pessoa.

O aprofundamento do estudo dos direitos da personalidade tem levado a várias tentativas de classificação dessa espécie de direitos pela doutrina. Dentre as classificações imaginadas, merece destaque a proposta por Carlos Alberto Bittar, que divide os direitos da personalidade em *direitos físicos, direitos psíquicos e direitos morais*. Os primeiros referentes a componentes materiais da estrutura humana, abrangendo a integridade corporal; os segundos, relativos a elementos intrínsecos à personalidade, englobando a integridade psíquica; e os últimos, respeitantes a atributos valorativos da pessoa na sociedade.¹⁵⁰

Há que reconhecer que, a despeito de o ser humano constituir uma unidade, é ele composto de diversos atributos: alguns físicos, outros psíquicos ou espirituais e outros pertencentes ao campo da moral.

É natural, assim, que sejam juridicamente tutelados os legítimos *sentimentos* e afetos humanos, que constituem, em si mesmos, bens da personalidade, os quais, atingidos ou ofendidos, configuram o próprio dano moral.

O que se pretende indicar é que há situações nas quais a ofensa ou a violação a determinados direitos da personalidade causa dano moral inde-

149 LORENZETTI, Ricardo Luis. **Fundamentos do Direito Privado**. 1998, p. 457.

150 V. BITTAR, Carlos Alberto. **Os Direitos da Personalidade**. 2000, p. 57.

pendentemente da existência de alguma alteração psicológica ou espiritual do ser humano (como no caso de ofensa à imagem, à integridade física, à honra objetiva). Há outras situações, no entanto, em que o dano moral consiste exatamente nesse detrimento anímico ou nessa perturbação psíquica.

7. Espécies de Dano Moral

Partindo de critérios distintos, o dano moral pode ser classificado de vários modos. Muitas dessas classificações não são próprias do dano moral, porque extensíveis ao dano material.

Dano moral individual ou coletivo: Tomando-se por base um critério que leve em consideração a extensão subjetiva do dano, pode o dano moral ser dividido em *individual*, quando é ofendido o patrimônio ideal de uma pessoa, ou *coletivo* (ou *difuso*), quando é atingido o patrimônio imaterial de toda a coletividade ou de uma categoria de pessoas.

Dano moral objetivo ou subjetivo: Brebbia, de forma mais analítica, engendra classificação que parte de uma divisão dos distintos aspectos integrantes do patrimônio moral do sujeito. Assim, indica, de um lado, danos morais que se referem a *aspecto objetivo da personalidade moral*, aí incluídos os seguintes bens pessoais: a) honra; b) nome; c) honestidade; d) liberdade de ação; e) autoridade paterna; f) fidelidade conjugal; g) estado civil; Aponta, de outro lado, danos morais que atingem *aspecto subjetivo da personalidade moral*, dentro do qual se compreendem os seguintes bens personalíssimos: a) afeições legítimas; b) segurança pessoal e integridade física; c) intimidade; d) direito moral do autor sobre sua obra; e) valor de afeição de certos bens patrimoniais.¹⁵¹

Na verdade, considerando os diversos bens personalíssimos atingidos, pode-se chegar a um número indeterminado de danos morais. Daí poder se falar em dano à *vida* ou à *integridade física* (que se inserem na espécie mais ampla de dano à pessoa), dano à *imagem*, dano ao *nome*, dano à *honra*, dano à *intimidade*, dano à *liberdade de crença religiosa*. Todos eles subespécies de dano moral.

Dano moral direto ou indireto: Interessante é a classificação fundada na *natureza do bem jurídico afetado diretamente pela conduta lesiva*. Fala-se em *dano moral direto*¹⁵² quando a lesão atinge diretamente algum dos bens integrantes da personalidade, tais como a vida, a integridade corporal,

151 BREBBIA, Roberto H. *Op. cit.*, p. 259.

152 Correspondente aproximado dos “*direct damages*” (“*general damages*” ou “*necessary damages*”) da *common law*, definidos como danos presumivelmente resultantes do tipo de ato ilícito praticado (v. *Blacks Law Dictionary*. 1999, p. 394).

a intimidade, a honra, a imagem. De outro lado, diz-se que há *dano moral indireto*¹⁵³ quando é atacado bem patrimonial, mas com repercussão sobre bem personalíssimo.

A mesma classificação se aplica, de mão invertida, ao dano patrimonial: será direto quando a lesão atinge imediatamente bem patrimonial; será indireto o dano patrimonial quando este constitua decorrência de ataque a bem da personalidade.

Dano moral direto ou indireto (em ricochete): A denominação do dano moral como direto ou indireto é utilizada, também, para fazer referência a outra classificação, com base em critério distinto, que leva em conta o ter a vítima sido ou não atingida diretamente pelo evento. De acordo com esse critério, constituiria *dano moral direto*, por exemplo, o experimentado pela vítima atingida em sua integridade corporal ou em sua vida; configuraria *dano moral indireto, reflexo* ou em *ricochete* o suportado por terceiro, como reflexo da lesão à vítima imediata: por exemplo, o dano moral sofrido pelo cônjuge ou pelos filhos em consequência da morte do pai. Na doutrina francesa a denominação corrente é a de dano em ricochete (***dommage par ricochet***).¹⁵⁴ A classificação, também aqui, não é exclusiva do dano moral: da mesma forma o dano material pode ser considerado direto (como o sofrido pela vítima de lesão corporal, que vê diminuída sua capacidade de trabalho) ou indireto (como o dos filhos que, em razão da morte do pai, deixam de contar com o sustento que este lhes proporcionava).

Um dos problemas gerados pelo *dano em ricochete* reside na legitimidade para a propositura da ação indenizatória. Ou, como observado por Sergio Cavalieri Filho, a dificuldade, no dano em ricochete, está: “em saber até que ponto é possível reclamar pelo reflexo de um dano causado a outra pessoa, seja de natureza material ou moral”. No que diz respeito ao dano material indireto, a jurisprudência ainda tem encontrado critérios razoavelmente objetivos¹⁵⁵, mas no tocante ao dano moral reflexo, prepondera um grande suje-

153 Na ***common law***, “*consequential damages*”: danos não provenientes diretamente ou imediatamente de um ato lesivo, mas que deste resultam indiretamente (v. **Blacks Law Dictionary**. 1999, p. 394).

154 Esta, a definição trazida por Yvonne Lambert-Faivre: “Denomina-se geralmente dano em ricochete o conjunto de prejuízos sofridos por um terceiro vítima do fato de um dano corporal inicial que atinge a vítima imediata.” (**Droit du dommage corporel**. 4ª ed. Paris : Dalloz. 2000, 275).

155 Yvonne Lambert-Faivre noticia que, atualmente, a Corte de Cassação da França, renunciando a critérios rígidos do passado, estabelece quatro critérios para admitir a indenização das vítimas por ricochete, quais sejam, os caracteres pessoal, direto, certo e lícito dos prejuízos invocados

tivismo.

Enquanto a legitimidade de certas pessoas se afigura, de ordinário, tranqüila (como a dos filhos), a de outras é motivo de intensos debates na jurisprudência. Assim, é controvertida a legitimidade de irmãos, ascendentes e outros parentes remotos da vítima; do mesmo modo, controversa é a legitimidade de algumas pessoas sem relação de parentesco (noivo, namorado, amigo íntimo). A utilização de critérios rígidos é temerária, pois, como adverte Sergio Cavaliere: “Um parente próximo pode sentir-se feliz pela morte da vítima, enquanto o amigo pode sofrer intensamente.”¹⁵⁶ Somente o exame do caso concreto poderá revelar se o demandante foi atingido em suas afeições legítimas.

Observe-se que, em caso de *dano moral reflexo ou em ricochete* decorrente da morte de alguém, em havendo vários legitimados à propositura da ação de reparação de dano, cada um deles, individualmente considerado, terá direito ao recebimento de indenização. Não há que cogitar de fixação de apenas um valor de indenização por dano moral por só ter havido uma vítima fatal. Com efeito, o que se busca indenizar não é a morte em si da vítima, mas – aqui, sim – o *dano psíquico*, caracterizado pela dor espiritual, pelo sofrimento, pela perda afetiva que cada um dos legitimados teve como conseqüência da morte da vítima. Assim, a cada legitimado à indenização por dano moral deverá tocar uma verba independente, correspondente à dor e à perda de cada um.

Observe-se que cada um dos autores poderia, individualmente, ajuizar demanda para a obtenção de reparação pelo dano moral sofrido. Não há, em tal situação, um único direito à postulação da reparação pelo dano moral, mas tantos direitos quantos forem aqueles que tiveram a sua esfera moral ou ideal atingida reflexamente pela morte do ser querido.

Dano moral transitório ou permanente: O dano moral pode gerar reflexos transitórios ou permanentes, seja no estado anímico, seja na vida de relação da vítima. Assim, a ofensa à honra ou a lesão corporal leve podem provocar sentimentos negativos que, depois de certo tempo, deixarão de afetar a vítima, porque constituirão simples lembrança. Já certas lesões deixam marca indelével, como ocorre com os danos físicos que levam à cegueira ou à amputação de um membro, que causam impotência sexual, ou que resultam em certos danos estéticos não corrigíveis por cirurgia reparadora. Mais adequado seria falar em dano moral de *efeito transitório* e dano moral de

(*op. cit.*, p. 276).

156 CAVALIERI FILHO, Sergio. *Op. cit.*, p. 89.

efeito permanente.

Em se tratando de danos morais à *integridade física* ainda é possível estimar se os efeitos ou vestígios do dano serão apagados no futuro. Já em se tratando de danos a *direitos psíquicos ou morais* da pessoa a tarefa é penosa, pois cada vítima sente os efeitos do dano moral a seu modo. A impressão que um dano moral causa ao espírito de uma vítima é diferente da impressão causada ao espírito de outra por um dano semelhante. Algumas pessoas são mais suscetíveis do que outras.

Dano moral atual ou futuro: Alguns danos morais podem ter conseqüências que só virão a ser sentidas no futuro; outros danos terão, no futuro, suas conseqüências agravadas. Faz-se, então, a distinção entre dano moral atual e futuro. O dano moral atual seria aquele cujas conseqüências se encontram presentes por ocasião da ação de responsabilidade; dano moral futuro, em contrapartida, seria o dano cujos efeitos, previsíveis, serão sentidos no futuro, ou no futuro se desenvolverão, consolidarão ou agravarão.

Forte na idéia de que o dano moral não se confunde necessariamente com suas conseqüências psicológicas, não é exato falar em dano moral futuro; é mais apropriado falar em *dano moral de efeitos futuros*, já que o dano sempre seria atual.

O chamado dano futuro não deve ser confundido com o dano eventual ou hipotético. Aquele (o dano futuro) é certo e objetivamente previsível, razão pela qual deve ser indenizado; este (o dano eventual ou hipotético) é incerto, de ocorrência imprevisível, pelo que é indenizável.

Perda de uma chance: Com algumas reservas, a jurisprudência tem reconhecido o direito à indenização (por danos morais e materiais) em decorrência da perda de uma chance (*perte d'une chance*). Trata-se de modalidade específica de dano futuro, consistente na perda, pela vítima do dano, da oportunidade de obter um benefício ou de evitar um prejuízo no futuro.

Imagine-se o caso de um acidente de trânsito, no qual a vítima sofra lesões físicas incapacitantes. Os danos físicos podem impedir a vítima de se apresentar em um concurso ou de realizar um exame do qual depende sua carreira; ou podem impedi-la de se casar com a pessoa que ela deseja desposar; podem privá-la da esperança de obter uma promoção no trabalho ou de retomar um trabalho após sua aposentadoria.¹⁵⁷

No que toca especificamente ao dano moral, é clássico o exemplo da perda de chance matrimonial. Mas outras situações de perda de chance tam-

157 V. VINEY, Geneviève e JOURDAN, Patrice. **Traité de Droit Civil. Les conditions de la responsabilité.** 2ª ed. Paris : LGDJ. 1998, p. 72.

bém configuram o dano moral. Pizarro exemplifica com os danos físicos que causam a minoração da possibilidade de manter relações sexuais ou de desenvolver com normalidade as relações sociais; a minoração de possibilidades intelectuais ou desportivas futuras.¹⁵⁸

8. Dano Moral em Caso de Descumprimento de Obrigação Contratual

Tema recorrente é o da possibilidade de o dano moral surgir do descumprimento de obrigação contratual. Em muitos julgados é freqüente a ponderação de que o simples inadimplemento contratual ou o mero descumprimento de obrigação pode causar dano material, mas não caracteriza dano moral. Importa, pois, definir quando se está diante de “mero” ou “simples” inadimplemento de obrigação contratual e quando se está diante de um dano moral.

Nada impede, *a priori*, que o descumprimento de obrigação contratual venha a provocar um dano moral. Pode-se, mesmo, falar em um *dano moral contratual*¹⁵⁹ (decorrente de responsabilidade civil contratual), em contraposição a um *dano moral extracontratual* (decorrente de responsabilidade civil extracontratual, delitual ou aquiliana).

Inicialmente, para a configuração do dano moral contratual, impõe-se a existência de uma *obrigação preexistente*, emanada de um contrato ou de um ato jurídico válido¹⁶⁰, seguida do *inadimplemento* (absoluto ou relativo) da obrigação¹⁶¹. Esse inadimplemento deve, então, ser relacionado como causa (*nexo de causalidade*), direta ou indireta, de *ofensa a algum direito da personalidade*.

O credor que deixa de receber o valor que lhe é devido e tem que recorrer ao Judiciário para buscar o cumprimento de sua obrigação comumente se sente aborrecido, contrariado, desgastado, até exasperado. Mas, porque tais estados psicológicos não decorrem da lesão a um direito da personalidade, não constituem sinal da ocorrência de um dano moral indenizável. Constituem incômodos que decorrem da vida de relação ou dos embates do dia-a-dia¹⁶².

158 PIZARRO, Ramón Daniel. *Op. cit.*, p. 110.

159 V. PIZARRO, Ramón Daniel. *Op. cit.*, p. 143.

160 Pizarro observa, com propriedade, que o dano moral também pode surgir da anulação ou declaração de nulidade de um contrato ou de um ato jurídico, mas, nesses casos, a responsabilidade civil é de natureza extracontratual (*op. cit.*, p. 153).

161 V. PIZARRO, Ramón Daniel. *Op. cit.*, p. 152.

162 RESP 338162/MG – DJ de 18.2.2002 – 4ª Turma – Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira: “O inadimplemento do contrato, por si só, pode acarretar danos materiais e indenização por perdas e danos, mas, em regra, não dá margem ao dano moral, que pressupõe ofensa anormal

A despeito disso, as situações de dano moral contratual são freqüentes e encontradas em grande número na jurisprudência.

O passageiro de ônibus que sofre danos físicos em razão de acidente de trânsito é vítima de dano moral por descumprimento do contrato de transporte (o qual traz, insita, a cláusula de incolumidade do passageiro).

No campo do contrato de transporte aéreo de passageiros, a jurisprudência vem reconhecendo a existência de dano moral em caso de **overbooking**¹⁶³, de atraso de vôo considerável¹⁶⁴ (mormente quando há perda de conexão com outro vôo¹⁶⁵) ou de extravio de bagagem que cause transtornos relevantes¹⁶⁶.

É vasta a literatura acerca da responsabilidade civil decorrente de erro médico com repercussão na esfera moral da pessoa. Na jurisprudência, encontram-se casos de dano estético resultante de lipoaspiração¹⁶⁷ ou de outras espécies de cirurgia estética¹⁶⁸.

No que se refere aos contratos bancários, a jurisprudência tem identificado o dano moral na devolução indevida de cheque de correntista¹⁶⁹ e na

à personalidade. Embora a inobservância das cláusulas contratuais por uma das partes possa trazer desconforto ao outro contratante - e normalmente o traz - trata-se, em princípio, do desconforto a que todos podem estar sujeitos, pela própria vida em sociedade”.

163 RESP 345687/CE – DJ de 5.8.2002 – 4ª Turma – Min. Ruy Rosado de Aguiar: “Responsabilidade Civil. Transporte aéreo. **Overbooking**. Dano extrapatrimonial. Indenização. O dano sofrido pela empresa cujo dirigente não embarcou por excesso de reservas, e por causa disso perdeu atividades programadas no lugar de destino, deve ser indenizado integralmente, nos termos do Código de Defesa do Consumidor.”

164 RESP 307409/RJ – DJ de 4.2.2002 – 4ª Turma – Min. Aldir Passarinho: “Inobstante a infraestrutura dos modernos aeroportos ou a disponibilização de hotéis e transporte adequados, tal não se revela suficiente para elidir o dano moral quando o atraso no vôo se configura excessivo, a gerar pesado desconforto e aflição ao passageiro, extrapolando a situação de mera vicissitude, plenamente suportável.” No mesmo sentido: RESP 300050/SP; RESP 241813/SP; RESP 168976/SP; RESP 197808/SP RESP 253552/SP; AGA 239742/MG; RESP 235678/SP.

165 RESP 295369/SP – DJ DATA:19/11/2001 – 3ª Turma – Min. Carlos Alberto Menezes Direito: “O atraso superior a 24h, com perda de conexão, e obrigação de pernoite em cidade no exterior (...) causa transtorno anormal, bastante para justificar a obrigação de indenizar.”

166 RESP 173526/SP – DJ de 27.8.2001 – 4ª Turma – Ruy Rosado de Aguiar: “É possível a condenação pelo dano moral resultante da perda durante o transporte. Divergência superada.”

167 RESP 457312/SP – DJ de 12.12.2002 – 4ª Turma – Min. Ruy Rosado de Aguiar.

168 RESP 10536/RJ – DJ de 19.8.1991 – 3ª Turma – Min. Dias Trindade: “Contratada a realização de cirurgia estética embelezadora, o cirurgião assume obrigação de resultado, sendo obrigado a indenizar pelo não cumprimento da mesma obrigação, tanto pelo dano material quanto pelo moral, salvo prova de força maior ou caso fortuito.”

169 RESP 422396/DF – DJ de 07.10.2002 – 3ª Turma – Min. Carlos Alberto Menezes Direito: “Constatao nas instâncias ordinárias que houve a indevida devolução de cheques emitidos pelo

inclusão indevida do nome de correntista em cadastro de inadimplentes¹⁷⁰.

Considerou-se configurado o dano moral no corte indevido do fornecimento de energia elétrica¹⁷¹.

Já se decidiu que o atraso na entrega de obra de construção de imóvel pode gerar dano moral em casos especiais, nos quais o retardamento causa constrangimentos que vão além do simples aborrecimento pelo atraso em si¹⁷².

Há situações, ainda, nas quais o contrato constitui apenas a oportunidade para o dano moral, como ocorre no caso de assédio sexual ou de outros constrangimentos a que o empregado é submetido pelo patrão. O dano moral, em tais situações, não será gerado a partir do descumprimento de alguma obrigação especificamente pactuada, mas da violação direta do dever geral (de índole constitucional) de respeito e consideração pela dignidade humana.

A doutrina, na verdade, acusa uma tendência ao desaparecimento da tradicional divisão da responsabilidade civil em contratual e extracontratual, a partir da constatação de que os contratos, cada vez menos, tiram sua força da vontade das partes, em razão da crescente interferência do direito positivo nas relações jurídicas. O emprego disseminado dos contratos de adesão na sociedade de consumo coloca em xeque o princípio da autonomia da vontade e retira a razão de ser da **summa divisio** da responsabilidade civil¹⁷³.

correntista, por culpa do Banco, que não considerou depósito feito pelo mesmo, é pertinente a imposição da condenação pelo dano moral.” No mesmo sentido, o RESP 302653/MG – DJ de 29.10.2001 – 4ª Turma – Min. Ruy Rodado de Aguiar: “O banco que recusa o pagamento de cheque sob a indevida alegação de falta de fundos está obrigado a reparar o dano moral sofrido pelo correntista. A existência do dano decorre de juízo da experiência, fundado no que normalmente ocorre em tais situações.”

170 RESP 293669/PR – DJ de 4.2.2002 – 3ª Turma – Min. Carlos Alberto Menezes Direito: “Já decidi a Corte que a inscrição em cadastro negativo por culpa do banco gera o dano moral, suscetível de indenização, sendo a exigência da prova satisfeita com a demonstração da inscrição indevida.”

171 Apelação Cível APC5012898 DF – DJU de 3.11.19: “Corte de fornecimento de energia elétrica efetuada pela prestadora de serviço. Pagamento da fatura em tempo hábil. Provimento parcial. Reconhecimento do dano moral. Fixação em 150 vezes o valor da fatura.”

172 Bastante ilustrativo o acórdão na Ap. Cível nº 2002.001.08305 – Julgada em 7.8.2002 – 13ª Câmara Cível – Des. Nametala Jorge: “Compromisso de compra e venda de unidade imobiliária em construção. Atraso na entrega do bem, por culpa da incorporadora. Danos materiais. Dano moral. (...) Em princípio, a inexecução contratual não gera dano moral; porém, se daí também resulta adiamento do sonho da realização do casamento, tal circunstância constitui dano moral, por lesão de bem integrante da personalidade, como integridade psicológica, causando dor, sofrimento, tristeza e humilhação à vítima.”

173 Para Mariano Izquierdo Tolsada: “tanto mais nos afastemos do modelo da autonomia

Nenhuma estranheza, pois, deve causar a idéia de que o dano moral possa estar associado ou vinculado ao descumprimento de um contrato. Desde que se configure a ofensa a atributo da personalidade, nada importa que a causa remota desse dano (de natureza moral) tenha sido o inadimplemento de uma obrigação contratual.

Observe-se, por fim, que o dano moral contratual pode decorrer de inadimplemento contratual culposo, como se viu de vários dos exemplos colhidos na jurisprudência. Não há nenhuma exigência de que a conduta do ofensor seja dirigida dolosamente ao descumprimento do contrato¹⁷⁴.

9. A Prova do Dano Moral

É corrente o ensino de que não é exigível a prova do dano moral (tido este como alguma daquelas alterações negativa no psiquismo da vítima), sendo bastante a prova do fato ofensivo capaz de gerar tais alterações, que seriam presumidas em caráter absoluto. É o entendimento do Professor Sergio Cavalieri, para quem: “o dano moral existe *in re ipsa*; deriva inexoravelmente do próprio fato ofensivo, de tal modo que, provada a ofensa, *ipso facto* está demonstrado o dano moral à guisa de uma presunção natural, uma presunção *hominis* ou *facti*, que decorre das regras da experiência comum. Assim, por exemplo, provada a perda de um filho, do cônjuge, ou de outro ente querido, não há que se exigir a prova do sofrimento, porque isso decorre do próprio fato de acordo com as regras de experiência comum”¹⁷⁵.

Do mesmo teor, o ensino de Carlos Alberto Bittar: “Ora, trata-se de presunção absoluta, ou *iuris et de iure*, como a qualifica a doutrina. Dispensa, portanto, prova em concreto. Com efeito, corolário da orientação traçada é o entendimento de que não há que se cogitar de prova de dano moral. Não cabe ao lesado, pois, fazer demonstração de que sofreu, realmente, o dano moral alegado.”¹⁷⁶

Essa idéia, de que o dano moral em geral não depende de comprovação, decorre, a nosso ver, do recorrente erro de perspectiva de identificar o dano moral com aquelas reações de dor, constrangimento, tristeza, vergonha. Par-

contratual, tanto mais recomendável será unificar as esferas, não apenas do ponto de vista metodológico, mas também no que se refere às conseqüências práticas.” (La unificación de la responsabilidad civil contratual y extracontratual (visión europea). *In Responsabilidad por Daños en el Tercer Milenio*. Buenos Aires : Abeledo-Perrot. 1997, 110.

174 V. PIZARRO, Ramón Daniel. *Op. cit.*, p. 167.

175 CAVALIERI FILHO, Sergio. *Op. cit.*, p. 80.

176 BITTAR, Carlos Alberto. **Reparação Civil por Danos Morais**. 2ª ed. São Paulo: RT. 1994, p. 204.

tindo de tal premissa, a solução encontrada não poderia ser outra que não a da inexigibilidade da prova do dano, porque totalmente subjetivo, existente no íntimo do indivíduo e, conseqüentemente, não perceptível pelos sentidos. O dano, assim considerado, teria de ser presumido a partir de algum fato objetivo.

Por esse prisma, em verdade, com base em uma presunção (absoluta, no comum dos casos), acaba-se por indenizar alguém por um dano moral (identificado sempre com “dor”) que poderia nem mesmo existir.

Todavia, substituída a proposição inicial, para considerar o dano moral não como alguma daquelas reações íntimas do ser humano, mas como a lesão a um direito personalíssimo, desnecessário é o recurso a presunções acerca da existência do dano: uma vez violado direito da personalidade, caracterizado estará o dano moral, *independentemente de qualquer reação interna ou psicológica do titular do direito*.

Para o notável Roberto Brebbia, o problema da prova do dano moral se resolve, de forma objetiva, com a comprovação de fato violador de algum dos direitos da personalidade¹⁷⁷.

Pelo menos no tocante aos chamados direitos da personalidade *físicos* e *morais*, a que se refere Carlos Alberto Bittar, o dano moral poderia ser provado diretamente. O recurso à presunção subsistiria, no entanto, em relação aos danos morais consistentes em ofensa a *direitos psíquicos da personalidade*¹⁷⁸ do indivíduo.

10. Conclusões

Dano moral não se confunde com dor, sofrimento, tristeza, aborrecimento, infelicidade, embora, com grande freqüência, estes sentimentos resultem dessa espécie de dano.

Afastada a necessidade de dor, sofrimento espiritual ou qualquer espécie de detrimento anímico para a configuração do dano moral, abre-se espaço para o reconhecimento do respectivo direito de indenização a pessoas incapazes de consciência e discernimento (como se dá no caso das crianças de tenra idade e em alguns casos de doença mental), ou, mesmo, de pessoas incapazes de manifestações psíquicas ou sensoriais negativas diante da ofensa a algum direito de sua personalidade (como no caso de pessoas em estado comatoso).

Embora apenas com o nascimento com vida tenha início a personalidade

177 BREBBIA, Roberto H. *Op. cit.*, p. 85.

178 Na já mencionada classificação propugnada por Carlos Alberto Bittar (**Os Direitos da Personalidade**, p. 57). Mas não subsistiria a presunção em relação aos direitos da personalidade *físicos* e *morais*, porque estes independem de qualquer alteração no estado anímico da vítima.

civil do ser humano, desde a concepção o ser humano já é detentor de personalidade moral a ser protegida.

As pessoas jurídicas, embora despidas de direitos próprios da personalidade humana, são titulares de alguns direitos especiais de personalidade, ajustáveis às suas características particulares e aos seus interesses tuteláveis juridicamente, razão pela qual também são passíveis de dano moral, principalmente no que se refere ao seu conceito dentro da sociedade.

A agressão a bens e valores jurídicos que são inerentes a toda a coletividade, de forma indivisível, faz surgir o dano moral coletivo ou difuso.

Na etiologia do dano moral, inadequada se mostra a distinção entre *lesão* (ou *atividade lesiva*) e *dano* propriamente dito. Diferentemente do que ocorre com o dano material, o dano moral não deve ser associado a algum acontecimento natural (físico ou psicológico), correspondente a um *estrage* ou *avaria*, a uma *diminuição* ou *perda*. É bastante a lesão a direito da personalidade.

Desde que se configure a ofensa a atributo da personalidade, pode o dano moral emergir do inadimplemento de obrigação contratual.

O dano moral é, em verdade, um conceito em construção. A sua dimensão é a dos denominados direitos da personalidade, que são multifacetados, em razão da própria complexidade do homem e das relações sociais.

Os direitos personalíssimos encontram-se sintetizados no *princípio da dignidade da pessoa humana*, consagrado no art. 1º, III, da Constituição Federal. Cabe ao intérprete conferir, em cada caso que se lhe apresente, a interpretação que mais preserve esse princípio.

Com o desenvolvimento social e a conseqüente evolução dos direitos da personalidade o conceito de dano moral tende a ser ampliado, para alcançar situações hoje ainda não consideradas.

Essa ampliação, a despeito das resistências doutrinárias e jurisprudenciais, é inevitável. E, diferentemente do que alguns imaginam, a extensão do conceito de dano moral não transformará a sociedade em uma sociedade de litigantes, mas contribuirá para a formação de uma sociedade na qual o *ser* terá, efetivamente, primazia sobre o *ter* e os direitos da personalidade receberão a consideração e o respeito devidos. ◆

Exercício Impessoal da Jurisdição Civil

ALEXANDRE FREITAS CÂMARA

Advogado. Professor de Direito Processual Civil da EMERJ, da ESAP e dos cursos de pós-graduação das Universidades Estácio de Sá, Cândido Mendes e Católica de Petrópolis e das Faculdades de Direito de Campos (RJ) e de Vitória (ES).

I – Introdução

O objeto deste estudo, é analisar o modo como se relacionam o exercício da jurisdição civil e o princípio da impessoalidade.¹⁷⁹ Pretende-se, com este breve ensaio, demonstrar que seria absolutamente desnecessário, e até mesmo contraproducente, adotar, no direito brasileiro, sistema das súmulas vinculantes (ou de qualquer outro método de vinculação dos órgãos jurisdicionais a decisões proferidas por órgãos superiores). A aplicação à função jurisdicional do princípio da impessoalidade é capaz de produzir um resultado prático ainda melhor do que aquele que se pretende produzir com a eficácia vinculante das decisões judiciais.

O estudo que ora se inicia não se limitará, porém, a examinar em tese o modo como se deve aplicar o princípio da impessoalidade ao exercício da jurisdição. Far-se-á, aqui, também, uma verificação da aplicação concreta do princípio. Em outros termos, buscar-se-á, ao longo da exposição, verificar se os juízes brasileiros têm ou não exercido a jurisdição de forma impessoal, o que se fará pelo exame de acórdãos de diversos tribunais.

II – O princípio da impessoalidade

A Constituição de 1988 só se refere ao princípio da impessoalidade em seu art. 37, que enumera os princípios que regem a função administrativa. Sobre tal princípio, leciona Nagib Slaibi Filho que a impessoalidade deve ser encarada sob dois distintos aspectos: a finalidade pública da função estatal, transcendendo o interesse individual, o que decorre dos princípios republicano e democrático, e o tratamento igualitário perante servidores e administra-

¹⁷⁹ Limito o campo de estudo à jurisdição civil, não por considerar que no campo penal as coisas devam ser diferentes, mas por mera opção metodológica, já que sempre me dediquei ao estudo do direito processual civil, e entendo que o jurista deve, tanto quanto possível, limitar-se a tecer considerações sobre as áreas de sua especialidade, não se podendo admitir a existência de “juristas clínicos gerais”, capazes de se manifestar com proficiência sobre todos os ramos da ciência jurídica.

dos (que decorre do princípio da isonomia).¹⁸⁰

Já para José Afonso da Silva o princípio da impessoalidade significa que os atos estatais não são imputáveis ao funcionário que os pratica, mas ao órgão ou entidade administrativa em nome do qual age o funcionário, mero agente da Administração Pública, não sendo ele, pois, o autor institucional do ato.¹⁸¹

Baseado nessas idéias, ensina José Eduardo Martins Cardozo que “o princípio da impessoalidade deve ter sua ênfase não mais colocada na pessoa do administrador, mas *na própria pessoa do administrado*. Passa a afirmar-se como uma garantia de que este não pode e não deve ser favorecido ou prejudicado, no exercício da atividade da Administração Pública, por suas exclusivas condições e características pessoais”.¹⁸²

Sobre o ponto, baseado em lição de Cirne Lima, ensina notável estudioso do Direito Administrativo que sendo certo que “a lei em si mesma deve respeitar a isonomia, porque a isso a Constituição a obriga (art. 5º, *caput* e inc. I), a função administrativa nela baseada também deverá fazê-lo, sob pena de cometer-se *desvio de finalidade*, que ocorre quando o administrador se afasta do escopo que lhe deve nortear o comportamento – o interesse público”.¹⁸³

Verifica-se, pela lição dos autores citados, que o princípio da impessoalidade tem sido considerado sob dois ângulos distintos: os atos estatais não são atos dos funcionários que os praticam, mas dos órgãos estatais a que os mesmos se vinculam; todos devem ser tratados igualmente pelo Estado, sejam funcionários ou administrados. Disso decorre que o princípio da impessoalidade nada mais parece ser do que uma manifestação especial de outros princípios, dentre os quais estão o da isonomia e o princípio republicano.

Ora, se fosse somente isso, nada justificaria a presença do princípio da impessoalidade entre aqueles autonomamente tratados pela Constituição da República. Há, a meu juízo, um terceiro aspecto de tal princípio, que vem

180 Nagib Slaibi Filho, **Anotações à Constituição de 1988**, Rio de Janeiro: Forense, 4ª ed., 1993, p. 300. No mesmo sentido, cf. Augusto Zimmerman, **Curso de direito constitucional**, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 445

181 José Afonso da Silva, **Curso de direito constitucional positivo**, São Paulo: Malheiros, 10ª ed., 1995, p. 615

182 José Eduardo Martins Cardozo, “Princípios constitucionais da administração pública (de acordo com a Emenda Constitucional nº 19/98)”, in Alexandre de Moraes (coord.), **Os 10 anos da Constituição Federal**, São Paulo: Atlas, 1999, p. 155.

183 José dos Santos Carvalho Filho, **Manual de direito administrativo**, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2ª ed., 1999, p. 13.

sendo ignorado, e que é capaz de lhe assegurar a autonomia que os outros aspectos não proporcionaram.

Sendo os atos estatais imputáveis (como já se viu) ao Estado – ou seja, ao órgão estatal a que se vincula o agente público que o pratica –, não se pode admitir que um ato do Estado seja praticado com apoio nas convicções pessoais do agente público. Pense-se, por exemplo, em um servidor público anticomunista praticando atos administrativos em Cuba; ou um funcionário público marxista praticando atos administrativos nos Estados Unidos da América. As convicções pessoais do agente público não podem ser levadas em consideração no momento da prática do ato administrativo, sob pena de se admitir um ato estatal contrário à tábua axiológica do Estado que o pratica.

É evidente que pode haver funcionários públicos marxistas em países capitalistas (o que, diga-se de passagem, é fenômeno bastante comum); do mesmo modo que pode haver (ou, pelo menos, deveria poder haver) funcionários públicos anticomunistas em países socialistas (ainda que nestes países, infelizmente, a liberdade de expressão tenha sido – e continue a ser – historicamente limitada). Nada lhes dá, porém, o poder de praticar atos administrativos segundo suas convicções pessoais. Pudessem eles fazer isso e os atos que praticassem lhes seriam imputáveis, e não ao Estado, que não compartilha daqueles valores em que se baseou o agente público.

Assim, é parte integrante do princípio da impessoalidade a proibição, imposta ao agente público, de praticar atos administrativos segundo suas convicções pessoais, sempre que estas forem divorciadas da vontade do Estado.

Exemplo de violação desse princípio constitucional se tem (para que se figure hipótese mais próxima da realidade brasileira) quando, em concurso público, o examinador considera errada resposta que tem respaldo em enunciado sumulado do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça. Em casos assim, o examinador que considera correta somente aquela resposta que coincide com sua convicção pessoal está exercendo função administrativa sem impessoalidade. A correção da prova de concurso deixa de ser ato do Estado e passa a ser ato pessoalmente imputável ao examinador, devendo ser o concurso considerado absolutamente nulo, por violação do disposto no art. 37 da Constituição da República.

III – A jurisdição civil no Estado Democrático brasileiro

No Brasil, Estado Democrático por determinação constitucional e por conquista da sociedade, a jurisdição é exercida, em matéria civil, por órgãos estatais denominados *juízos*, os quais integram o assim chamado *Poder Judiciário*. Sendo a jurisdição a função estatal de atuar a vontade concreta do direito objetivo, seja afirmando-a, seja realizando-a praticamente, seja as-

segurando a efetividade de sua afirmação ou de sua realização prática,¹⁸⁴ é preciso conhecer os princípios que regem seu exercício no Estado Democrático. Afinal, toda função estatal em um Estado Democrático deve ser exercida democraticamente.

Muitos desses princípios vêm explicitamente estabelecidos na Constituição da República. É o caso do *devido processo legal*, do *contraditório*, da *motivação das decisões judiciais*, entre outros. O princípio da impessoalidade, todavia, vem mencionado no texto constitucional apenas em relação à função administrativa. Conseqüência disso é que normalmente as obras de direito processual que tratam dos princípios constitucionais desse ramo do direito não se referem ao mesmo.¹⁸⁵ Apesar disso, não se pode negar que tal princípio incide no plano processual. Isto decorre do fato de ser o princípio da impessoalidade uma manifestação do princípio democrático (como diz Nagib Slaibi Filho, em passagem anteriormente citada). Ora, toda manifestação do princípio democrático incide, necessariamente, sobre a função jurisdicional, sob pena de se ter exercício ilegítimo da jurisdição.

Não se pode, porém, chegar ao ponto de afirmar que a doutrina seja absolutamente silente em relação ao ponto. Em importante obra de exposição sistemática do direito processual civil brasileiro, Cândido Rangel Dinamarco faz referência à sua incidência.¹⁸⁶ Para o grande processualista das Arcadas, o fato de ser o Estado (e não o juiz) quem ocupa posição de sujeito da relação processual tem como corolário imediato a impessoalidade. Sendo assim, ensina Dinamarco, o juiz não atua em função de seus interesses ou escopos pessoais, mas dos escopos que motivam o Estado a exercer a função jurisdicional.

Isso teria (sempre segundo Dinamarco) algumas conseqüências, dentre as quais a *continuidade no exercício da jurisdição* (não se exigindo a presença do mesmo juiz ao longo de todo o processo, uma vez que sujeito da relação processual não é o juiz, mas o Estado). Outra conseqüência seria a

184 Definição que apresentei em Alexandre Freitas Câmara, **Lições de direito processual civil**, v. I, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 8ª ed., 2ª tiragem, 2003, p. 69. Esta definição tem base no célebre conceito de Giuseppe Chiovenda, **Instituições de direito processual civil**, v. II, trad. bras. de J. Guimarães Menegale, São Paulo: Saraiva, 3ª ed., 1969, p. 3.

185 Não se encontra alusão ao princípio da impessoalidade nas obras dedicadas ao estudo do chamado *direito processual constitucional*. O princípio é ignorado tanto em obras clássicas, como a de Roberto Rosas, quanto em obras moderníssimas, como a de Paulo Roberto Gouvêa Medina.

186 Cândido Rangel Dinamarco, **Instituições de direito processual civil**, v. I, São Paulo: Malheiros, 2001, pp. 325-328. Tudo o que vai a seguir no texto sobre as lições de Dinamarco a respeito da impessoalidade no exercício da jurisdição tem base no trecho citado nesta nota.

proibição de julgamentos baseados na ciência privada dos fatos que tenha o juiz, sendo-lhe defeso conhecer daquilo que não tenha sido trazido aos autos. Além disso, é de se considerar que os mandados de segurança contra atos judiciais são, na verdade, destinados a impugnar atos *do juízo*, e não atos do juiz. Aponta, ainda, Dinamarco como corolário da impessoalidade o fato de que a competência deve ser aferida com referência ao juízo, e não ao juiz.

Afirma Dinamarco que dois são os mais destacados desdobramentos da impessoalidade no exercício da jurisdição: o dever de imparcialidade do juiz e a indelegabilidade da jurisdição.

Ensina o destacado processualista de São Paulo que em um Estado de Direito não pode o juiz, mero agente do Estado (e, sempre segundo Dinamarco, mero ocupante passageiro de um cargo), sobrepor seus sentimentos ou seus próprios interesses aos critérios de justiça consagrados objetivamente pelo Estado na Constituição e nas leis.

Além disso, não há como admitir que as competências sejam delegadas, uma vez que o poder de julgar não pertence ao juiz, mas ao Estado (afinal, não pode o juiz delegar o que não lhe pertence).

Por fim, lembra Dinamarco que a impessoalidade leva à ausência de faculdades do juiz ao longo do processo. O juiz tem, ao longo da marcha do processo, poderes e deveres. Não pode, contudo, ter faculdades. Estas se definem como *liberdade de conduta e de exercício dos direitos segundo escolhas próprias e o interesse de cada um*, sendo certo que o juiz não tem faculdades, simplesmente porque não há interesses ou direitos seus em jogo no processo.

Da leitura do que acaba de ser dito a respeito da visão de Cândido Dinamarco a respeito da impessoalidade no exercício da jurisdição, facilmente se vê que aquele notável processualista levou em conta apenas os dois aspectos tradicionalmente considerados do princípio da impessoalidade, deixando de lado aquele outro aspecto que suscitei anteriormente (o da impossibilidade de o agente público exercer suas funções com base em convicções pessoais estranhas à vontade do Estado).

Este último aspecto, todavia, não pode ser desconsiderado. Não pode o juiz exercer a função jurisdicional, em nome do Estado, com base em suas convicções pessoais quando as mesmas forem dissonantes da vontade estatal. Admitir tal exercício baseado em convicções pessoais levaria a aceitar ser legítima a existência de decisões divergentes (porque baseadas em entendimentos jurídicos diferentes) a respeito da mesma matéria de direito.

Uma perfunctória leitura do direito processual civil vigente no Brasil leva o intérprete a concluir que não pode haver mesmo divergência legítima na interpretação das normas jurídicas. Alguns institutos do nosso sistema pro-

cessual civil mostram isso facilmente.

Em primeiro lugar, o incidente de uniformização de jurisprudência, que leva o órgão especial ou o plenário de um tribunal local (estadual ou federal) a estabelecer qual a forma correta de se resolver certa *quæstio iuris*, vinculando o órgão fracionário, que julgará a causa em que tenha sido instaurado o incidente obrigatoriamente com base no entendimento que, segundo a decisão do órgão mais amplo do tribunal, deve prevalecer.

Em segundo lugar, o *novo mecanismo de uniformização de jurisprudência*, que também pode ser chamado de *incidente de assunção de competência*, previsto no art. 555, § 1º, do Código de Processo Civil, através do qual o órgão fracionário do tribunal a que caiba julgar um recurso (ou um processo de competência originária, ou qualquer outro incidente processual) pode transferir para outro órgão, mais amplo, a competência para efetuar o julgamento, a fim de prevenir ou compor divergências entre órgãos do tribunal.

Em terceiro lugar, o recurso especial por dissídio na interpretação da lei federal, previsto no art. 105, III, c, da Constituição da República, responsável por mostrar que o Superior Tribunal de Justiça é o órgão legitimado pela Constituição para estabelecer qual é a interpretação correta da lei federal.

Em quarto lugar, o recurso extraordinário, que mostra ser o Supremo Tribunal Federal o intérprete autorizado da Constituição da República, cabendo-lhe dar a palavra final quanto à interpretação da Lei Maior.

Em quinto lugar, os embargos de divergência, que mostram que nem mesmo as divergências internas surgidas no seio do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça são toleráveis pelo sistema, devendo ser compostas.

Por fim, os diversos casos em que se dá ao relator o poder de proferir decisões monocráticas com base na súmula ou na jurisprudência dominante dos tribunais superiores (*e.g.*, arts. 120, parágrafo único, e 557, *caput* e § 1º – A, ambos do CPC).

Todos esses casos mostram que, em matéria de direito, só pode haver uma interpretação adequada da norma jurídica, seja ela constitucional ou legal, e essa é a interpretação estabelecida pelo órgão tornado, pela Constituição da República, o intérprete autorizado da norma (STF ou STJ, conforme o caso).

É evidente que isso não deve ser entendido de forma que congele a evolução da jurisprudência. Sendo assim, deve-se considerar que os juízos inferiores devem, necessariamente, decidir no mesmo sentido já pacificado pelos tribunais de superposição, salvo quando houver algum argumento novo, ainda não submetido a discussão no tribunal superior. Sempre que um magistrado decidir com base em entendimento já rejeitado pelos tribunais

de superposição, estará decidindo conforme uma sua convicção pessoal divorciada da vontade estatal, sendo essa decisão, pois, baseada em critérios pessoais, o que viola o princípio da impessoalidade.

Insista-se, porém, num ponto: tendo o magistrado algum fundamento novo, que ainda não tenha sido objeto de análise pelo tribunal superior, poderá ele decidir com base em tal fundamento inédito, o que acabará servindo para a interposição posterior de recurso (especial, por exemplo), o que provocará o exame, pelo tribunal de superposição, do argumento novo, o que poderá acarretar uma mudança de orientação jurisprudencial.

Esse fundamento novo, registre-se, não precisa necessariamente ser uma teoria jurídica nova. Também a constatação de que houve uma mudança dos valores da sociedade (em confronto com os valores vigentes quando foi firmado o entendimento dominante) pode levar à prolação de decisão divergente, afinal os valores da sociedade devem, necessariamente, ser levados em conta na construção do direito a que tal sociedade se submete.

Isto não significa dizer, evidentemente, que o juiz esteja obrigado a pensar do mesmo modo que pensam os integrantes dos tribunais superiores. O magistrado continua a ter liberdade de pensamento, e pode expor sua convicção pessoal a respeito da matéria na decisão. Deve, porém, ressaltar esse seu entendimento pessoal contrário ao dominante e, não tendo argumentos novos, decidir com base na súmula ou na jurisprudência dominante dos tribunais de superposição.

Figure-se, por exemplo, um juiz para quem não se possa cumular a indenização do dano material com a compensação do dano moral. Deve esse juiz ressaltar sua opinião em sentido contrário e decidir admitindo tal cumulação, já consagrada na súmula da jurisprudência dominante do STJ. A ressalva do entendimento pessoal, porém, não lhe pode ser vedada, principalmente em razão dos compromissos acadêmicos que o juiz pode ter. Não se pode afastar a possibilidade de o juiz ser também um doutrinador ou um professor, e a liberdade de pensamento do doutrinador, bem assim a liberdade de cátedra do professor, permitem-lhe afirmar que, a seu sentir, determinada orientação jurisprudencial está errada. E seria, para dizer o mínimo, constrangedor para um juiz que exerça o magistério sustentar em sala de aula determinada tese e ver um seu aluno afirmar que leu uma sentença proferida em sentido diverso pelo próprio professor.

Entendo, assim, que o princípio da impessoalidade impõe ao juiz que sustenta entendimento teórico a respeito da interpretação de certa norma jurídica divergente do dominante (e baseado em fundamentos já rejeitados pela jurisprudência) que, ressaltando sua opinião pessoal, decida com base no entendimento jurisprudencial já pacificado. Decidir de outro modo serve,

na prática, apenas para que se retarde ainda mais a já normalmente demorada entrega da prestação jurisdicional.

IV – O exercício impessoal da jurisdição civil na prática forense

É fácil encontrar casos concretos em que houve exercício impessoal da jurisdição civil nos tribunais brasileiros. No STJ, por exemplo, merece referência recente acórdão proferido pela Terceira Turma no recurso especial nº 466819/GO (publicada no DJ de 19/5/2003), em que o relator, Ministro Ari Pargendler, ressaltou entendimento pessoal para votar na forma da jurisprudência pacificada da Corte. Outro acórdão do STJ em que se faz alusão ao ponto é o proferido no agravo regimental no agravo de instrumento nº 479611/SP, relator o Ministro Gilson Dipp (publicado no DJ de 24/3/2003), em cuja ementa se lê, a certa altura, que “com a ressalva do entendimento pessoal deste Relator, deve prevalecer o entendimento prescrito pela Eg. Corte Especial, em face da missão institucional deste Tribunal, quanto à uniformização da matéria infraconstitucional em sede de recurso especial”.

O mesmo fenômeno pode ser visto no Supremo Tribunal Federal. O Ministro Carlos Velloso, por exemplo, proferiu decisão monocrática em 13/6/2003 no recurso extraordinário nº 187740/MG, ressaltando seu entendimento pessoal a respeito da aplicabilidade da imunidade tributária quando se trata de imóvel locado de instituição de assistência social. Também exerceu a jurisdição civil com impessoalidade o Ministro Sepúlveda Pertence, ao relatar o recurso extraordinário nº 222532/MG, em cujo acórdão (publicado no DJ de 1/9/2000) se lê: “1. Servidor estadual em estágio probatório: exoneração não precedida de procedimento específico, com observância do direito à ampla defesa e ao contraditório, como impõe a Súmula 21 – STF: nulidade. 2. Nulidade da exoneração: efeitos. Reconhecida a nulidade da exoneração deve o servidor retornar à situação em que se encontrava antes do ato questionado, inclusive no que se refere ao tempo faltante para a complementação e avaliação regular do estágio probatório, fazendo jus ao pagamento da remuneração como se houvesse continuado no exercício do cargo; ressalva de entendimento pessoal do relator manifestado no julgamento do RE 247.349”.

Não é apenas nos tribunais de superposição que esse fenômeno pode ser observado. Também nos tribunais locais podem ser vistas decisões em que magistrados ressaltam suas opiniões pessoais e decidem na linha preestabelecida pelos tribunais superiores. À guisa de exemplo, pode-se fazer referência ao Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, onde, entre muitos outros, pode ser referido o acórdão proferido pela Décima Sétima Câmara Cível no agravo de instrumento nº 15279/2002 (julgado em 30/10/2002), relatora a Desembargadora Maria Inês Gaspar, em cuja ementa

se lê, *verbis*: “Agravo de instrumento. Direito processual civil. Competência. Caixa de Assistência da OAB. Com ressalva de meu entendimento pessoal, a jurisprudência emanada do E. Superior Tribunal de Justiça é no sentido de que a competência para julgar ações em que figure como parte a Caixa de Assistência dos Advogados é da Justiça Federal. Precedentes da Corte Superior. Agravo provido”.

Há, porém, ainda quem decida contrariamente à jurisprudência dominante (sumulada ou não) dos tribunais de superposição. Foi o que se deu, por exemplo, no agravo de instrumento nº 2619/2001, julgado pela Quarta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (em 11/2/2003), relator o Desembargador Reinaldo Pinto Alberto Filho, em que se considerou ser a apelação (e não o agravo) o recurso cabível contra a decisão que indefere a denunciação da lide, em entendimento manifestamente contrário ao da jurisprudência pacificada do STJ.¹⁸⁷

Outro caso que pode ser encontrado na jurisprudência do TJRJ (coincidentalmente oriundo também da Quarta Câmara Cível) é o acórdão proferido na apelação cível nº 20.804/2002 (julgada em 10/12/2002), relator o Desembargador Jair Pontes de Almeida, em que se decidiu no sentido de que a pessoa jurídica não pode sofrer dano moral, contrariando-se, assim, o enunciado nº 227 da súmula da jurisprudência dominante do STJ.

Muitos outros exemplos, de vários outros tribunais, poderiam ser aqui trazidos à colação. O que importa, porém, não é a quantidade de vezes em que decisões são proferidas contrariando entendimentos já pacificados dos tribunais de superposição, nas quais são reiterados argumentos já rejeitados por aquelas Cortes Superiores. Importante para este estudo é o mero fato de que o fenômeno ocorre na prática. Ainda que só houvesse pouquíssimos casos de sua incidência, tais pouquíssimos casos já justificariam este ensaio.

É certo que o Direito não é uma ciência exata, razão pela qual não se pode dizer qual é o entendimento certo a respeito de determinada matéria. Por isso mesmo, são legítimas todas as divergências doutrinárias existentes. Não se pode, porém, esquecer que uma divergência doutrinária, de índole científica, não interfere decisivamente no destino das pessoas como a divergência jurisprudencial o faz. E é muito difícil para um leigo em Direito entender as razões que o levaram a ser vencido em um processo quando o seu vizinho, que tinha uma causa rigorosamente idêntica à sua, saiu vencedor. Imagine-se, por exemplo, que duas pessoas jurídicas diferentes, tendo am-

187 Não se pode deixar de registrar, porém, que o mesmo órgão do TJRJ, em caso que teve como relator o mesmo magistrado, em acórdão mais recente, decidiu no sentido da jurisprudência dominante, observando, assim, o princípio da impessoalidade (agravo de instrumento nº 3553/2003, julgado em 1/4/2003).

bas um sócio em comum, tenham visto seus nomes indevidamente inscritos em cadastros de maus pagadores. Como explicar para aquele sócio das duas empresas as razões que levaram o Judiciário a entender que uma sofreu dano moral e a outra não?

A divergência apontada no exemplo que acaba de ser figurado tem, ainda, outro inconveniente: ao se aceitar que uma pessoa jurídica tenha um dano moral reconhecido e a outra não, o Judiciário estaria impondo tratamento desigual a pessoas que se encontram em posições jurídicas rigorosamente iguais, o que viola o princípio constitucional da isonomia. Sendo certo que todos são iguais perante a lei (*rectius*, o direito), deve ser certo também que a lei (*rectius*, o direito) é igual para todos.

Fica aqui, mais uma vez, clara a ligação entre os princípios da isonomia e da impessoalidade, anteriormente apontada.

Mais uma vez, porém, é preciso que se diga: não sendo o Direito uma ciência exata, não se pode afirmar com certeza qual é o entendimento certo a respeito de um determinado assunto. Como, então, afirmar que os juízos devem submeter-se a certos entendimentos? Ora, já que não se pode afirmar com certeza que determinado entendimento é melhor que outro, a única forma de se ter alguma segurança nas relações jurídicas é optando-se pelos entendimentos já pacificados nos tribunais de superposição, já que estes são tornados, pela Constituição da República, os intérpretes autorizados das normas jurídicas. Neste sentido, aliás, manifestaram-se Teresa Arruda Alvim Wambier e José Miguel Garcia Medina, afirmando que “ainda que possa ocorrer não ser a interpretação dos Tribunais Superiores ontologicamente a *melhor*, não há, no direito brasileiro, outro critério, senão este, que corresponde exata e precisamente à função desses Tribunais, que é a de *uniformizar* a interpretação da lei federal e da Constituição, garantindo o respeito por parte dos outros órgãos do Poder Judiciário dos dispositivos legais de lei federal e da Constituição nos termos daquilo que eles (os Tribunais Superiores) consideram correto”.¹⁸⁸ Devem, pois, ser respeitados os entendimentos dos tribunais de superposição, como se corretos fossem, cabendo aos demais juízos decidir no mesmo sentido daquelas Cortes, salvo no caso de se poder trazer a lume algum fundamento novo, que ainda não tenha sido objeto de apreciação pelos tribunais superiores.

V – Exercício pessoal da jurisdição X jurisprudência vinculante

188 Teresa Arruda Alvim Wambier e José Miguel Garcia Medina, *O dogma da coisa julgada*, São Paulo: RT, 2003, p. 67-69.

Resta uma última questão a enfrentar: ao sustentar o necessário exercício pessoal da jurisdição, não estaria sendo defendido, afinal de contas, que a jurisprudência tenha eficácia vinculante?

É grande a diferença entre os dois sistemas e, a meu ver, há nítida vantagem na adoção do sistema que prega o exercício pessoal da jurisdição sobre o modelo da jurisprudência vinculante.

Ao atribuir eficácia vinculante às decisões dos tribunais superiores, o ordenamento jurídico obrigaria os juízos inferiores a decidir no mesmo sentido já estabelecido pelas Cortes Superiores. Não seria possível, pois, aos magistrados que atuassem nos órgãos inferiores buscar novos fundamentos, congelando-se assim a jurisprudência. Apenas os integrantes dos próprios órgãos superiores, de onde proviriam as decisões vinculativas, poderiam rever tais entendimentos. Por outro lado, ao se pregar o exercício pessoal da jurisdição, o que se sustenta é que os magistrados em exercício nos órgãos inferiores continuariam livres para julgar conforme lhes parecesse correto sempre que pudessem fundamentar sua decisão em alguma consideração nova, que ainda não tivesse sido submetida aos tribunais de superposição e por eles rejeitada. Só não se poderia, com o exercício pessoal da jurisdição, reiterar fundamentos já rejeitados, o que só serve para atrasar a entrega da prestação jurisdicional (já que contra a decisão contrária ao entendimento pacificado certamente será interposto recurso, a que se dará provimento para que a causa seja decidida no mesmo sentido anteriormente estabelecido pelos tribunais superiores).

O exercício pessoal da jurisdição, pois, é capaz de conciliar a segurança jurídica com a adequada celeridade processual, evitando-se que a entrega da tutela jurisdicional seja indevidamente retardada. Além disso, o exercício pessoal da jurisdição decorre do sistema jurídico vigente, enquanto a atribuição de eficácia vinculante à jurisprudência dependeria de uma reforma constitucional que há anos é esperada sem que se tenha ainda qualquer perspectiva concreta de sua aprovação.

Para que o sistema de prestação jurisdicional se aproximasse, ainda mais, do ideal de celeridade com segurança que se busca para que se possa alcançar o escopo pacificador da jurisdição, entretanto, não bastaria que todos os magistrados do país passassem a exercer a função jurisdicional de forma pessoal. Seria importante, ainda, a criação de uma figura processual ainda desconhecida do direito processual brasileiro: a súmula impeditiva de recurso. Com a criação desse novo instituto, sempre que um tribunal decidisse no mesmo sentido da súmula, contra tal decisão não caberia nenhum recurso para os tribunais superiores. Decidindo o tribunal contrariamente à

súmula (o que só seria possível quando o tribunal inferior adotasse, na motivação da decisão, fundamento inédito, ainda não apreciado pelos tribunais de superposição), desta decisão caberia recurso, o que permitiria que se levasse às Cortes Superiores os novos fundamentos, viabilizando-se, desse modo, a revisão dos entendimentos daqueles tribunais e, por conseguinte, impedindo-se o congelamento da jurisprudência.

VI – Conclusão

Conclui-se este estudo com a afirmação de que nossos juízes já se deram conta, em sua maioria, da necessidade de se exercer a jurisdição civil de forma impessoal, ressaltando seus entendimentos pessoais e decidindo com base na jurisprudência pacificada (sumulada ou não) dos tribunais de superposição. É preciso, porém, vencer as últimas resistências, evitando-se decisões baseadas em entendimentos já superados pela jurisprudência, ainda que legítimos do ponto de vista doutrinário.

O exercício impessoal da jurisdição civil, aliado à criação, aqui proposta, das súmulas impeditivas de recurso, poderá levar o Poder Judiciário a atuar de forma a produzir resultados seguros e rápidos, aproximando-se ainda mais o processo civil brasileiro do seu ideal maior: o de ser verdadeiro instrumento de acesso a uma ordem jurídica mais justa. ♦

O Impacto do Novo Código Civil no Mundo dos Contratos

SYLVIO CAPANEMA DE SOUZA

Desembargador do TJRJ. Professor da EMERJ

Os novos institutos da lesão e da resolução dos contratos por onerosidade excessiva, agora inseridos, ainda que com grande atraso, em nosso direito positivo, nos artigos 157 e 478 do Código Civil, produzirão forte impacto no complexo e sensível mundo dos negócios jurídicos.

Inspiram-se eles na idéia de boa-fé objetiva, que hoje permeia o direito obrigacional e que exige, em todos os contratos, uma conduta honesta, leal e transparente, além de equações econômicas razoavelmente equilibradas.

A lesão aparece como um dos vícios dos negócios jurídicos, um defeito de vontade, que ocorre quando alguém se aproveita da premente necessidade de outrem, ou de sua inexperiência, para lhe impor uma prestação manifestamente desproporcional à contraprestação.

O contrato, como se percebe, já nasce desequilibrado, maculado pela lesão, em razão do malicioso aproveitamento de uma das partes da vulnerabilidade da outra.

Constituindo vício de vontade, que antecede à celebração do contrato, sua consequência é a sua anulabilidade, a qual poderá ser evitada, se a parte favorecida concordar com a redução do proveito.

A desproporção entre as prestações contrapostas terá que ser aferida segundo os valores vigentes na época em que foi celebrado o negócio jurídico, não se caracterizando a lesão se o desequilíbrio econômico decorre de fatos supervenientes.

Ressalte-se que não é qualquer desproporção que tipificará o vício da lesão, conduzindo à anulação do contrato. Para isto será preciso que a prestação imposta à parte seja manifestamente desproporcional à contraprestação, o que incumbirá ao julgador aferir, diante de cada caso concreto.

Vislumbra-se, na redação do artigo 157, e com absoluta nitidez, a nova técnica adotada pelo Código Civil, de cláusulas abertas, que envolvem princípios indefinidos, o que aumenta, e muito, a discricionariedade dos juízes.

Será o juiz, em seu prudente arbítrio, ancorado na experiência comum dos fatos da vida, e diante de cada caso concreto, que irá aferir se houve, ou não, manifesta desproporção, capaz de romper o razoável equilíbrio da

base econômica do negócio. Para isto terá que ter muito maior sensibilidade e conhecimentos técnicos, para atuar como o grande equilibrador ético e econômico das relações contratuais.

Aproxima-se a regra do artigo 157 do Código Civil do que dispõe a primeira parte do inciso V do artigo 6º do Código de Defesa do Consumidor, que também trata da lesão.

Entendemos, por isto mesmo, que, ao invés de pleitear a anulação do contrato, a parte que foi vítima da lesão poderá também buscar a sua modificação, para estabelecer o equilíbrio da equação econômica, se isto lhe for mais conveniente.

A onerosidade excessiva, ao contrário da lesão, não constitui vício de vontade, decorrendo, sempre, de fatos supervenientes à celebração do contrato e inimputáveis às partes.

Neste caso, o contrato nasceu justo e equilibrado, agindo as partes com boa-fé, não querendo uma aproveitar-se da outra. A ruptura da base negocial se dá por fatos subseqüentes ao nascimento do contrato, razão pela qual não há que se falar em anulação, e sim em resolução.

Nos contratos de execução continuada ou de trato sucessivo, pode ocorrer que um fato imprevisível para as partes venha a repercutir intensamente na sua equação econômica, desequilibrando-a, tornando-o excessivamente oneroso.

Seria atentatório aos princípios da função social e da boa-fé que se mantivesse a parte aprisionada pelo vínculo contratual que a levaria à ruína, e que não teria constituído, se lhe fosse possível prever o futuro.

A leitura do artigo 478 nos revela que o Código Civil condiciona a resolução do contrato, por onerosidade excessiva, a acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, ao contrário do Código do Consumidor, que alude, apenas, a fatos supervenientes, prescindindo da imprevisibilidade.

Frise-se, por oportuno, que também não é qualquer prejuízo que amparará o pedido de resolução. A parte poderá perder mais do que previa, ou ganhar menos do que esperava, sofrendo prejuízo, ao invés de auferir lucro, e nem assim estará autorizada a reclamar a resolução do contrato.

Isto porque o artigo 478 alude a uma modificação que torne o contrato excessivamente oneroso, e não apenas mais oneroso, e com extrema vantagem para a outra parte, o que é muito diferente.

Mais um exemplo de cláusula aberta, a desafiar a argúcia e sensibilidade dos magistrados. O legislador não fornece limites objetivos para se aferir quando a onerosidade se tornou excessiva, nem como a partir de que valor se configurará a extrema vantagem para outra parte.

O texto legal refere-se, apenas, à resolução do contrato, a requerimento

da parte prejudicada, o que também poderá ser evitado, oferecendo-se o réu a modificar, eqüitativamente, as condições da avença.

Parece-nos evidente que, embora não o diga expressamente, a regra do artigo 478 também poderá ser invocada, caso prefira a parte prejudicada apenas modificar ou rever a cláusula que se desequilibrou, se não lhe convier a dissolução do contrato, o que é, na prática, muito freqüente.

Convém observar que já está em tramitação, no Congresso Nacional, o Projeto de Lei nº 6.960/02, de autoria do Deputado Ricardo Fiúza, que altera a redação do artigo 478, para nela introduzir que a parte prejudicada poderá optar entre a resolução do contrato ou a sua modificação, para que se restaure a comutatividade inaugural.

Anima-nos ainda a esperança que a construção pretoriana irá temperar a interpretação do artigo 478, para admitir a resolução ou modificação do contrato, mesmo se a onerosidade excessiva decorrer de fato previsível, mas desde que sejam imprevisíveis os seus efeitos.

Não será difícil perceber, após estes despreziosos comentários, que o Código abre a janela para uma nova dimensão ética, purificando os contratos com a idéia de boa-fé e lealdade, e propiciando relações obrigacionais sempre justas e equilibradas.

O grande desafio que se abre para os juizes, e que poderá transformar o novo Código em terrível frustração ou redenção ética, é o trabalho de conciliar estes novos conceitos de boa-fé e função social, com os princípios tradicionais da autonomia da vontade e da força obrigatória dos contratos, que não foram, e nem poderiam ser, revogados.

Como o sistema agora é de cláusulas abertas, o que confere ao juiz muito maior discricionariedade e poder de atuação política, será preciso encontrar o exato ponto de equilíbrio entre a manutenção da idéia do ***pacta sunt servanda***, que continuará sendo um dos pilares de sustentação da teoria geral dos contratos, e o conceito de boa-fé objetiva e de função social do direito.

O novo Código não representa a morte dos valores fundamentais que sempre inspiraram o mundo dos contratos, e sim o seu temperamento, para adaptá-los a um outro tempo, preocupado com a construção da dignidade do homem e de uma sociedade mais justa e fraternal.

A Magistratura brasileira está preparada para enfrentar o desafio, e, por certo, o vencerá. ◆

A Inconstitucionalidade da Cláusula de Inalienabilidade e da Declaração de sua Justa Causa, Prevista no Novo Código Civil para os Testamentos Lavrados na Égide do Código de 1916

GUSTAVO BANDEIRA

Juiz do TJ/RJ. Titular da 1ª Vara Empresarial da Capital. Coordenador do Curso de Direito da Universidade Estácio de Sá-Campus Menezes Cortes. Professor de Direito Civil e Direito de Informática.

I. INTRODUÇÃO

O gravame de inalienabilidade incidente sobre a legítima dos herdeiros é tema que, não é de hoje, suscita controvérsias na doutrina e jurisprudência. Muito se tem discutido sobre os inconvenientes da restrição imposta aos herdeiros legítimos, que ficam no todo privados de um dos poderes, quiçá de maior relevância, inerente à propriedade, que é o poder de dispor da coisa. Além disso, retira-se do comércio o bem clausado, contrariando o interesse social da circulação da riqueza, que fica subjugado pelo interesse particular do testador. Discute-se, por outro lado, da possibilidade da sub-rogação do gravame, vedada pelo art. 1.676 do atual CC, salvo nos casos de expropriação ou execução fiscal. Temperamentos doutrinários e jurisprudenciais acarretaram a flexibilização da regra, permitindo a sub-rogação, por decisão judicial, excepcionalmente, quando devidamente comprovada a necessidade premente do onerado e indispensável para um melhor aproveitamento da propriedade, substituindo-se o bem imóvel gravado por outro de valor equivalente (art. 1.677 do CC).

Outras questões, como a insegurança jurídica decorrente da fraude eventualmente perpetrada pelos onerados e a desnecessidade de justificação do ônus imposto pelo testador, também são motivos de críticas por parte da doutrina que, em sua quase unanimidade, condena a adoção do gravame por parte do direito pátrio, único a aceitar tal limitação, de forma absoluta¹⁸⁹, à

189 Orlando Gomes noticia que a civilística francesa sempre foi aversa ao gravame, admitindo-o apenas quando temporário e baseado em interesse sério. Sucessões. Rio de

legítima dos herdeiros.¹⁹⁰

A entrada em vigor do Novo Código Civil deve reacender a discussão em torno do direito do testador gravar a legítima dos herdeiros com a cláusula de inalienabilidade. Isso porque, dentre as diversas inovações ocorridas no campo do direito sucessório, como a elevação do cônjuge a herdeiro necessário (art. 1.845) e a impossibilidade do testador determinar a conversão dos bens da legítima em outros (1.848, §1º), destaca-se a mudança de tratamento conferida ao poder do testador gravar a legítima dos herdeiros com cláusula de inalienabilidade. Exige-se, a partir do Novo Código, que o testador declare a “justa causa” que o levou a prática do ato, sob pena de nulidade. Trata-se, portanto, de condição de validade da referida cláusula.

Independentemente da controvérsia que o conceito de “justa causa” faz surgir, já que indeterminado, a exigência em questão suscita relevante discussão acerca da constitucionalidade da regra de transição prevista pelo Novo Código Civil, no art. 2.042 das Disposições Finais e Transitórias. Segundo a referida norma, a declaração de justa causa também se aplica aos testamentos lavrados na vigência do código de 1916, devendo os testadores, no prazo assinalado, aditarem o ato para declarar o justo motivo da cláusula aposta à legítima, sob pena de não subsistir a restrição (art. 2.042).

Frente a este quadro, pretendemos dirigir nosso trabalho para a análise de duas questões relevantes que envolvem o gravame da inalienabilidade à legítima dos herdeiros.

A primeira diz respeito à constitucionalidade da referida regra de transição, que exige do testador o aditamento do testamento, para declarar a justa causa da cláusula oposta à legítima do herdeiro, sob pena de não subsistir a restrição. A análise da questão terá por embasamento o princípio constitucional que garante a intangibilidade do ato jurídico perfeito, o qual está imune às inovações ocorridas no plano infraconstitucional, assim como o princípio regente dos negócios jurídicos, ***tempus regit actum***.

No outro pólo, pretendemos abordar questão certamente mais polêmica e ainda não suscitada no meio acadêmico, relativa à própria constitucionalidade da cláusula de inalienabilidade incidir sobre a legítima dos herdeiros. Tal abordagem teve origem no fato de a doutrina nacional, em sua quase unanimidade, criticar severamente a clausulação da legítima dos herdeiros, ao argumento de que a mesma “*devia ser abolida da legislação, principalmente quando incidindo sobre a legítima do herdeiro necessário*”.¹⁹¹ Orlando Gomes é

Janeiro: Forense, 1999, p. 158.

190 Rodrigues, Silvio. **Direito Civil**, V. VII. São Paulo: Saraiva, 1999, p.183.

191 Rodrigues, Silvio. *Ob. Cit.*, p.187.

enfático e assevera que “*necessário se torna, assim, abolir a prerrogativa de clausar os bens com a inalienabilidade, ao menos os da legítima*”¹⁹².

Ocorre que, o inconformismo da doutrina pátria, neste ponto, é passivo, na medida em que, apesar de repelir veementemente o instituto em exame, fica no aguardo de que o legislador venha a atender ao seu anseio, retirando a possibilidade de oneração da legítima de nosso ordenamento jurídico. Não obstante, até que isso aconteça, curva-se ao disposto em lei e se aceita o gravame.

Mas será mesmo necessária a modificação do Código Civil para impedir que a legítima dos herdeiros sofra tamanha restrição, equivalente quase ao esvaziamento do conteúdo econômico do bem herdado ou, segundo Orlando Gomes¹⁹³, na completa inutilidade da herança?

Nossa proposta, portanto, é analisar o dispositivo legal que garante ao testador o direito de restringir a herança dos herdeiros necessários, impondo o gravame da inalienabilidade à sua legítima (art. 1.676), à luz do direito constitucional, em especial à luz do direito individual à herança, constitucionalmente assegurado, sem qualquer restrição, pelo art. 5, inciso XXX da CF.

II. GENERALIDADES SOBRE A INALIENABILIDADE

II. 1. ORIGENS E FINALIDADE

Até 31 de dezembro do ano de 1907, quando entrou em vigor o Dec.1.839/07, denominado Lei Feliciano Pena, a cláusula de inalienabilidade absoluta era defesa em nosso ordenamento jurídico, no pressuposto de que encerrava condição ou encargo impossível e ilícito. Admitia-se, apenas, a inalienabilidade relativa (Ordenações, Livro 4º, Título 11), ou seja, com a declaração de uma **causa vestita**.¹⁹⁴

A legítima, até então, era uma quota da herança, reservada pela lei aos herdeiros necessários, em propriedade plena e sem quaisquer restrições.¹⁹⁵ Segundo José Ulpiano, “a legítima não podia ser fraudada por condições, encargos e legados, e muito menos pela eleição de certos bens para ela, ou para a terça”.¹⁹⁶

Com o advento da Lei Feliciano Pena, passou-se a admitir que a legítima dos herdeiros fosse gravada com as cláusulas de inalienabilidade, incomuni-

192 Gomes, Orlando. **Sucessões**, Rio de Janeiro: Forense, 1999, p.159.

193 *Ibidem*.

194 Gomes, Orlando. *Ob. Cit.*, p. 158.

195 Rodrigues, Silvio. *Ob. Cit.*, p. 184.

196 Apud Rodrigues, Silvio, *Ibid.*, p. 184.

cabilidade, impenhorabilidade, assim como se facultou ao testador converter os bens da legítima em bens de outras espécies.

Feliciano Pena, ao justificar a norma, ponderou que se tratava de providência que os testadores recorreriam nos casos em que, dado o conhecimento profundo que tinham das condições dos seus herdeiros, se fizesse necessária ou conveniente a adoção de tais restrições¹⁹⁷.

No direito romano, era conferida ampla liberdade de testar ao **pater familias**, o qual podia dispor de seus bens livremente. A cláusula de inalienabilidade, portanto, não lhe era estranha e sua prática justificava-se pela defesa da família. Segundo informa Henri Rongier, a cláusula de inalienabilidade no direito romano e no antigo direito, “funcionava exclusivamente no interesse do gratificado ou da família, embora se tenha alargado seu domínio de aplicação até a proteção, mesmo, de interesse de terceiros”.¹⁹⁸

O caráter protetivo da restrição é destacado por José Ulpiano, que declara que “a proibição de alienar, imposta por um testamento, teve por fim, primitivamente, proteger as famílias contra as prodigalidades ou a má administração de um dos seus membros, para o efeito de conservar os bens do patrimônio familiar”.¹¹

Ainda hoje, apesar de todas as críticas, a justificativa do gravame da inalienabilidade continua sendo a proteção da família, ou seja, evitar que herdeiros pródigos ou com pouco senso de responsabilidade findem dilapidando todo o patrimônio familiar, em prejuízo próprio e de seus familiares.

Mas será que a inalienabilidade é a solução?

Sustenta o mestre Silvio Rodrigues que, apesar deste escopo protetivo, “a experiência tem mostrado que a inserção dessas cláusulas, ao invés de ajudar o herdeiro, o prejudica”.¹⁹⁹

Orlando Gomes, por sua vez, sustenta que “a preocupação do testador de preservar da adversidade o herdeiro necessário pode ser atendida por outros meios jurídicos que não o sacrificam... A proteção visada pelo ascendente cauteloso se transforma, não raro, num estorvo, antes prejudicando do que beneficiando, ou numa inutilidade”.²⁰⁰

II. 2. ESPÉCIES DE INALIENABILIDADE

197 Fioranelli, Ademar. **Direito Registral Imobiliário**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor. 2001, p. 155.

198 *Idem*, p. 156.

199 *Apud* Rodrigues, Silvio. *Ob. cit.*, p. 132.

200 *Ob. cit.*, p. 187.

A cláusula de inalienabilidade pode ser classificada em total e parcial, absoluta e relativa ou vitalícia e temporária.

A inalienabilidade é total ou parcial, conforme abranja ou não todos os bens que compõem a legítima. Será absoluta quando a cláusula imposta vede a alienação do bem, a qualquer título e a quem quer que seja, o que significa dizer que, quando vedada a alienação à pessoa determinada ou determinadas, ou quando proibida a alienação por certa forma, será relativa.

A inalienabilidade vitalícia é aquela que grava o bem durante toda a vida do herdeiro, de forma que, somente com a sua morte o ônus é levantado, passando os bens aos seus herdeiros, livres e desembaraçados. Observe-se, entretanto, que pode o herdeiro onerado estabelecer, em seu testamento, o mesmo ônus aos seus herdeiros, a teor da parte final do art. 1.723 do CC. Já a inalienabilidade temporária se dá quando o testador estabelece um termo final ou condição para a cessação do gravame. Neste caso, persiste o óbice à alienação, até que findo o termo ou ocorrida a condição.

III. INOVAÇÕES DO NOVO CÓDIGO CIVIL

III. 1. A JUSTA CAUSA COMO CONDIÇÃO DE VALIDADE DA CLÁUSULA DE INALIENABILIDADE

Como já dito, o novo Código Civil trouxe relevantes inovações no campo do direito sucessório. No que diz respeito às restrições à legítima imposta pelo testador, destaca-se a vedação da cláusula de conversão dos bens dos herdeiros necessários em bens de outras espécies.

De fato, a cláusula de conversão era prevista expressamente pelo art.1723 do CC de 1916 e também foi objeto de severas críticas por parte da doutrina, que via a mesma como possível instrumento para perseguições e até de vingança, já que estabelecida imotivadamente pelo testador.²⁰¹ Para Silvio Rodrigues, a cláusula de conversão, quando estabelecida com o intuito de prejudicar o herdeiro necessário, ou por mero espírito de emulação, seria insubsistente, por caracterizar abuso de direito, vedado pelo art.160, I, 2ª parte, do CC de 1916.²⁰²

Com o advento do novo Código Civil, o anseio doutrinário foi atendido e a cláusula de conversão banida do direito sucessório, conforme dispõe o §1º do art.1848.

Quanto à cláusula de inalienabilidade, trouxe o novo código mais uma importante inovação, qual seja, a de se exigir que o testador, ao impor o gravame da inalienabilidade sobre bens da legítima, declare a *justa causa* que motivou a imposição do ônus, a teor do artigo 1.848 do Código.

201 Venosa, Silvio de Salvo. **Direito Civil**, Vol.VI. São Paulo: Atlas, 2001, p. 159.

202 Rodrigues, Silvio. *Ob. cit.*, p. 185.

Mais uma vez, atendeu-se, em parte, ao reclame da doutrina, que vê de forma negativa a restrição imposta à legítima dos herdeiros, conforme destacamos inicialmente. Melhor seria, segundo Silvio Rodrigues, que a restrição da inalienabilidade, assim como a cláusula de conversão, fosse mesmo vedada pelo direito civil, tal como propôs Orlando Gomes em seu Anteprojeto de Código, o qual proibia em seu art.791, parágrafo único, tanto a cláusula de conversão como a de inalienabilidade, permitindo apenas a de incomunicabilidade.²⁰³

O novo Código, entretanto, não foi tão longe, preferindo acolher como condição de validade da cláusula de inalienabilidade, apenas a justificativa do testador para impor a constrição sobre a legítima do herdeiro.

Outrora, quando da Lei Feliciano Pena, em 1907, discutiu-se quanto á referida exigência, sendo que Ulpiano, à época, já entendia necessária a justificativa para imposição do gravame da inalienabilidade. Assim, a seu ver, a validade e eficácia da cláusula dependiam da declaração do testador quanto à causa e condições que motivaram o ato, conforme noticia Ademar Fioranelli.²⁰⁴ Tal entendimento, entretanto, jamais encontrou eco, até agora, com o advento do novo código.

III. 2. A REGRA DE TRANSIÇÃO DO NOVO CÓDIGO E O EXAME DE SUA CONSTITUCIONALIDADE

Estabelece o artigo 2.042 do novo Código Civil importante regra de transição, relativa ao gravame de inalienabilidade e a obrigação do testador justificar a causa da sua imposição à legítima, *ainda que o ato (testamento) tenha sido realizado na vigência do atual Código Civil*, sob pena de ineficácia da referida cláusula.

Dispõe o preceito, *in verbis*:

“Art. 2.042. Aplica-se o disposto no caput do art.1848, quando aberta a sucessão no prazo de 1 (um) ano após a entrada em vigor deste Código, ainda que o testamento tenha sido feito na vigência do anterior, Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916; se, no prazo, o testador não aditar o testamento para declarar a justa causa de cláusula aposta à legítima, não subsistirá a restrição”.(grifamos)

A análise do dispositivo citado impõe questionar a constitucionalidade da referida regra de transição, considerando a natureza jurídica do testamento e os princípios constitucionais pertinentes.

O art. 1.626 do atual CC define o testamento, seguindo o modelo fran-

203 *Idem*, p.187.

204 *Ob. cit.*, p.157.

cês, nos seguintes termos:

“Art. 1.626. Considera-se testamento o ato revogável pelo qual alguém, de conformidade com a lei, dispõe, no todo ou em parte, do seu patrimônio, para depois da sua morte”.

Em que pesem as críticas ao dispositivo, seja porque omite a circunstância de se tratar de ato pessoal, solene, unilateral e gratuito, seja porque o conceito limita-se a disposição de cunho patrimonial, quando o testamento comporta também disposições não patrimoniais, como o reconhecimento de filhos, a nomeação de tutor, o perdão do indigno, não há divergência quanto à natureza jurídica do testamento; trata-se de negócio jurídico.

Como negócio jurídico que é, segundo Orlando Gomes, “torna-se perfeito e acabado, no momento em que o testador declara sua vontade pela forma autorizada na lei”.²⁰⁵ Apenas seus efeitos ficam postergados para o momento do óbito, daí se tratar de negócio jurídico **causa mortis**.

Cumpra, portanto, não confundir a validade do negócio jurídico, que se aperfeiçoa no momento do ato de manifestação de vontade, com a sua eficácia, que surge com o evento morte. Conforme ressalva Orlando Gomes,

*“como negócio **mortis causa**, que é, destina-se o testamento a produzir os seus efeitos após a morte do testador, seja qual tenha sido o tempo de sua feitura. Antes do óbito é ato válido, mas **ineficaz**, nenhum efeito patrimonial ou não, se produzindo no intervalo”.*

Em síntese, o testamento traduz-se em negócio jurídico perfeito, cuja validade, a teor do art. 1.626 do CC, é reputada no momento da manifestação de vontade, ficando seus efeitos suspensos até o advento morte.

Em se tratando de negócio jurídico perfeito, submete-se o ato tanto ao princípio geral de direito civil, **tempus regit actum**, como ao princípio constitucional que garante a intangibilidade do ato jurídico perfeito, do direito adquirido e da coisa julgada (art. 5º, inciso XXXVI da CF/88).

Conseqüentemente, não pode lei posterior ao aperfeiçoamento do ato (testamento), condicionar a sua validade a outras condições não previstas pela lei vigente à época de sua realização, sob pena se macular o ato jurídico perfeito.

A lição de Celso Bastos²⁰⁶, neste ponto, é elucidativa:

“é ato jurídico perfeito aquele que se aperfeiçoou, que reuniu todos os elementos necessários à sua formação, debaixo da lei velha... Assim, se alguém desfruta de um direito por força de um ato que cumpriu integralmente as etapas da sua formação debaixo da lei velha, não pode ter este direito

205 *Ob. cit.*, p. 91.

206 Bastos, Celso. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 220.

negado só porque a lei nova exige outra exteriorização do ato.”

Assim, no caso dos testamentos em que há cláusula de inalienabilidade, imposta segundo a lei do tempo em que praticado o ato, ou seja, nos termos do art. 1.723 do CC de 1916, sem qualquer menção às causas que induziram o testador ao gravame em questão, seria constitucional a exigência prevista em lei futura, agora condicionando a validade da referida cláusula à declaração de justa causa antes inexistente?

Pensamos que não. Neste ponto, a regra de transição prevista pelo art. 2.042 do novo Código Civil colide frontalmente com o princípio constitucional esculpido no art. 5, inciso XXXVI da CF.

De fato, se o testamento é negócio jurídico perfeito e acabado, já que presentes no momento da manifestação de vontade todos os elementos para a sua formação, sendo certo que somente a sua eficácia encontra-se subordinada a evento futuro, qual seja, morte do testador, não há como norma futura modificar as condições de validade deste negócio, sem que se viole o ato jurídico perfeito, constitucionalmente assegurado.

San Tiago Dantas, em seu **Programa de Direito Civil**, quanto ao princípio da irretroatividade das leis, à época de suas lições suprimido da Constituição de 1937²⁰⁷, lecionava que quando uma lei nova alterava as *condições* de produção dos efeitos previstos pela lei antiga, *tal norma jamais retroagia*. Somente quando alterados os *efeitos* jurídicos da lei antiga é que a nova norma teria aplicabilidade retroativa.

Nesses termos, apresentava o mestre os seguintes critérios:

Primeiro, os casos de *retroatividade da norma*: “Há casos em que a lei nova visa os efeitos jurídicos instantaneamente produzidos pela lei antiga e pela nova. O que o legislador quer é alterar tais efeitos jurídicos, porque os mesmos se revelaram, suponha-se, contrários ao bem comum. Havia uma lei; essa lei produziu efeitos; esses efeitos se prolongaram; o legislador se certifica que tais efeitos são contrários ao interesse comum e então faz uma lei nova, visando à modificação desses efeitos (...) Quando o legislador visa alterar os efeitos jurídicos, a lei atinge a todos os fatos anteriores”²⁰⁸.

Segundo, os casos de irretroatividade: “Não são os efeitos que molestan o legislador. O que ele acha é que eles estão sendo produzidos por causas inadequadas à sua produção, ou ele acha que se estão exigindo con-

207 Salienta San Tiago Dantas que, embora antes da CF de 1937 fosse constitucional o princípio da irretroatividade das leis, sempre se admitiu que havia casos em que era possível a retroatividade da lei, dependendo da sua natureza, se de direito público ou privado. *In Programa de Direito Civil*. Parte Geral. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1977, p. 112.

208 *Ob. cit.*, p. 126/127.

dições demasiadas, ou acha que se estão exigindo condições de menos, mas o certo é que acha que, *a partir de certo momento, deve-se subordinar a produção daqueles efeitos a outras causas ou condições...* Aqui não são os efeitos produzidos; é o modo de produção dos efeitos e então ele diz: esse modo de produção de efeitos não convém, tiremos isto ou acrescentemos aquilo (...) *Nesse caso a lei não retroage*".²⁰⁹

Este último caso é justamente a hipótese prevista pelo art. 1.848 do novo Código Civil, na medida em que o legislador passou a exigir, como *condição* de validade ou de produção de efeito jurídico do ato, a inclusão no testamento da declaração de justa causa para o gravame de inalienabilidade sobre a legítima dos herdeiros, condição esta antes inexistente.

Logo, ao exigir nova condição de validade para o ato, não podia o legislador determinar a sua incidência retroativa, para condicionar também os efeitos jurídicos dos testamentos lavrados antes da lei nova, em evidente prejuízo ao *ato jurídico perfeito*, como fez com o art. 2.042 do Novo Código.

Por outro lado, não procede o argumento de que, se o ato encontra-se sujeito a fato futuro, no caso, o evento morte, ele não se aperfeiçoou, podendo lei posterior dispor sobre suas condições de validade.

Tal raciocínio confunde o *ato jurídico perfeito* com o *ato consumado*, o que deve ser evitado. O ato consumado é aquele já exaurido, ou nos dizeres de Celso Bastos, "o direito já foi gerado e exercido. Não há mais direito a ser feito valer no futuro. Já do ato se extraiu tudo o que podia dar em termos jurídicos".²¹⁰

Já o ato jurídico perfeito "é aquele que, se bem que acabado quanto aos elementos de sua formação, aguarda um instante ainda, ao menos virtual ou potencial, de vir a produzir efeito futuro."²¹¹

O testamento é, inequivocamente, o exemplo que se enquadra perfeitamente no conceito acima, já que, apesar de acabado quanto aos elementos de sua formação, aguarda um instante, ainda, para que possa gerar efeito, a morte.

Vale ressaltar que as cláusulas restritivas à legítima, impostas pelo testador, *integram o próprio testamento*, podendo existir em conjunto com outras disposições ou até mesmo isoladamente, já que o testador pode se limitar a declarar, em testamento, que os bens que couberem ao herdeiro tal ficam gravados com cláusula de inalienabilidade, caso em que o testamento se constitui, exclusivamente, pela cláusula de inalienabilidade.

209 *Ibidem*.

210 Bastos, Celso. *Ob. cit.*, p. 220.

211 *Ibidem*.

Constata-se, portanto, que a exigência constante do art. 2.042 do Novo Código Civil, no que se refere à exigência de declaração de justa causa para a validade das cláusulas de inalienabilidade impostas nos testamentos realizados na égide do Código Civil de 1916, contraria o art. 5º, inciso XXXVI da CF/88, razão pela qual não merece aplicabilidade.

IV. A Inconstitucionalidade das Cláusulas de Inalienabilidade Incidentes sobre as Legítimas

IV. 1. VISÃO CRÍTICA OU (IN)CONFORMISMO DA DOCTRINA QUANTO AO GRAVAME DE INALIENABILIDADE SOBRE A LEGÍTIMA DOS HERDEIROS

Conforme já mencionado no início deste trabalho, a cláusula de inalienabilidade, apesar de remontar a já longínqua Lei Feliciano Pena, de 1907, jamais foi bem aceita pela doutrina pátria. Orlando Gomes talvez seja o maior crítico deste gravame, quando incidente sobre a legítima dos herdeiros, o qual em seu Projeto de Código Civil foi excluído, assim como a cláusula de conversão dos bens, esta última agora abolida pelo Novo Código Civil.²¹²

Crítica Orlando Gomes a cláusula de inalienabilidade, afirmando ser insustentável a incidência da proibição sobre os bens da legítima. Sustenta o renomado civilista que a legítima

*“pertence de pleno direito aos herdeiros necessários, a eles devendo passar nas condições em que se encontram no poder do autor da herança. Da circunstância de que constituem reserva inalterável, os bens da legítima devem transmitir-se tal como se achavam no patrimônio do defunto. Em conseqüência, quando ocorre o óbito do autor da herança a plenitude dos direitos não pode sofrer restrições, atentatórias, que são, da legítima expectativa convertida em direito adquirido. Não se justifica, realmente, a permissão de clausar a legítima. A preocupação do testador de preservar da adversidade o herdeiro necessário pode ser atendida por outros meios jurídicos que não a sacrificam”.*²¹³ (grifamos)

Arremata Orlando Gomes sua visão crítica afirmando que “necessário se torna, assim, abolir a prerrogativa de clausar os bens com a inalienabilidade, ao menos os da *legítima*”.²¹⁴

No mesmo sentido é a doutrina de Silvio Rodrigues, para quem “a cláusula de inalienabilidade... é sempre má, por retirar bens do comércio, ainda

212 Rodrigues, Silvio. *Ob. cit.*, p. 185.

213 *Ob. cit.*, p. 158/159.

214 *Ibidem*.

que transitoriamente. *Devia ser abolida da legislação, principalmente quando incidindo sobre a legítima do herdeiro necessário*”²¹⁵.

Ferreira Alves também está entre os defensores deste entendimento. Afirmar ele: “A inalienabilidade está em oposição com uma lei fundamental da economia política, a que exige a livre circulação dos bens, lei esta que interessa em mais alto grau a riqueza pública, e portanto, toda condição que derroga essa lei é contrária ao interesse geral, e assim ilícita. A cláusula de não alienar estipulada atende ao interesse privado; ora, o interesse dos indivíduos deve ser subordinado ao interesse geral...”²¹⁶

Apesar das críticas tecidas pela doutrina à cláusula de inalienabilidade, na prática, ninguém nega sua aplicação. Como diz Silvio Rodrigues, “se... no campo teórico, a supressão da cláusula de inalienabilidade é conveniente, na prática o problema não se propõe, porque a lei a admite”²¹⁷.

A doutrina, portanto, apesar da repulsa que tem pelo gravame em questão, curva-se diante da norma legal que confere ao testador o poder de gravar a legítima dos herdeiros necessários com a cláusula de inalienabilidade.

Ocorre que, a nosso ver, a tradição de quase 1 século de aplicação incondicionada da cláusula de inalienabilidade, aliado ao fato de que o direito à sucessão sempre foi matéria objeto de norma infraconstitucional, até o advento da Carta de 1988, fez com que a doutrina passasse a aceitá-la, passivamente, limitando-se a esboçar um inconformismo puramente teórico, porém, sem negar-lhe a eficácia, muito menos constitucionalidade.

Identificamos, neste ponto, um fenômeno de acomodação doutrinária do qual resulta a aceitação incondicionada da cláusula da legítima, sem qualquer questionamento acerca da sua constitucionalidade.

De fato, não raro são as normas constitucionais esquecidas ou ignoradas, seja porque seus preceitos são por demais genéricos, seja porque não regulamentam, de maneira objetiva, determinada situação jurídica. Em contrapartida, a norma infraconstitucional é específica, regulamenta situação concreta, e portanto, na maior das vezes, é aplicada incondicionalmente, com maior facilidade e independente das diretrizes constitucionais, como bem observa André Andrade.²¹⁸

Referido fenômeno é reconhecido pela doutrina constitucionalista, em es-

215 Rodrigues, Silvio. *Ob. cit.*, p.187.

216 Apud Rodrigues, Silvio. *Ob. cit.*, p.133.

217 *Ob. cit.*, p.133.

218 Andrade, André Gustavo C. Dimensões da Interpretação Conforme a Constituição. In **A Constitucionalização do Direito: A Constituição como locus da Hermenêutica Jurídica**. Rio de Janeiro: Lumen Juris.

pecial por Canotilho, como “interpretação da constituição conforme a lei”.²¹⁹ Há em tais casos verdadeira inversão, já que a norma constitucional passa a ser “interpretada conforme a lei”, na contramão do que era de se esperar, ou seja, a interpretação da lei é que deveria se dar conforme a Constituição.

Tal situação é freqüente em nosso meio jurídico e decorre do que Lenio Streck denomina “baixa constitucionalidade” ou “crise de constitucionalidade”, que consiste na pouca relevância conferida às normas constitucionais pelo aplicador do direito, na medida em que as normas constitucionais são reputadas de “fraca densidade normativa”, eis que consideradas por demais genéricas para permitir sua aplicabilidade direta, diferentemente da norma infra-legal, de fácil aplicação ao caso concreto, dada a sua maior especificidade.²²⁰

Acreditamos que, no que se refere às cláusulas de inalienabilidade, o que ocorre é justamente esta inversão interpretativa, na medida em que se interpreta e aplica o dispositivo legal em foco, independentemente da norma constitucional que garante o direito à herança, ou seja, se interpreta o direito constitucional de acordo com a lei infraconstitucional.

Tal fenômeno, no campo do direito sucessório, é explicável, considerando que a norma legal que permite a clausulação da legítima, como vimos, remonta ao ano de 1907, antes mesmo do Código Civil, o que faz do referido direito verdadeira tradição jurídica, já aplicada por quase um século. Certamente, por isso, jamais se questionou a constitucionalidade do referido preceito, mormente quando a Constituição, no caso, sequer atingiu a maioria.

IV. 2. O GRAVAME DA INALIENABILIDADE E O DIREITO CONSTITUCIONAL À HERANÇA

Somente a partir da Carta de 1988 é que o direito à herança foi erigido à categoria de direito individual, a teor do seu artigo 5º, inciso XXX, sendo certo que, até então, a matéria sucessória foi sempre objeto exclusivo de normas infraconstitucionais, em especial o Código Civil de 1916.

Por isso que, acreditamos, até hoje, jamais se questionou a recepção do artigo 1723 do CC de 1916 (que prevê a clausulação da legítima) pela Constituição de 1988, assim como, talvez, não se questione a constitucionalidade do art. 1848 do novo Código Civil.

Não obstante, se analisarmos o direito à herança a partir do preceito

219 Canotilho, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Livraria Almedina, 1999, p.1158.

220 Streck, Lenio Luiz. “Os Meios de Acesso do Cidadão à Jurisdição Constitucional, a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental e a Crise de Efetividade da Constituição”. In **Revista da Esmape**. Recife. V. 6, nº 13, p. 260.

constitucional que o alçou a categoria de direito e garantia individual, assim como se considerarmos que a norma constitucional em exame não prevê qualquer espécie de restrição ao direito dos herdeiros, poderemos chegar à conclusão de que a constitucionalidade do dispositivo em exame não é tão evidente, ou ao menos questionável.

De fato, a análise da matéria sempre se deu à luz exclusivamente das normas infraconstitucionais, até porque, repita-se, somente em 1988 é que a matéria relativa ao direito à herança ganhou relevo constitucional. Porém, qual o efeito que se pode extrair da constitucionalização do direito à herança, previsto pela Carta de 1988? Seria apenas o efeito de, em se tratando de direito e garantia fundamental, portanto cláusula pétrea (art. 60, § 4º da CF/88), vedar qualquer emenda constitucional tendente a aboli-lo? O que representa o “direito à herança?”.

Acreditamos que a inserção do direito à herança dentre os direitos e garantias individuais demonstra, a toda evidência, a intenção de se proteger, em todos os sentidos, tal direito. Com efeito, ao contrário de outros direitos constitucionais individuais, o direito à herança é previsto sem qualquer ressalva ou exceção, como aquelas que remetem ao legislador infra-constitucional a possibilidade de regulamentação ou de estabelecer restrições, “na forma da lei”.

Seria possível, portanto, que o direito à herança, apesar de se tratar de direito individual, fosse restringido por ato fundado em norma infra-constitucional? Parece-nos que não. Ora, se o direito à herança não pode ser objeto sequer de emenda constitucional tendente a aboli-lo, já que se traduz em cláusula pétrea, não se afigura razoável que norma infra-constitucional possa *restringi-lo* (o que é similar a aboli-lo em parte), mormente inexistindo comando constitucional autorizando o legislador infra a atuar neste sentido.

Por isso, entendemos que o direito à herança previsto no artigo 5º, inciso XXX da CF/88, tem por sentido garantir ao herdeiro legítimo a herança, sem qualquer restrição, tal como a cláusula de inalienabilidade, cuja imposição importa em verdadeira limitação ao direito de propriedade, na medida em que o herdeiro fica tolido do direito de dispor do bem herdado, o que em muitos casos resulta na completa inutilidade da herança.

De fato, a inalienabilidade imposta à legítima, segundo Venosa, importa, dependendo da amplitude que se dê à disposição, na sua total “inutilidade”, por toda a vida do herdeiro.²²¹ Para Silvio Rodrigues, a cláusula de inalienabilidade constitui “enorme restrição aos poderes do titular do domínio”.²²²

O direito à herança, e em especial, o direito à legítima, significa, portanto,

221 Venosa, Silvio de Salvo. *Ob. cit.*, p.159.

222 Rodrigues, Sívio. *Ob., cit.*, p.184.

que o herdeiro necessário deve receber a herança tal como se encontrava quando em poder do *de cujos*, sem qualquer restrição. Nesse sentido, a doutrina de Orlando Gomes é, mais uma vez, elucidativa, ***in verbis***:

*“Da circunstância de que constituem reserva inalterável, os bens da legítima devem transferir-se tal como se achavam no patrimônio do defunto. Em conseqüência, quando ocorre o óbito do autor da herança a plenitude dos direitos não pode sofrer restrições, atentatórias, que são, da legítima expectativa convertida em direito adquirido”*²²³.

Com efeito, apesar do referido jurista não aludir à inconstitucionalidade da cláusula de inalienabilidade, o mesmo reconhece que o direito à legítima importa em que o patrimônio do falecido seja transferido ao herdeiro necessário, nas mesmas condições em que se encontrava quando em poder do autor da herança, *sem qualquer restrição que seja*.

Sendo assim, considerando que o direito à herança foi elevado, a partir de 1988, a patamar constitucional, na categoria de direito individual, e tendo em vista que o referido preceito constitucional não autoriza ao legislador infraconstitucional restringir, de nenhuma forma, o aludido direito, conclui-se que a norma prevista no art. 1.723 do Código Civil de 1916, que permitia a incidência do gravame de inalienabilidade sobre a legítima dos herdeiros, não foi recepcionada pela Constituição Federal de 1988, assim como a norma inserta no art. 1.848 do novo Código Civil, que continua a permitir a restrição à legítima dos herdeiros, também é incompatível com a Constituição, a teor do seu artigo 5º, inciso XXX. ♦

223 Gomes, Orlando. *Ob. cit.*, p.159.

Da extinção da responsabilidade dos fiadores, em contrato de locação.

Pronunciamentos *contra legem* do STJ.

LUÍS CAMARGO PINTO DE CARVALHO

Juiz do Segundo Tribunal de Alçada Civil/SP

1. INTRODUÇÃO

1.1. Para não recuarmos a tempos mais remotos, cumpre lembrar, em relação à locação de imóveis residenciais, que a famosa Lei nº 1.300, de 28 de dezembro de 1950, editada para vigorar até 31 de dezembro de 1952, em virtude do seu caráter provisório, vigorou até 30 de novembro de 1964, quando adveio a Lei nº 4.494, de 25 de novembro de 1964, que a revogou expressamente; este diploma, com modificações mais ou menos relevantes no curso da sua vigência, vigorou até maio de 1979, quando foi inteiramente substituído pela Lei nº 6.649, de 16 de maio de 1979. Esta vigorou até 20 de dezembro de 1991, visto que substituída pela atual Lei nº 8.245 de 18 de outubro de 1991, que entrou em vigor 60 (sessenta) dias após sua publicação. Esta, ao revogar também o Decreto nº 24.150/34, passou a regular não apenas a locação de imóveis residenciais, como também os não-residenciais, comerciais e industriais.²²⁴

224 Breve relato histórico sobre as leis inquilinárias, até o advento da Lei nº 8.245/91. A partir da primeira guerra mundial (1914), com a paralisação das atividades produtivas e mais o êxodo rural, surgiu entre nós a crise habitacional, fazendo-se necessária a intervenção do Estado na propriedade urbana, através das Leis do Inquilinato, que eram transitórias, não obstante prorrogadas anualmente. Isto porque passou a haver falta de habitações e, portanto, necessidade de proteger os inquilinos que eram a parte mais fraca em relação aos proprietários (locadores). Até a edição da primeira lei que disciplinou a locação de imóveis, essa matéria era cuidada pelas Ordenações Filipinas e, posteriormente, pelo Código Civil de 1917. A primeira Lei do Inquilinato foi a Lei nº 4.403, 22/12/1921, que vigorou até 1928, quando foi revogada pela Lei n. 5.617, de 22/12/28, retornando a matéria ao Código Civil. Em 1934, foi editado o Decreto nº 24.150/34, chamado de “Lei de Luvas”, que cuidou da renovação dos contratos de locação comercial, com o fim de proteger o fundo de comércio (hoje, mais propriamente chamado de fundo de empresa). Em 1942, o Decreto-Lei nº 4.598, 20/4/1942, voltou a regular as relações de inquilinato, proibindo, durante dois anos, a cobrança de aluguel superior ao exigível em 31/12/1941. Também, limitou os casos de despejo. Essa sistemática, por força de outros diplomas legais, foi prorrogada até 31/12/1951. Em 1950, foi editada a famosa Lei nº 1.300, de 28/12/1950, para vigorar até 31/12/1952. Sua vigência, todavia, foi sendo prorrogada,

1.2. A Lei nº 1.300/50 não continha regra específica sobre a responsabilidade do fiador, no entanto, em face de o seu art. 12 dispor que “*Consideram-se prorrogadas por tempo indeterminado, as locações cujo prazo expirar na vigência desta lei*”, discutiu-se se prevista em contrato a responsabilidade do fiador até a entrega das chaves, estaria este exonerado após o decurso do prazo contratual, haja vista a lei não tratar do assunto de modo expreso.

Os pranteados e insignes comentadores dessa lei, Luís Antonio de Andrade e J. J. Marques Filho, em obra imperecível sobre a matéria, afirmam, depois de discorrerem sobre se a responsabilidade perduraria em face da prorrogação *ope legis* da locação: “Pode ocorrer, entretanto — e ocorre frequentemente — que, embora fixado o prazo de duração do arrendamento, no contrato o fiador se obrigue “até a entrega das chaves” ou “até a efetiva devolução do imóvel locado”. Indaga-se, então, se também nessa hipótese,

mediante outras leis, até 30/11/1964. Basicamente, essas leis não apenas prorrogavam as locações, como também impediam a retomada imotivada dos imóveis locados e o aumento dos aluguéis, fazendo com que permanecessem congelados por todos esses anos. Evidentemente, transformaram o caráter do contrato e os princípios que os norteavam. E, também, o conceito clássico de propriedade. Em 1964, adveio a Lei nº 4.494, de 25/11/64, que revogou a legislação do inquilinato anterior e modificou, amenizando, os rigores de manter os aluguéis congelados e criar obstáculos à retomada do prédio locado. Permitiu o reajuste progressivo do aluguel, de acordo com índices de correção monetária, dentro de um espaço de tempo de dez anos. Em 1965, surgiu a Lei nº 4.864/65, que incentivava a indústria da construção civil, liberando os imóveis com “habite-se” após a sua publicação. Excluiu da Lei do Inquilinato as locações para fins não-residenciais, que passaram a reger-se, novamente, pelo Código Civil. Em seguida, foi editado o Decreto-Lei nº 4, de 7/2/1966, que regulou o despejo dos imóveis não-residenciais, em virtude das confusões criadas pela Lei nº 4.864/65. Em abril de 1966, foi promulgado o Decreto-Lei nº 6, de 14/4/1966, que tratava do reajuste de aluguéis de imóveis residenciais, locados antes da vigência da Lei nº 4.494 de 1964.. Em 1967, foi editado o Decreto-Lei nº 322, de 7/4/67, que traçou limites ao reajuste de aluguéis; em seguida, também, tratando de reajuste de aluguéis, surgiu a Lei nº 5.334, de 12/10/67, sendo seguida da Lei nº 5.441, de 24/5/68, que cuidava do reajuste de aluguéis de imóveis residenciais locados após a vigência de Lei nº 4.494, de 1964. Em 1969, foi promulgado o Decreto lei nº 890, de 23/9/1969, que deu nova redação aos §§ 4º e 5º do art. 11 da Lei nº 4.494/64 e ao art. 350 e seu §, do CPC de 1939, que cuidava da ação de despejo. Posteriormente, o art. 27 a Lei nº 4.494/64 e o art. 8º do Decreto-Lei nº 4 foram adaptados ao novo Código de Processo Civil (Lei nº 5.869, de 11/1/73, para entrar em vigor em 1/1/74), pela Lei nº 6.014 de 27/12/73. Em 1974, a Lei nº 6.146, de 29/11/74 estabeleceu regras para o reajustamento dos aluguéis de imóveis residenciais regidos pela Lei nº 4.494/64. E, em 1977, foi promulgado o Decreto nº 1.534, de 13/4/1977, que assegurava aos inquilinos de prédios residenciais, com prazo contratual extinto, vigorando por tempo indeterminado, o direito de permanecer no imóvel por período equivalente a dois meses por ano ou fração de ano de vigência da locação. Finalmente, em 1969, foi publicada a Lei nº 6.649, de 16/5/1979, que regulou totalmente a matéria de locação predial urbana e vigorou até a entrada da atual Lei nº 8.245, de 18/10/1991. No entanto, entre a lei anterior e esta, foram editadas diversas outras que interferiam na locação de prédios urbanos, tais como: Lei nº 6.698, de 15/10/1979, Lei nº 7.355, de 31/8/1985,

fica exonerado o fiador após decorrido o prazo contratual. *Em maioria, a jurisprudência é no sentido de que, em tal caso, perdura a responsabilidade do fiador, não obstante o vencimento do prazo da locação*” (**Locação Predial Urbana**, Max Limonad, 2ª ed, 1956, t. I, p. 215).

Oswaldo Opitz, outro douto comentador desse diploma, após sustentar de forma contundente e com amplo respaldo doutrinário que a garantia fidejussória prorroga-se, tacitamente, se o fiador não manifestar sua recusa depois de findo o prazo do contrato, em virtude de este se prorrogar por força da lei, acrescenta: “A tendência jurisprudencial é no sentido de manter o fiador vinculado, solidariamente, ao locatário, durante a locação, se estava obrigado pela fiança, a garantir o locatário, até a entrega das chaves e a restituição do prédio. O fiador não pode invocar o fim do prazo da locação, para exonerar-se da fiança, desde que se comprometeu a garantir o senhorio até que restituísse o prédio ao locador. Enquanto isso não se der, a garantia subsiste. É comum nos contratos, o fiador se obrigar pelo prazo da locação e “até a entrega das chaves”. *Assim sendo, prorrogado o contrato de locação, por força de lei, do mesmo modo se dilatou a garantia fidejussória, mas sem limitação.* Pode usar da faculdade do art. 1.500 do Código Civil, que não foi revogado pela lei emergencial” (**Problemas de Locação Predial**, RT., 2ª ed., 1962, p. 194-195).

Por derradeiro, importante lembrar que esse também era o entendimento do eminente Eduardo Espínola Filho, manifestado em obra substanciosa: “Desde que se tenha obrigado, não só pelo prazo certo do contrato, mas até a entrega das chaves, a responsabilidade do fiador perdura, enquanto aquele fato não se registou, validamente” (**Manual do Inquilinato no Direito Civil Vigente**, Borsoi, 1963, p. 165).

1.3. A Lei nº 4.494/64 assim dispôs: “**Art. 7º.** Poderá ser convencionada a cobrança antecipada do aluguel, desde que não exceda de um mês e a locação não seja garantida por caução real ou fidejussória. **Art. 8º.** Consideram-se prorrogadas por tempo indeterminado as locações que se vencerem na vigência desta lei, continuando, entretanto, em vigor as demais cláusulas contratuais, e regulando-se o valor do aluguel pelo que dispuser esta lei. **Pa-**

Lei n. 7.538, de 24/9/1986, Lei nº 7.612, de 9/7/1987 e Lei nº 8.157, 3/1/1991. Acrescente-se que a Medida Provisória n. 542/94, reeditada muitas vezes e convertida na Lei nº 9.069, de 29/6/95, e que criou o “real”, também deu nascimento a uma ação revisional de aluguel nova, que criou grande celeuma, pois se aplicada inflexivelmente atingiria atos jurídicos perfeitos, violando o princípio do respeito ao direito adquirido, assegurado pela Constituição. A Lei nº 8245/91, de qualquer forma, muito mais sensível à realidade, trouxe profundas modificações ao regime inquilinário, cuja aplicação, quase sem alterações desde sua entrada em vigor, tem aplacado os conflitos entre inquilinos e proprietários.

rágrafo único. Se as garantias prestadas por terceiros estiverem limitadas ao prazo ajustado, poderá o locador exigir do locatário, durante a prorrogação, o pagamento adiantado do aluguel correspondente a um mês, ou, ainda, o depósito da quantia correspondente a três meses do aluguel.”

O mesmo Oswaldo Opitz com sua filha Silvia Opitz, comentando esse diploma, registraram: “A fiança é um contrato, por isso as partes podem estabelecer cláusulas a seu respeito, de maior ou menor extensão, de modo que a responsabilidade do fiador pode ir até a entrega das chaves ou não. Pode ser por prazo certo ou não. Limitada ou não. Na hipótese de ser limitada, o fiador somente responde pelas dívidas indicadas; a ilimitada compreende todos os acessórios da dívida principal, inclusive as despesas judiciais, desde a citação do fiador (art. 1.486 do Cód. Civil)” (**Comentários às novas Leis do Inquilinato**, Saraiva, 4ª ed., 1974, p. 38).

Esses autores colocam diversos arestos no sentido desse escólio (p. 49), que, de resto, representava o pensamento pacífico da doutrina, também.

1.4. A Lei 6.649/79 trouxe a respeito do assunto as seguintes disposições: “**Art. 31.** No contrato de locação, pode o locador exigir do locatário as seguintes garantias: I – caução em dinheiro; II – *garantia fidejussória*, na forma do art. 1.481 do Código Civil; (...). **Art. 34.** Se a fiança for por prazo certo, poderá o locador exigir do locatário, durante a prorrogação contratual, a apresentação de novo fiador, no prazo de trinta dias. Se este não o fizer, ficará sujeito à caução prevista no inciso I do art. 31.”

Em face de a própria lei prever a fiança por prazo que alcançasse período ulterior ao do contrato (“se a fiança for por prazo certo...”), os autores que se debruçaram sobre esse texto não tiveram dúvida em registrar que “o fiador só responde, precisamente, pelo que declarou no contrato”, na lição do douto mestre pernambucano Nilton da Silva Combres, que acrescenta: “Se a fiança foi prestada com a cláusula **até a entrega das chaves**, a garantia se estende até o evento previsto” (**Teoria e Prática da Locação de Imóveis**, Saraiva, 1985, p. 334).

Na mesma linha, o ensinamento do mestre Silvio Rodrigues, que, com o peso de sua autoridade de catedrático da Academia de São Paulo, registrou em obra específica, ao tecer anotações ao mencionado art. 34: “O presente artigo terá na prática, pequena repercussão, pois na quase-generalidade dos casos o locador não aceita a fiança por prazo certo e determinado, exigindo que o fiador assumira o encargo por todo o tempo que dure a locação, só se alforriando da obrigação com a efetiva entrega das chaves. Portanto, cláusula dessa natureza, hoje correntia e até mesmo impressa nos contratos de locação, faz com que a hipótese contemplada no artigo só raramente se apresente” [**Da Locação Predial (Comentários à Lei n. 6.649, de 16-5-1979,**

alterada pela Lei n. 6.698, de 15-10-1979), Saraiva, 1979, p. 119].

Desse escorço histórico fica evidente o arraigamento na consciência jurídica pátria da validade da cláusula contratual que impõe ao fiador responder pela fiança até a efetiva entrega das chaves do imóvel ou entrega do prédio.

2. O DIREITO EM VIGOR

Chegamos à vigente Lei nº 8.245/91.

Esta, seguindo a tradição do nosso direito e não desejando que o assunto ficasse à mercê da jurisprudência, trouxe, no art. 39, a seguinte regra: “Salvo disposição contratual em contrário, qualquer das garantias da locação se estende até a efetiva devolução do imóvel”.

A motivação dessa regra está no § 1º do art. 46, que reza: “Findo o prazo ajustado, se o locatário continuar na posse do imóvel alugado por mais de trinta dias sem oposição do locador, *presumir-se-á prorrogada a locação por prazo indeterminado, mantidas as demais cláusulas e condições do contrato*”.

Embora fosse do legado histórico do direito pátrio, como expusemos, a responsabilidade do fiador até a devolução do prédio, desde que houvesse cláusula contratual nesse sentido, esse diploma legal trouxe regra expressa de extensão da responsabilidade do fiador pelo período de prorrogação da locação **por força de lei**, não se fazendo mister que do contrato conste cláusula a respeito.

A pletora de obras de caráter doutrinário editadas depois de sua entrada em vigor, na sua maioria, sufragou o texto legal, observando alguns, todavia, que melhor teria sido deixar a matéria como cuidada pelas leis anteriores, ou seja, a responsabilidade do fiador até a entrega das chaves ficar na dependência de cláusula contratual expressa a respeito (cfr., Sylvio Capanema de Souza, **A Nova Lei do Inquilinato Comentada**, Forense, 1993, p. 151; Gildo dos Santos, **Locação e Despejo**, RT., 4ª ed., pp. 202-203; Maria Celina Tepedino, *“in”* **A Lei do Inquilinato Anotada e Comentada**, vários autores, Forense Universitária, 2ª ed., p. 50; Maria Helena Diniz, **Lei de Locações de Imóveis Urbanos Comentada**, Saraiva, 3ª ed., p. 147; José da Silva Pacheco, **Tratado das Locações**, RT., 9ª ed., p. 299; Francisco Carlos Rocha de Barros, **Comentários à Lei do Inquilinato**, Saraiva, 1995, pp. 161-162; José Guy de Carvalho Pinto, **Locação e Ações Locativas**, Saraiva, 1997, p. 406; Nilton da Silva Combre, **Teoria e Prática da Locação de Imóveis**, Saraiva, 4ª ed., 1997, p. 434; Silvio de Salvo Venosa, **Nova Lei do Inquilinato Comentada**, Atlas, 2ª ed., p. 144; Custodio da Piedade Ubaldino Miranda, **Locação de Imóveis Urbanos**, Atlas, 1996, p. 108; Waldir de Arruda Miranda Carneiro, **Anotações à Lei do Inquilinato**, RT., 2000, pp. 245 e ss.

De qualquer sorte, ainda que válidas as eventuais críticas ao texto do

art. 39 da lei inquilinária, é ele de meridiana clareza e conforma-se com o que sempre foi entendido a respeito; na verdade o legislador procurou não dar ensanchas a questionamento sobre a matéria, mesmo porque atendia ao fundamental princípio da *segurança jurídica*. Se a função precípua do direito é constituir garantia da vida social, pela segurança assegura-se ao titular o uso e gozo do seu direito estabelecido por preceito legal, preceito esse que lhe confere o poder necessário para defender o direito.

O mercado imobiliário com o entendimento exposto, manteve-se pacificado no que toca a essa questão. A eficiência da justiça e o manutenção da jurisprudência em relação a matérias dessa natureza trazem expressivos reflexos no contexto econômico, cumprindo lembrar a importância da certeza jurídica e a credibilidade na tomada de decisão judicial, que advêm da estabilidade jurisprudencial.

3. SÚMULA 214 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

A nossa mais alta Corte de Justiça, em matéria infraconstitucional, editou a seguinte súmula, que recebeu o nº 214: *“O fiador na locação não responde por obrigações resultantes de aditamento ao qual não anuiu.”*

Trata-se de regra de inteligência aparentemente óbvia. O fiador, na locação responde tão-somente pelas obrigações assumidas. Assim, por exemplo, se, no curso do contrato, locador e locatário deliberam elevar o aluguel acima do originalmente contratado, o fiador somente responderá por esse excedente se com ele houver anuído; ou, se no contrato ficou pactuado que responderia pelas obrigações até o termo final do contrato, para que continuasse a responder, no caso de prorrogação, somente com sua anuência, em aditamento sua responsabilidade prosseguiria.

Como, entretanto, em matéria de locação, o contrato se prorroga automaticamente por força de lei, o diploma inquilinário trouxe a regra expressa, como exposto, de que a responsabilidade do fiador se estende até a devolução do imóvel, ou seja, não tendo o fiador limitado sua responsabilidade, ela vai até a extinção da locação, com a devolução do prédio alugado.

Isso se nos afigura de gritante obviedade. Não há que se falar em anuência com relação a prorrogação legal do contrato e extensão das responsabilidades **determinadas por lei**. Não há aditamento do contrato para isso ocorrer e, via de consequência, não há ao o que anuir. Quando se fala em *aditamento*, está-se falando em outro contrato, ainda que simples e complementar, com nova manifestação de vontade dos contratantes, com alteração da obrigação original. Como explicita Plácido e Silva, aditamento significa “o aumento de cláusulas em um contrato já elaborado e mesmo registrado ou a parte acrescida ao final de um documento para alterar ou explicar algumas

das condições ali exaradas, ou mesmo para corrigir omissões evidenciadas”. A Profª Maria Helena Diniz, por sua vez, no seu volumoso **Dicionário Jurídico** (Saraiva, 1998), deixa claro que, em direito civil, *aditamento* “é o ato de acrescentar algo com o escopo de complementar, reforçar ou ampliar algum documento, explicando, corrigindo ou alterando afirmações nele exaradas”. Isso, repita-se, não existe e não pode ocorrer em se tratando de *prorrogação legal da locação*, pois **contrato prorrogado por lei não é contrato aditado**.

Não obstante isso, invocando essa súmula, a Colenda Corte que a emitiu (STJ) passou a proferir decisões que rompem com a tradição do direito pátrio sobre a matéria e que são, com todas as vênias possíveis, manifestamente **contra legem**, ou seja, violam o texto da lei do inquilinato.

A título exemplificativo, transcrevemos a ementa dos embargos de divergência, em recurso especial nº 302.209, do qual foi relator o eminente Ministro Gilson Dipp:

“CIVIL. LOCAÇÃO. FIANÇA. INTERPRETAÇÃO NÃO EXTENSIVA. RESPONSABILIDADE. RESTRITA AO PERÍODO ORIGINALMENTE CONTRATADO. CONTINUIDADE DA GARANTIA SEM ANUÊNCIA DO FIADOR. IMPOSSIBILIDADE. CLÁUSULA QUE OBRIGUE O FIADOR ATÉ A EFETIVA ENTREGA DAS CHAVES. IRRELEVÂNCIA. SÚMULA 214/STJ.

I - A obrigação decorrente da fiança locatícia deve-se restringir ao prazo originalmente contratado, descabendo-se exigir do garantidor o adimplemento de débitos que pertinem ao período de prorrogação da locação, à qual não anuiu, consoante a regra dos artigos 1.003 e 1.006 do Estatuto Civil. Precedentes.

II - A impossibilidade de conferir interpretação extensiva à fiança locativa, consoante pacífico entendimento desta Eg. Corte, torna, na hipótese, irrelevante, para o efeito de se aferir o lapso temporal da obrigação afiançada, cláusula contratual que preveja a obrigação do fiador até a entrega das chaves, bem como aquela que pretenda afastar a disposição prevista no art. 1500 do Código Civil.

III - Consoante dispõe a Súmula 214 desta Corte: *“O fiador na locação não responde por obrigações resultantes de aditamento ao qual não anuiu”*.

IV - Embargos de divergência acolhidos.”

Por tudo que já foi exposto, palmar a ilegalidade desse julgado.

A argumentação calcada na disposição contida no Código Civil anterior (art. 1.483), de que a fiança não deve receber interpretação extensiva, absolutamente não se presta a tal.

É elementar que nenhuma regra geral de interpretação pode prevalecer contra dispositivo expresso, contido em qualquer corpo de leis, seja geral,

seja especial, e nem sobre regra contratual, relativa a matéria dispositiva.

Norma interpretativa somente tem aplicação no vazio legal ou contratual, que não é o caso, pois o texto da lei inquilinária é de meridiana clareza.

Bem por isso, o citado Eduardo Espínola Filho lecionava, forrado de razão: **“Em qualquer hipótese, a situação deve ter ficado expressa, com clareza, no contrato**, pois o Código Civil é peremptório na afirmação de que “A fiança dar-se-á por escrito e não admite interpretação extensiva (art. 1.483)” (*ob. cit.*, p. 161), a evidenciar que não se há de falar em interpretação extensiva ou restritiva diante de cláusula expressa a respeito.

Ensina o mestre peninsular Francesco Ferrara, em obra clássica traduzida pelo eminente Prof. Manuel A. D. de Andrade, que “A interpretação literal é o primeiro estágio da interpretação. Efetivamente, o texto da lei forma o substrato de que deve partir e em que deve repousar o intérprete. Uma vez que a lei está expressa em palavras, o intérprete há de começar por extrair o significado verbal que delas resulta, segundo a sua natural conexão e as regras gramaticais. O sentido das palavras estabelece-se com base no *uso lingüístico*, o qual pode ser diverso conforme os lugares e os vários círculos profissionais. Normalmente as palavras devem entender-se no seu sentido usual comum, salvo se da conexão do discurso ou da matéria tratada derivar um significado especial técnico. (...) 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 de supérfluo ou contraditório, e por isso o sentido literal há de surgir da compreensão harmônica de todo o contexto” (**Interpretação e Aplicação das Leis**, Saraiva, 1934, pp. 34-5).

Não pode ser ignorado que o Código Civil é *lei geral* em relação à Lei nº 8.245/91. Assim, aplica-se ao caso o § 2º do art. 2º da Lei de Introdução, que é uma típica **lex legum**, ao dispor que “*A lei nova, que estabeleça disposições gerais ou especiais a par das já existentes, não revoga nem modifica a lei anterior*”.

Por conseguinte, e repetindo, sendo a Lei do Inquilinato, manifestamente, *lei especial* em relação ao Código Civil, é de palmar evidência, tendo em conta as mais elementares regras de hermenêutica, que o dispositivo especial nela contido, no sentido de que “qualquer das garantias da locação se estende até a efetiva devolução do imóvel”, não pode ter sua aplicação reprimida com base na lei geral. Não se podendo olvidar, ademais, que a lei inquilinária é da mesma *força hierárquica* do Código Civil.

Aliás, possivelmente para impedir interpretações apressadas como essa, no sentido da exoneração do fiador após o termo final do contrato, é que o Código Civil vigente diz expressa e desnecessariamente o óbvio, no art. 2.036: “A locação de prédio urbano, que esteja sujeita à lei especial, por esta

continua a ser regida”.

É sempre bom lembrar que não se pode falar em interpretação extensiva se esta se afina rigorosamente com o texto legal. Basta a interpretação literal, como demonstrado. Como diz o sempre invocado em matéria de interpretação e hermenêutica, CARLOS MAXIMILIANO, “a exegese *restritiva* corresponde, na atualidade, ao que outrora se denominava *declarativa estrita*; apenas *declara* o sentido *verdadeiro* e o alcance *exato*; evita a dilatação, porém não suprime coisa alguma” (**Hermenêutica e Aplicação do Direito, nº 220**).

Assim, não se pode aceitar a exoneração de responsabilidade dos fiadores, pelo simples vencimento do prazo do contrato locatício, sem a existência de cláusula contratual expressa nesse sentido, haja vista o texto legal da lei de locações, com comando diverso, em termos explícitos e categóricos.

Por isso, cumpre recordar com FERRARA (*ob. cit.*, p. 70) que “O juiz que por uma suposta equidade e oportunidade intenta mudar a lei, comete uma violação jurídica”.

Aliás, a inoportunidade e a ilegalidade da interpretação dada pelo STJ à essa Súmula nº 214 têm feito que tanto os juízes de primeiro grau, como os Tribunais, na sua generalidade, ignorem o alcance que essa Corte lhe tem dado.

4. DA EXONERAÇÃO DO FIADOR MEDIANTE NOTIFICAÇÃO AO CREDOR

O novo Código Civil trouxe outra regra que está gerando polêmica no campo das locações.

É a que está expressa no art. 835: “O fiador poderá exonerar-se da fiança que tiver assinado sem limitação de tempo, sempre que lhe convier, *ficando obrigado por todos os efeitos da fiança, durante 60 (sessenta) dias após a notificação do credor*”.

No Código Beviláqua, a primeira parte do dispositivo tinha a mesma redação, sendo que a parte transcrita em itálico dispunha: “... *ficando, porém, obrigado por todos os efeitos da fiança, anteriores ao ato amigável, ou à sentença que o exonerar*”.

Em relação ao último texto, a doutrina e a jurisprudência sufragavam, quase que pacificamente, o entendimento de que o fiador, vencido o contrato de locação, tinha direito de exonerar-se da fiança, ajuizando a competente ação judicial para tanto, mesmo que do contrato constasse renúncia a esse direito.

A regra do Código atual inova a respeito, comportando discutir se tem aplicação em matéria de locação de prédios urbanos, à vista do disposto no art. 39 da Lei nº 8.245/91 e no art. 2.036 do Código vigente, ambos acima transcritos.

Temos para nós que não se aplica às locações.

E as razões são análogas às empregadas para sustentação da responsabilidade do fiador, após o término do contrato, ou seja, a lei inquilinária é *lei especial*, que convive paralelamente à *lei geral*, que é o Código Civil, como está expresso na Lei de Introdução, e como também o próprio Código Civil, no art. 2.036, deixou expresso ao registrar que a locação regida pela Lei do Inquilinato, por esta continuaria a ser disciplinada.

Poder-se-á argumentar que o instituto da fiança é do Código Civil e, assim, suas regras deitam raízes em todos os contratos, sejam eles quais forem.

Não é verdade. As leis especiais podem dar aos institutos previstos na lei geral o alcance que melhor lhes convier, visto aquelas estarem presas aos fins específicos para os quais foram editadas. Por conseguinte, se para os objetivos que tinha em mira o legislador foi editada a lei inquilinária com a regra relativa à fiança nos termos que consta de seu art. 39, norma de caráter interpretativo extraída de lei geral não pode modificá-los.

Aliás, como afirmado, essa regra (do art. 39), quando editada, conflitava com o disposto no art. 1.500, do Código Beviláqua, e ninguém nunca teve dúvida da sua validade, até o surgimento da abstrusa interpretação dada pelo STJ, na contramão das mais elementares regras de hermenêutica.

Cumprir observar, por derradeiro, admitindo-se apenas para argumentar, que, se se entender pela aplicabilidade da regra do novo Código Civil às locações, isso acarretará tumulto de imprevisíveis consequências ao mercado imobiliário, com a óbvia retração da oferta de imóveis, sem se falar das possíveis alquimias jurídicas que se engendrariam, certamente eivadas de ilegalidade, para tentar contornar o problema, dando ensejo, como tem ocorrido em casos análogos, a multiplicarem-se as ações judiciais, a agravar a situação dos já congestionados tribunais brasileiros. Tudo isso a dano do locatário, que assim o é tão somente por não ter condições de ser proprietário...

A boa interpretação e o bom senso não de prevalecer, tendo em conta a tradição do direito pátrio, que é fator relevante na interpretação de qualquer norma jurídica.

5. O DIREITO À MORADIA E A CONSTRIÇÃO SOBRE O IMÓVEL RESIDENCIAL DO FIADOR

Ao ser promulgada a Constituição Federal de 1988 trazia, no Cap. II, denominado *Dos Direitos Sociais*, a seguinte regra: “São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição”.

Os doutos que se debruçaram sobre esse texto, não tiveram dúvida de atribuir-lhe o caráter de *norma programática*, dirigida ao Estado, por caber-lhe implementar essas prestações, que, à evidência, têm em mira os hipossuficientes.

O eminente José Afonso da Silva, mestre da Academia de São Paulo, ao tratar do conceito de direitos sociais em sua preciosa obra **Curso de Direito Constitucional Positivo**, Malheiros, 8ª ed., p. 258, deixa claro tratar-se de “*prestações positivas estatais*”.

Na mesma linha a colocação do ilustre Prof. Luiz Pinto Ferreira, em seus **Comentários à Constituição Brasileira**, Saraiva, 1º v., 1989, p. 222: “As declarações clássicas dos direitos individuais impõem a abstenção do Estado, um *nec facere*, ao contrário das disposições sociais, que implicam uma determinação positiva, traduzindo-se em obrigações e deveres do Estado”.

Uadi Lammêgo Bulos, festejado e prolífico constitucionalista, em sua alentada obra **Constituição Federal Anotada**, Saraiva, 5ª ed., p. 410 e 411, ao tratar da natureza dos direitos sociais, invoca o mestra gaulês Jean Rivero para afirmar que “Os direitos sociais são *direitos de crédito*, pois envolvem *poderes de exigir*, através de prestações positivas do Estado”.

Mais adiante, cuidando do “sujeito passivo dos direitos sociais”, deixa claro este autor que “O sujeito passivo dos direitos sociais é o Estado. Daí advém o dever estatal de propiciar a proteção à saúde (art. 196), à educação (art. 205), à cultura (art. 215) etc., atuando com a família e com a sociedade inteira”.

Sucede que a Emenda Constitucional nº 26/2000 inseriu a *moradia* entre os direitos sociais previstos no art. 6º da Constituição Federal.

A partir de então surgiram esdrúxulas interpretações dessa norma ao afirmarem ter havido modificação radical na questão da penhora sobre os bens do fiador, em contrato de locação, como nos dá conta a obra coordenada pelo Prof. José Rogério Cruz e Tucci, **A Penhora e o Bem de Família do Fiador na Locação**, RT., 2003.

Evidentemente, a simples inserção da *moradia* entre os chamados direitos sociais não os converteu em direitos individuais, cuja prestação deva ser prestada positivamente pelas pessoas físicas.

Não, pois se assim for, ninguém mais poderá ser despejado, mesmo que inadimplente com os locativos; nenhum esbulhador de imóvel residencial dele poderá ser retirado; nenhuma hipoteca poderá ser cobrada proveitosamente, se a excussão recair sobre o imóvel residencial do devedor, não obstante tenha sido ele o objeto da garantia real.

Portanto, inaceitável sob todos os títulos o apressado e desfundamentado entendimento de que o direito à moradia inserto no art. 6º da Carta possa

alcançar os locadores particulares, impedindo-os de executarem seus créditos locatícios, com a penhora do imóvel residencial do fiador.

É como vemos essas relevantes questões, sem embargo do respeito pelas opiniões divergentes. ◆

Direito Fundamental à Saúde (Tutela de Urgência)

MARIA CRISTINA BARROS GUTIÉRREZ SLAIBI

Juíza de Direito do TJ/RJ

Professora de Direito Processual Civil - UNIPLI

INTRODUÇÃO

Com o presente estudo, pretende-se abordar a questão do direito fundamental à saúde, matéria cada vez mais suscitada no meio jurídico, em razão do relevante número de ações, nos órgãos jurisdicionais, pleiteando a liberação e concessão de medicamentos, entre outras obrigações de prestação assistencial médica pelos entes públicos.

O direito à saúde é um dos direitos sociais arrolados no *caput* do art. 6º da Constituição Federal de 1988, sendo, portanto, um direito constitucional de todos e dever do Estado, no sentido amplo de Poder Público. Sua aplicação tem eficácia imediata e direta, dispensando a *interpositio legislatoris*, pois, na verdade, o que está em questão é o direito à vida, à sobrevivência do ser, e esse direito é superior a todos.

Na sociedade brasileira, relevante parcela da população não tem condições de arcar com os custos envolvidos com a compra de remédios, ainda mais aqueles cujos medicamentos são essenciais a sua sobrevivência (entre os quais, podem-se citar os portadores de Aids (S.I.D.A.), de hepatite C e os hemofílicos).

A essas pessoas resta, então, recorrer aos entes públicos para o fornecimento de medicamentos, a título gratuito, mas na maioria das vezes não obtêm êxito, mormente quanto aos medicamentos mais caros, tendo de socorrer-se da via jurídica própria para terem seu direito assegurado. Sob o fundamento constitucional do acesso à Justiça, nela ingressarão para, através das tutelas de urgência, atingirem seus objetivos.

O tema, a princípio corriqueiro, envolve desgastantes embates jurídicos, principalmente quando várias são as liminares com pedidos de fornecimento de remédios pela União, Estado e Município, e os entes públicos tentam se esquivar de suas responsabilidades, imputando um ao outro o dever que lhes é comum, por vezes atrelados a questões de cunho essencialmente partidário-eleitoral.

O primeiro capítulo contém breve exposição sobre o direito fundamental à saúde, sua previsão constitucional e sua aplicabilidade direta e imediata, porquanto ser um dos direitos sociais basilares da Carta Magna. Além disso, será abordada a solidariedade dos entes federativos frente ao tema em questão, como também o objeto da obrigação assistencial de saúde, qual seja: o dever de fornecer não apenas medicamentos como ainda tratamentos, incluindo exames e cirurgias, necessários à efetivação do direito fundamental à saúde.

No capítulo a seguir, serão analisadas as tutelas de urgência, tendo por base o princípio constitucional de acesso à Justiça (art. 5º, XXXV, da Constituição Federal de 1988). Discorrer-se-á sobre as chamadas medidas de urgência, aí inseridas a tutela cautelar e a tutela antecipada, institutos que se assemelham em sua finalidade, razão por que o legislador, atendendo aos clamores de parte da doutrina e da jurisprudência modernas, e buscando a concretude dos princípios da efetividade e economia processuais, estabeleceu-lhes a aplicação do princípio da fungibilidade, através do acréscimo do § 7º ao art. 273 do Código de Processo Civil, pela Lei nº 10.444, de 7 de maio de 2002.

Pode-se afirmar que esse mero dispositivo trouxe um avanço legislativo, pois veio dar maior celeridade às medidas de urgência, independentemente do rótulo que a lei ou a doutrina lhe imponham – se tutela antecipada ou cautelar.

No desenrolar deste estudo, presente está a intenção de melhor esclarecer a finalidade de prestação assistencial à saúde pelo Poder Público, como dever constitucional e ético, posto que, como já afirmado, o direito à vida está acima de tudo. Na ausência dessa obrigação assistencial pelo Estado, presente está o Poder Judiciário para fazer cumprir a lei máxima do País, devendo o cidadão ver seu direito salvaguardado, ainda que através das medidas urgentes que, em seu benefício, foram criadas.

1. DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE

A saúde é direito fundamental social assegurado no art. 6º, *caput*, da Constituição Federal.

É direito de todos e dever do Estado, aqui no sentido amplo de Poder Público (art. 196), destacando a Carta da República a relevância do tema em seu art. 197, com atendimento integral (art. 198, II), de acesso universal e igualitário às ações e aos serviços para sua promoção, proteção e recuperação (art. 196, *in fine*).

O fim da Constituição é a declaração e a garantia dos direitos fundamentais; o Poder vem a serviço do homem, simplesmente cumprindo as tarefas

constitucionais, como aquelas declaradas no art. 3º, porque fundamentos do Estado Democrático de Direito são a soberania popular, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, postos no art. 1º da Lei Maior.

A aplicabilidade direta e imediata dos direitos individuais e sociais, proclamada no § 2º do longo e não exaustivo art. 5º da Constituição, não se destina somente às suas dezenas de incisos; também outros direitos assegurados na Constituição, inclusive aqueles previstos na parte tributária, estão garantidos pela eficácia direta e imediata, a dispensar a ***interpositio legislatoris***.

Nem se alegue que o Estado não pode realizar despesas sem previsões orçamentárias. Tal é verdadeiro no que concerne ao orçamento fiscal, referente aos órgãos públicos, mas não o é no que tange ao orçamento da seguridade social, em que se integram as atividades da saúde pública, onde gerenciam verbas que também, e principalmente, recebe de outras entidades.

Vejam-se as disposições do art. 165, § 5º, III, complementadas pelas constantes dos arts. 196 a 197, todas da Lei Maior.

Ainda que não dispusessem da verba que lhe é repassada pela União, não pode negar a prestação de serviços essenciais, como saúde, educação, segurança (e também Justiça e Assistência Judiciária) sob o mal engendrado argumento de que as verbas foram desviadas para outros fins que não aqueles estabelecidos na própria Constituição.

Nem se diga que os carentes são muitos, mais numerosos que as verbas públicas para atendê-los, pois as verbas públicas, como o próprio nome indica, vieram do povo e este estabeleceu na Constituição as prioridades, limitando a discricionariedade política e administrativa no gerenciamento dos recursos.

E a Constituição proclama, no art. 196, de forma solene: a saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco da doença e de outros agravos e de acesso universal e igualitário às ações e aos serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

Segundo Marcos Maselli Gouvêa,²²⁵ cujo artigo constitui leitura obrigatória, o tema dos direitos fundamentais tem ressurgido, em vários países e contextos discursivos, com diferenciadas nomenclaturas. Comenta que a doutrina francesa, *mais preocupada em enaltecer-lhes o caráter limitador da potestas estatal*, prefere chamá-los de *liberdades públicas*, ao passo que os estudiosos ligados à tradição anglo-saxônica preferem a expressão *direitos civis*, *civil rights*, reforçando assim *sua vinculação com a temática da cidadania*.

225 GOUVÊA, Marcos Maselli. "Direito ao fornecimento estatal de medicamentos". p. 17. www.nagib.net/variedades.

nia e de seus reconhecimentos no âmbito da esfera pública (*civitas*); os alemães já se preocupam mais em *traçar-lhes uma fundamentação transcendente, frisam a essencialidade destes direitos através do uso da expressão direitos fundamentais*.

Especialmente no âmbito das ciências sociológicas e do direito internacional, ressalta Maselli, tornou-se vulgar a designação de direitos humanos, que *ressalta sua pertinência ao homem independentemente de qualquer outra circunstância*. A doutrina constitucionalista sobre esses direitos, baseada sobretudo na experiência da Carta de Bonn, *incorporou a terminologia alemã*.²²⁶

Acresce, ainda, Maselli, quanto aos denominados direitos prestacionais, as lições de Canotilho²²⁷ ressaltando que, embora certos direitos não correspondam a deveres jurídicos específicos, poderão ensejar a indicação de uma prestação determinada caso somente exista um instrumento eficiente para consecução daquele fim:

O Estado, os poderes públicos, o legislador, estão vinculados a proteger o direito à vida, no domínio das prestações existenciais mínimas, escolhendo um meio (ou diversos meios) que tornem efectivo este direito, e, no caso de só existir um meio de dar efectividade prática, devem escolher precisamente esse meio.

1.1. Solidariedade dos entes federativos

O federalismo cooperativo acolhido pela Constituição Federal de 1988 consagrou, no tema da saúde pública, a solidariedade das pessoas federativas, na perspectiva de que a competência da União não exclui a dos Estados e a dos Municípios (inciso II do artigo 23 da CRFB/88). É o que se extrai do disposto no art. 196 e seguintes.

O art. 198 previu a criação de um sistema único de saúde e seu § 1º dispõe que o financiamento dar-se-ia com recursos do orçamento da seguridade social da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, além de outras fontes.

Em observância ao regramento constitucional, a Lei nº 8.080/90 criou o Sistema Único de Saúde (SUS), de extensão nacional, integrado pelos entes federativos: a União, Estados, Distrito Federal e Municípios.

No sentido da solidariedade imanente dos entes federativos no atendimento ao direito fundamental da saúde, colhe-se o entendimento uníssono

226 Idem. *ibidem*. apud **Sovereign Virtue**. Cambridge (Mass.): Oxford, 2000. p. 309 e s.

227 Idem. *Ibidem*. apud CANOTILHO, José. *Tomemos a sério os direitos económicos, sociais e culturais*. [s.l.: s.n.] apud SARLET, Ingo. *Eficácia dos direitos fundamentais*. [s.l.: s.n.] p. 299.

dos Tribunais, inclusive do Supremo Tribunal Federal. Transcreve-se ementa do Professor e Desembargador do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, Roberto de Abreu e Silva:

EMENTA: FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO. PODER PÚBLICO. OBRIGATORIEDADE. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. SENTENÇA CONFIRMADA. MEDICAMENTOS. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA

Em sede de tutela do direito à vida e à saúde a Carta Magna proclama a solidariedade da pessoa jurídica de direito público, na perspectiva de que a competência da União não exclui a dos Estados e a dos Municípios (inciso II do artigo 23 da CRFB/88). Demais, a Lei nº 8.080/90 que criou o sistema único de saúde (SUS) integra a União, Estados, Distrito Federal e Municípios e lhes impõe o dever jurídico de assistência farmacêutica, médico-hospitalar e solidária aos doentes necessitados. Resulta inquestionável a legitimidade ad causam do apelante para compor o pólo passivo da demanda e o interesse jurídico da autora em postular a tutela necessária à proteção de sua saúde, nesta via jurisdicional, não havendo motivo legal para extinguir-se a ação sem julgamento de mérito. DESPROVIMENTO DO RECURSO. MANTENÇA DA SENTENÇA EM REEXAME NECESSÁRIO (Apel. Cív. nº 2002.001.02662, TJ-RJ, 12ª Câm. Cível, Rel. Des. Roberto de Abreu e Silva, j. 04/06/2002).

A solidariedade é instituto do Direito Civil e está prevista no art. 896 do Código Civil brasileiro de 1916 e no art. 265 do novo Código Civil de 2002, cabendo ao credor escolher qual dos devedores deseja acionar (art. 898 do Código Civil brasileiro de 1916 e art. 267 do novo Código Civil de 2002).

Tal destaque é de grande relevância, pois o cidadão hipossuficiente poderá escolher qual dos entes federativos irá acionar para ver efetivado o seu direito fundamental à saúde e de nada adiantará, como sói acontecer, as arguições, pelo Estado e pelo Município, de ilegitimidade passiva **ad causam** ou mesmo os pedidos de chamamento ao processo dos demais entes federados.

Assim vêm decidindo os Tribunais, inclusive em razão do caráter de urgência que norteia as ações em face do Poder Público pleiteando remédios e tratamentos necessários aos hipossuficientes.

Transcreve-se assim ementa do anterior Presidente do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, Desembargador Humberto Manes, onde destaca acórdão paradigma do Supremo Tribunal Federal, na voz do eminente Ministro Celso de Mello, que, com percuciência e objetividade, sepulta a vazia alegação de que o direito à saúde encontra-se expresso em norma de caráter puramente programático:

FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO. DOENÇA GRAVE. SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE - S.U.S. PODER PÚBLICO MUNICIPAL. OBRIGATORIEDADE.

DE. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. CHAMAMENTO AO PROCESSO. IMPOSSIBILIDADE.

Administrativo. Saúde Pública. Aposentado pobre e portador do Mal de Alzheimer. Embora conjunta a ação dos entes integrantes do Sistema Único de Saúde, pode o necessitado acionar qualquer deles, ante o princípio concursus partes fiunt, já que a solidariedade, que o excepciona, não se presume (Código Civil, art. 896). Rejeição, por isso, da preliminar de chamamento ao processo da União e do Estado. "O caráter pragmático da regra inscrita no art. 196 da Carta Política - que tem por destinatários todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro - não pode converter-se em promessa constitucional inconstitucional, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado" (Supremo Tribunal Federal, AGRRE 27128-RS, 2ª Turma, Relator Ministro Celso de Mello, DJU, de 24.11.2000). Confirmação da sentença que condenou a Fundação Municipal de Saúde de Petrópolis a fornecer os medicamentos necessários conforme ordem médica (Apel. Cív. nº 2002.001.08324, TJ-RJ, 5ª Câ. Cív., Rel. Des. Humberto de Mendonça Mannes, j. 13/08/2002, votação unânime).

A regra no Direito Público, neste e em outros países que se submetem ao império da norma jurídica genérica e abstrata, ditos Estados de Direito, é que tem a responsabilidade aquele que tem o poder de decidir e resolver. É o caso dos entes federativos na delicada questão de saúde pública.

1.2. Objeto da obrigação assistencial de saúde

A Constituição Federal de 1988, como já dito, proclamou a saúde como direito fundamental e dever do Estado (art. 196), destacando as prioridades a serem observadas pelo Sistema Único de Saúde (S.U.S.), em oito incisos do art. 200, deles se extraindo a utilização do conceito de saúde, em sentido amplo.

Assim, cabe ao Poder Público o dever de fornecer não apenas medicamentos, mas também os tratamentos, incluindo exames e cirurgias, que se fizerem necessários à efetivação do direito fundamental à saúde.

Sobre o conceito de medicamento, definiu De Plácido e Silva²²⁸ em sua notável obra **Vocabulário jurídico**, que se transcreve:

Medicamentum, derivado do latim, é aplicado vulgarmente para designar o remédio utilizado para a cura das enfermidades, ou para aliviar as dores. E,

228 4 DE PLÁCIDO E SILVA. **Vocabulário jurídico**, 20. ed. rev. e at. por Nagib Slaibi Filho e Gláucia Carvalho. Rio de Janeiro: Forense, 2002. Verbete "medicamento".

assim, tanto designa os preparados ou produtos que já se encontram prontos nas farmácias, como os remédios aviados pelos farmacêuticos, em obediência às receitas médicas.

Distinguem-se, dizendo-se medicamento preparado e medicamento aviado. O primeiro é produto de laboratório. O segundo, feito na farmácia, conforme prescrição médica, formulada na receita.

Os medicamentos preparados dizem-se, tecnicamente, especialidades farmacêuticas. E sob essa denominação são classificados pelas leis fiscais. O suprimento de medicamentos às pessoas, quando necessário, inclui-se na manutenção ou assistência que lhes é devida por aqueles que estão obrigados a ela.

Cabe destacar que medicamento significa aquilo que traz efeito terapêutico, seja o medicamento propriamente dito ou eventualmente um alimento, como, v.g., um leite especial para bebê que padeça de alguma enfermidade e que possua efeito terapêutico - será, sem dúvida, um remédio necessário, quiçá, imprescindível.

2. TUTELAS DE URGÊNCIA

2.1. Fundamento constitucional do acesso à Justiça

A Constituição Federal de 1988 não apenas consagrou como direito fundamental o acesso à Justiça, também chamado princípio constitucional da inafastabilidade da jurisdição, como também acresceu a expressão “ameaça a direito”, para abranger também as tutelas de urgência, como se vê em seu art. 5º, XXXV: *A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.*

Exatamente por se tratar de direito à saúde – que não pode esperar – impõe-se a utilização das denominadas medidas de urgência, aí incluídas a tutela cautelar e a antecipação dos efeitos da tutela.

2.2. Cautelar e antecipação de tutela. Princípio da fungibilidade

Questão ainda tormentosa, especialmente na doutrina brasileira, diz respeito à cautelar e à antecipação de tutela, investigando-se se constituem institutos diferentes com finalidades diversas, ou, então, se apresentam um núcleo comum que somente se diferencia pelo aspecto formal, com que se apresentam no mundo jurídico.

Considera-se indispensável para esclarecimento do tema a leitura de artigo do Professor do Rio Grande do Sul Ovídio Baptista da Silva, onde demonstra a influência das idéias do Racionalismo no Direito Processual Civil, no que concerne às tutelas preventivas.

Sobre as dificuldades enfrentadas pela doutrina para conceber uma tu-

tela processual de natureza puramente preventiva, destaca Ovídio Baptista da Silva:²²⁹

... Para isso é indispensável acrescentar ao racionalismo, tão presente na formação da ciência jurídica moderna, especialmente no direito processual civil, mais dois ingredientes importantes. O primeiro deve-se à doutrina política da 'separação de poderes', marcada pela influência de Montesquieu, mas que nos vem, mais propriamente de Thomas Hobbes, a reduzir o Poder Judiciário a um poder subordinado, ou melhor, a um órgão do poder, cuja missão constitucional não deveria ir além da tarefa mecânica de reproduzir as palavras da lei, de modo que a jurisdição não passasse de uma atividade meramente intelectual, sem que o julgador lhe pudesse adicionar a menor parcela volitiva. A esse respeito, as lições de Chiovenda são exemplares. Várias passagens de suas obras poderiam ser oferecidas para confirmar esta assertiva. Sirva-nos apenas estas: 'Nella cognizione, la giurisdizione consiste nella sostituzione definitiva e obbligatoria dell'attività intellettuale Del giudice all'attività intellettuale non solo delle parti ma di tutti cittadini nell'affermare esistente o non esistente una volontà concreta di legge concernente le parti'.

No texto, ficam demarcadas a natureza meramente "intelectiva", enquanto pura cognição, da função jurisdicional, e o princípio de que a atividade do juiz deve limitar-se a revelar a "vontade concreta da lei". Sua missão seria apenas verbalizar a "vontade da lei" ou a vontade do legislador. A outra passagem que merece referência é aquela em que o grande processualista, referindo-se à interpretação, dá-lhe a exclusiva tarefa de investigar a "vontade da lei", confirmando a premissa de seu sentido unívoco, porquanto não se haverá de supor que ela possa ter "duas vontades".

A conclusão que se deve extrair decorre necessariamente dessa premissa: como seria impensável supor que a lei tivesse "duas vontades" toda norma jurídica deverá ter, conseqüentemente, sentido unívoco. Ao intérprete não seria dado hermeneuticamente compreendê-la", mas, ao contrário, com a neutralidade de um matemático, resolver o problema "algébrico" da descoberta de sua "vontade". Torna-se fácil compreender as razões que, no Século XIX, fizeram com que os autores dos Códigos procurassem impedir que eles fossem interpretados. Reproduziu-se no Século XIX a tentativa de Justiniano. A intenção que sustenta esse propósito é a mesma que, no início da Era Moderna, procurou eliminar a Retórica, enquanto ciência argumentativa, no campo do Direito, basicamente no campo do Processo.

229 SILVA, Ovídio Baptista da. "Racionalismo e tutela preventiva em processo civil". **Revista jurídica** (órgão nacional de doutrina, jurisprudência, legislação e crítica jurídica), a. 50, n. 295, maio de 2002.

E arremata Ovídio Baptista,²³⁰ instigando ainda mais a reflexão dos estudiosos, ao descortinar o lado oculto da idéia de perfeição do Direito criado: *A idéia de perfeição do direito criado, que se oculta sob essa conduta, foi relevada por uma eminente filósofa contemporânea, ao mostrar o pathos tirânico, consequentemente antidemocrático desse modo de compreender o direito. O direito “perfeito” elimina qualquer espécie de questionamento. É o direito do tirano.*

José Roberto dos Santos Bedaque²³¹ ressalta que se deve à genialidade de Piero Calamandrei a classificação que confere melhor sistematização ao universo da tutela cautelar. As medidas destinadas a assegurar a efetividade do processo podem representar:

a) provimentos instrutórios antecipados: os provimentos instrutórios normalmente são proferidos no bojo do processo de cognição, no momento procedimental próprio para a produção da prova. Se, todavia, houver risco para o resultado dessa atividade, é possível antecipar o respectivo provimento, pela via da tutela cautelar, aqui destinada à conservação da prova;

b) provimentos destinados a assegurar a efetividade da execução, obstando o desvio de bens sobre os quais poderão recair os atos executórios;

c) provimentos interinos, que antecipam provisoriamente a sentença de mérito, com o objetivo de evitar danos irreparáveis a uma das partes. A relação de instrumentalidade, aqui, é diversa daquela identificada nos provimentos anteriores, que se limitam a assegurar meios para a emissão do provimento cognitivo ou executivo. A tutela cautelar concedida mediante provimento interino de mérito constitui antecipação do provável resultado definitivo, inerente ao provimento principal.

Essa modalidade de cautelar se assemelha muito aos provimentos de cognição sumária, deles se afastando pelo caráter provisório do provimento, que jamais se torna definitivo, pois instrumentalmente ligado à tutela principal. Esta constituirá a única regulamentação da relação substancial litigiosa. Não configura mera ratificação do provimento cautelar, que é substituído e deixa de existir;

d) provimentos judiciais determinando a prestação de caução, para garantir eventual prejuízo àquele contra quem foi proferida tutela cautelar ou de outra natureza, mas não definitiva.

Tal posicionamento, contudo, vem sendo criticado por eméritos proces-

230 SILVA, Ovídio Baptista da. Ibid. *apud* SÉLLER, Ágens. **Más allá de la justicia**, cit., p.313.

231 BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização)**. 2. ed. rev. ampl. São Paulo: Malheiros, 2001. p.159-160. No mesmo sentido SLAIBI FILHO, Nagib. “Tutela antecipada”. www.nagib.net.

sualistas do Direito Brasileiro que afirmam a distinção entre processo cautelar, de caráter acessório e instrumental ao processo principal, e a antecipação de tutela, visto que nesta o juiz estará antecipando na mesma relação processual, parcial ou totalmente, o próprio provimento final de mérito. Destacam, ainda, a diversidade dos requisitos de cada instituto.²³²

Enfatizam os referidos juristas o avanço da legislação brasileira, ao positivar expressamente no Código de Processo Civil as normas da antecipação de tutela, instituto este que já existia no ordenamento jurídico pátrio, como, por exemplo, os alimentos provisórios previstos na Lei nº 5.478/64, em seu art. 4º, bem como a liminar de reintegração ou manutenção nas ações possessórias, disciplinada no art. 928 do Código de Processo Civil.

Tais liminares ostentam, sem dúvida alguma, a natureza de tutela antecipada. A previsão legal expressa com o *nomen iuris* de antecipação de tutela veio com a Lei nº 8.952, de 13 de dezembro de 1994, que alterou o Código de Processo Civil, introduzindo-a em seus arts. 273 e 461 e respectivos parágrafos.²³³

Ao tratar dos tipos de tutela cautelar (típicas e atípicas), José Roberto dos Santos Bedaque inclui, como já dito, a tutela antecipada, que denomina “tutela cautelar antecipatória”, invocando ensinamentos de processualistas italianos atuais, como, v.g., Fazzalari:²³⁴

... Em qualquer dessas formas de tutela cautelar, a segurança constitui o escopo último, ainda que para alcançá-lo seja necessário satisfazer provisoriamente o direito pleiteado, antecipando o conteúdo do provimento final. São também cautelares, apesar do conteúdo antecipatório.

Na mesma esteira, acresce Bedaque, reportando-se à doutrina espa-

232 DINAMARCO, Cândido Rangel. “O regime jurídico das medidas urgentes”. **Seleções Jurídicas ADV**, Rio de Janeiro, COAD, p. 1-13, jan. 2002. No mesmo sentido, BAPTISTA, Ovídio A.da Silva, **Curso de processo civil**. Porto Alegre: Fabris, 1993. v. III, p. 17. THEODORO JÚNIOR, Humberto. “As liminares e a tutela de urgência”. **Doutrina**, Rio de Janeiro, Instituto de Direito, p. 221/247, 2001. (Coordenação de James Tubenclack.)

233 GUTIERREZ, Cristina. **Suspensão de liminar e de sentença na tutela do interesse público**. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

234 BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Ibid.* apud FAZZALARI, Elio. *Provvedimenti cautelari*. Enciclopedia del diritto. Milano: Giuffrè Editore, 1988. v. XXXVII, p. 842. A observação é de Fazzalari, para quem alguns provimentos cautelares “*assicurano la tutela anticipando il contenuto della futura sentenza di merito; altri – come i sequestri – svolgono la funzione cautelare con misure adeguate (nel sequestro viene preservato il bene), ma senza anticipare quella pronuncia. La distinzione può segnarsi indicando i primi provvedimenti, ed essi soltanto, come cautelari e anticipatori*”.

nhola, citando as lições de J.S. Fagundes Cunha:²³⁵

Quando a tutela cautelar opera adiantamento total ou parcial de efeitos da futura sentença do processo principal, o faz por ser este o único modo de cumprir a função encomendada, assegura a efetividade de seus resultados, daí que a instrumentalidade, caráter fundamental das medidas cautelares, deva estar também presente com relação a medidas de conteúdo antecipatório.

De toda a sorte, em salutar avanço legislativo e na linha que já vinha sendo adotada pela doutrina moderna e buscando a concretude dos princípios constitucionais da efetividade e da economia processuais, a recente Lei brasileira nº 10.444, de 7 de maio de 2002 acresceu ao art. 273, do CPC, que trata da antecipação de tutela, o § 7º, que permite ao juiz aplicar o princípio da fungibilidade, dada a urgência, conhecendo a medida de urgência, independentemente do rótulo ou *nomen iuris* utilizado, se tutela antecipada ou cautelar, examinando a pretensão posta em Juízo, consoante se transcreve:

Art. 273. (...)

§ 7º Se o autor, a título de antecipação dos efeitos da tutela, requerer providência de natureza cautelar, poderá o juiz, quando presentes os respectivos pressupostos, deferir a medida cautelar em caráter incidental do processo ajuizado.

Entende-se que a expressão utilizada pelo legislador *poderá o juiz, quando presentes os respectivos pressupostos* pode dar margem à interpretação de tratar-se de mera faculdade do juiz e de ato discricionário, o que não é verdade.

Sobre a necessária distinção entre ato jurisdicional discricionário e vinculado, tratou a autora do presente trabalho:²³⁶

Não há que se falar em discricionariedade quando a lei faculta ao seu aplicador certa margem de avaliação quanto à verificação dos fatos postos em questão.

A discricionariedade ocorre quando o aplicador da lei possui liberdade de escolha das conseqüências, vale dizer dos efeitos, como, por exemplo, quando se faculta ao juiz perdoar o autor da receptação culposa, desde que primário (art. 180, § 3º, do Código Penal), ou determinar a maneira pela qual será cumprida a obrigação de prestar alimentos (Código Civil, art. 403, parágrafo único).

235 BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Ibid. *apud* CUNHA, J. S. Fagundes. Notas sobre as medidas antecipatórias e a técnica dos procedimentos sumários no direito argentino e espanhol. **Revista de Processo**, n. 95, p. 135-151.

236 Op. cit., p. 35-36, *apud* BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Recorribilidade das decisões interlocutórias no processo do mandado de segurança. **Livro de estudos jurídicos**. Rio de Janeiro: Instituto de Estudos Jurídicos, 1994. v. 8, p. 183.

O art. 7º, inciso II, da Lei nº 1.533/51, ao elencar as condições para o deferimento da liminar em mandado de segurança, utiliza conceitos jurídicos indeterminados. É claro, consoante lembra Barbosa Moreira:

‘Haverá maior ou menor dose de subjetivismo na consideração de tal ou qual fundamento como relevante, e na avaliação da eventual ineficácia da providência, se retardada. Nisso, contudo, esgota-se a liberdade – se assim é lícito falar do juiz. Daí em diante, sua atitude está predeterminada. Uma de duas: ou ele entende configurados os dois pressupostos, e tem o dever de conceder a liminar (infringindo a lei se não a conceder), ou não os entende configurados, e tem igualmente o dever de denegar a liminar (infringindo a lei, da mesma sorte, caso não a denegue). A decisão não é discricionária, mas vinculada’.

No caso, a aparente “faculdade” atribuída ao juiz para aplicar o princípio da fungibilidade (art. 273, § 7º, CPC) é, na verdade, um poder-dever do magistrado, desde que presentes os seus pressupostos, sob pena de vulneração ao princípio constitucional de acesso efetivo à jurisdição, esculpido no já citado art. 5º, XXXV, da Constituição Federal, pois, como já dizia Rui Barbosa, *Justiça tardia não é Justiça*.²³⁷

Aliás, o próprio Supremo Tribunal Federal – guardião da Constituição Federal – vem fazendo prevalecer o conteúdo, a pretensão posta em Juízo, em detrimento da forma, destacando-se decisão do Pleno, na voz do relator, Ministro Sepúlveda Pertence, que conheceu do Mandado de Segurança como Reclamação, determinando a sua conversão:

Ementa: I. Mandado de segurança dirigido originariamente ao Supremo Tribunal Federal, que, invocando o art. 102, I, n, da Constituição, requer avocação de outra impetração de segurança em curso no Tribunal de Justiça; conversão em reclamação, dado o verdadeiro objeto do pedido. II. Plausibilidade da alegação de competência originária do STF para julgar o mandado de segurança requerido ao Tribunal de Justiça: embora o impetrante, Juiz de Direito, postule licença-prêmio com base na legislação local e o ato coator lhe resista a pretensão, por se tratar de magistrado em disponibilidade, a solução da lide passa pela questão prejudicial de saber, em face da LOMAN, se os juízes, em tese, tem direito à licença especial, matéria esta, que o STF já entendeu de interesse geral da magistratura, de modo a induzir a sua competência originária excepcional (AgRg Ag. 130.513, 6.11.89, Gallotti, RTJ 130/1.285) (AO 153 QO-AgR/RS Ag. Reg. na Questão de Ordem na Ação

237 GUTIERREZ, Cristina. “Dever judicial de adequação do procedimento à pretensão deduzida em juízo”. *Forense Imobiliária*, Rio de Janeiro, n. 9, p. 11-14, jan. 2001; *Revista Ibero-Americana de Direito Público*, v. III, p. 35-40; *Revista da Emerj*, v. 4, n. 13, p. 107-116.

Originária, STF, Tribunal Pleno, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, votação unânime, j. 07/05/1992, publ. *DJ* de 07/08/1992 - obs.: converteu-se o Mandado de Segurança contido na AO-153 em Reclamação e Agravo).

2.3. Tutela antecipada na sentença

Tema ainda tormentoso na doutrina e na jurisprudência diz respeito à possibilidade de concessão de antecipação de tutela na sentença.

Acreditamos que sim.

Não raras vezes ocorrem situações concretas em que se depara o magistrado com a situação em que o pedido de tutela antecipada não chegou a ser apreciado no curso da tramitação do processo ou então foi apreciado e rejeitado, mas novas provas foram produzidas ou ocorreram fatos supervenientes, que devem ser levados em consideração pelo juiz no momento da sentença, conforme reza o art. 462 do Código de Processo Civil.

Sustentam aqueles que divergem de tal entendimento pelo descabimento da concessão de tutela antecipada na sentença, mormente quando figurar como réu a Fazenda Pública, esta em sua acepção lata (União, Estados e Municípios), invocando como óbice principal a norma do art. 475, II, do Código de Processo Civil, que consagra o duplo grau obrigatório nas sentenças proferidas em face da Fazenda Pública - vale dizer, a sentença estaria sujeita ao duplo efeito, não podendo ser executada senão depois de confirmada pelo Tribunal.

Ora, tal argumento não pode afastar a tutela de urgência garantida como direito fundamental de acesso à justiça.

Nem se pode conceber que a decisão concessiva de tutela antecipada contra a Fazenda Pública, antes da sentença, em cognição sumária (salvo nas hipóteses vedadas do art. 1º da Lei nº 9.474/97, em casos de aumento de vencimentos ou concessão de gratificações a servidores públicos), seja desde logo executada, e aquela proferida na sentença quando já existe a cognição exauriente não possa ser executada, até porque, como já proclamou o Supremo Tribunal Federal na ADCM 4, *o acautelar é imanente ao julgar*. Seria uma contradição em seus próprios termos.

A não-concessão da tutela antecipada na sentença, quando presentes os requisitos legais em se tratando de tutela de urgência, vulnera o efetivo acesso à jurisdição, assegurado no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal e no Projeto de Reforma do Poder Judiciário, que acresce o inciso LXXVIII ao rol do art. 5º da Constituição, positivando o direito constitucional da parte à celeridade processual.²³⁸

238 GUTIERREZ, Cristina. *Ibidem*. No mesmo diapasão, SLAIBI FILHO, Nagib. "Direito à

Nos termos do disposto no art. 273, § 4º, do Código de Processo Civil, a tutela antecipada poderá ser revogada ou modificada, a qualquer tempo, o que não exclui a sua sede no documento em que se manifesta a sentença.

Sobre o tema já decidiu a signatária em ação de rito ordinário proposta por policial militar em face do Estado, objetivando a desconstituição do ato administrativo que o excluiu das fileiras da Polícia Militar e a sua conseqüente reintegração, observadas as promoções a que faria jus, bem como a condenação do réu ao pagamento de indenização pelos danos morais sofridos. Requereu o autor a antecipação de tutela para reintegrá-lo no cargo, com os vencimentos devidos, a fim de possibilitar-lhe, inclusive, o tratamento médico adequado de que necessitava.

O pedido de tutela antecipada foi parcialmente concedido, com referência à reintegração do policial militar, em face da manifesta urgência, visto que somente assim o autor poderia obter tratamento de saúde adequado, cuja saúde vinha se agravando, como documentado nos referidos autos.

Observe-se que não poderia o autor suportar mais o lapso temporal até a entrega definitiva da prestação jurisdicional, caso o réu fizesse uso dos recursos processuais disponíveis, podendo até desaguar no mais Alto Tribunal do País.

Rejeitou-se, contudo, o pedido de antecipação de tutela para pagamento de vencimentos atrasados, cuja via própria é o precatório judicial, consoante reza o art. 100 da Constituição Federal.

Sobre o cabimento de tutela antecipada na sentença, vale transcrever, dentre outros, as lições de Alexandre Freitas Câmara,²³⁹ em sua conhecida obra **Escritos de Direito Processual**:

Dito de outra forma: tanto se poderá conceder tutela antecipada antes da sentença, em caráter interinal, com base em cognição sumária, como se poderá conceder a antecipação na própria sentença, com supedâneo em cognição exauriente.

Negar a possibilidade de concessão da tutela antecipada na sentença, salvo melhor juízo, contraria o princípio do devido processo legal (due process of law), entendido este como a garantia constitucional do processo justo. Salvo melhor juízo não se pode pensar em processo justo, que funcione verdadeiramente como instrumento de acesso à ordem jurídica justa, se este processo não dispõe de instrumentos capazes de permitir que dele se extraia o máximo de proveito. Corolário desta idéia é a garantia da tutela jurisdicional adequa-

duração razoável do processo". **Revista da Emerj**, Rio de Janeiro, v. 3, n. 10, p. 118-142, 2000, e em www.nagib.net.

239 CÂMARA, Alexandre Freitas. **Escritos de direito processual**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. p. 166/167.

da, decorrente do art. 5º, XXXV, da Constituição da República, e explicitada pelo art. 75 do Código Civil, segundo o qual a todo o direito corresponde uma ação que o assegura. Este dispositivo assegura a existência no ordenamento jurídico pátrio, de remédios processuais adequados à proteção de todos os direitos e demais posições jurídicas de vantagem. Ora, haverá casos em que a tutela jurisdicional de um certo direito só será adequada se prestada através de sentença que, desde logo, será capaz de produzir efeitos.

... Ora, sendo de se distinguir o ato jurídico do instrumento que o formaliza, nada impede que num só instrumento venham representados dois distintos atos jurídicos. Pense-se, para corroborar o que vem sendo afirmado, em um processo em que tenha havido cumulação de demandas (por exemplo, o autor postulou a rescisão de um contrato e também a condenação do demandado ao pagamento de perdas e danos). Ainda que se tenha, in casu, uma sentença formalmente única, ter-se-á, em verdade, duas distintas decisões, uma julgando cada uma das pretensões. Fenômeno análogo se dará quando em um ato, formalmente único, o juiz conceder a tutela antecipada e proferir sentença. Não obstante se esteja diante de um único instrumento, substancialmente será possível distinguirem-se dois atos processuais distintos: a decisão interlocutória que concede a tutela antecipada e a sentença, que julga o pedido formulado pelo demandante...

No mesmo sentido, Carreira Alvim,²⁴⁰ ressaltando entendimento jurisprudencial inovador, no sentido de admitir a antecipação de tutela até mesmo nos embargos de declaração, como se transcreve:

Jurisprudência a respeito.

No âmbito dos tribunais de apelação, estaduais e federais, a jurisprudência tem sido condescendente com a antecipação da tutela na sentença, em capítulo próprio, confirmando tais decisões, como forma de corrigir a atecnia do sistema processual, de permitir, como regra, a efetivação de uma simples decisão interlocutória, calcada na verossimilhança (probabilidade), e não admitir a execução imediata (e provisória) da sentença, fundada no juízo de certeza, afora as exceções contidas no art. 520, segunda parte, incisos I a VII, do Código de Processo Civil (homologar a divisão ou a demarcação; condenar à prestação de alimentos; julgar a liquidação de sentença; decidir o processo cautelar; rejeitar liminarmente embargos à execução ou julgá-los improcedentes; julgar procedente o pedido de instituição de arbitragem; confirmar a antecipação dos efeitos da sentença).

O Superior Tribunal de Justiça (Resp n. 279.251-SP) seguiu a mesma diretriz,

240 CARREIRA ALVIM, J. E. "Tutela antecipada antes da sentença e tutela antecipada na sentença de mérito". *Doutrina*, Rio de Janeiro, Instituto de Direito, n. 13, p. 166-167, 2002.

e ampliou até o alcance dessa possibilidade, assentando que a tutela antecipada pode ser concedida na sentença, ou, se omitida a questão anteriormente proposta, nos embargos de declaração.

Do mesmo modo vem entendendo o Supremo Tribunal Federal, *in verbis*: ... Quanto à tutela antecipada (*rectius*: antecipação dos seus efeitos), tem-se que já transitou em julgado à míngua de impugnação pelo recurso adequado. Com efeito, publicada a interlocutória específica, com normal intimação das partes, dos autos não consta certidão nem cópia de que tenha havido agravo de instrumento contra essa decisão. Quanto à ela, limitou-se a Fazenda Pública Estadual tão-só a pedir suspensão de seus efeitos, fazendo com apoio no art. 1º da Lei nº 9.494/97 c/c art. 4º da Lei nº 8.437/92, expediente esse que, não tendo força impugnativa recursal, não poderá subsistir depois da sentença de mérito, a qual, de resto, houve por bem em confirmar a concessão da tutela antecipada. Ressalte-se que, por último, ainda desta vez o Estado do Maranhão não usou o recurso específico de agravo, o qual, segundo entendimento doutrinário e jurisprudencial, quando nela (sentença), há capítulo de conteúdo de decisão interlocutória. Precedentes doutrinários e jurisprudenciais.

Ademais, quanto à possibilidade da concessão da tutela antecipatória no seio da sentença, apesar de ser uma inovação, não vejo nenhum empecilho que obste a sábia decisão proferida pelo magistrado. Tal situação está prevista no art. 273, inciso I, da Lei Processual Civil, com redação dada pela Lei nº 8.952/94, que estabelece que o juiz poderá conceder a tutela antecipada caso haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação...²⁴¹

Outra alteração legislativa, na esteira da evolução doutrinária e jurisprudencial, que merece destaque foi incluir a sentença que confirma antecipação de tutela no rol das hipóteses em que o recurso de apelação é recebido apenas no efeito devolutivo, consoante se vê no inciso VII do art. 520 do Código de Processo Civil, que se transcreve:

Art. 520. A apelação será recebida em seus efeitos devolutivo e suspensivo. Será, no entanto, recebida só no efeito devolutivo, quando interposta de sentença que:

(...)

VII – confirmar a antecipação dos efeitos da tutela.

2.4. Limites objetivos da lide. Natureza *rebus sic stantibus* da obrigação prestacional de saúde

²⁴¹ PETMC-2334/MA, Supremo Tribunal Federal, Rel. Min. Carlos Mário Velloso, publ. no DJ de 21/08/2001.

Em nosso ordenamento jurídico, os limites objetivos da lide, aos quais se deve ater o julgador, estão previstos nos arts. 128 e 460 do Código de Processo Civil:

Art. 128. O juiz decidirá a lide nos limites em que foi proposta, sendo-lhe defeso conhecer de questões, não suscitadas, a cujo respeito a lei exige a iniciativa da parte.

(...)

Art. 460. É defeso ao juiz proferir sentença, a favor do autor, de natureza diversa da pedida, bem como condenar o réu em quantidade superior ou em objeto diverso do que lhe foi demandado.

Em se tratando de ação objetivando a condenação do Estado a fornecimento de medicamentos, dá-se através da obrigação de fornecer não apenas os medicamentos, mas também os tratamentos que a Ciência reputar necessários.

Note-se que tal dispositivo sentencial, ao primeiro súbito de vista, pode parecer em desacordo com os limites objetivos da lide, em face da ausência de pedido expresso, embora tal se possa extrair como conclusão lógica da causa de pedir retratada no processo.

Inexiste ofensa aos limites objetivos da lide. Trata-se de obrigação de natureza **rebus sic stantibus**, expressão a qual é bem elucidada por Plácido e Silva:²⁴²

É a locução latina utilizada na terminologia jurídica para designar a cláusula contratual, que se julga inserta nas convenções, em virtude da qual o devedor é obrigado a cumprir o contrato, somente, quando subsistem as condições econômicas existentes quando fundado o ajuste.

'Rebus sic stantibus' quer, precisamente, significar o mesmo estado das coisas, ou a subsistência das coisas.

Desse modo, a denominação atribuída à cláusula explica o próprio conceito: o contrato se cumpre se as coisas (rebus) se conservarem; desta maneira (sic), no estado preexistente (stantibus), quando de sua estipulação, isto é, desde que não tenham sofrido modificações essenciais.

Nesta razão, a cláusula 'rebus sic stantibus' é tida como um pressuposto contratual.

Assim, dúvida não há quanto à natureza **rebus sic stantibus** da obrigação (dever) do Poder Público. Duas razões podem ser destacadas: (a) a Constituição Federal consagrou em seus arts. 6º, *caput*, e 196 a saúde como direito fundamental e dever do Estado tutelá-la, e não apenas o dever de for-

242 DE PLÁCIDO E SILVA. **Vocabulário jurídico**. 20. ed. rev. e at. por Nagib Slaibi Filho e Gláucia Carvalho. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 676

necer medicamentos - não pode assim, o julgador, sob pena de vulneração à Lei Maior, restringir o conteúdo da norma constitucional; (b) impossível limitar as necessidades e o avanço da Ciência Médica pela cega obediência à lista de remédios que serve, exclusivamente, para indicar os repasses da União para o Estado e para o Município, salvo permanecendo o mesmo estado das coisas.

Atualmente existem inúmeras doenças crônicas, inclusive consideradas ainda incuráveis, como, v.g., a AIDS e a hepatite C, cujos medicamentos originalmente prescritos são substituídos por outros mais novos ou às vezes por peculiaridades de cada paciente, função privativa de especialista, cujo laudo médico é exigido nos autos.

Nem se sustenta o fundamento de eventual tentativa de fraude, pois cabe ao Executivo, nos moldes constitucionais, fiscalizar e velar pela correto uso da verba destinada à saúde.

A respeito do tema, vem sendo esse o entendimento adotado pela autora deste trabalho, *in verbis*:

Isto posto, julgo procedente o pedido para confirmar a antecipação de tutela, declarando o direito subjetivo da autora a receber os remédios que a Ciência Médica reputar necessários para a sua saúde e condenar os réus a provê-los em obrigação de fazer 'rebus sic stantibus', bem como ao pagamento das custas e honorários advocatícios, ao quais, na forma do art. 20, § 4º, do Código de Processo Civil, fixo em R\$ 200,00 (duzentos reais).

Aliás, justamente em razão do grande avanço da Ciência Médica, o Superior Tribunal de Justiça, na voz do Ministro José Delgado, em célebre acórdão, afastou a arguição de coisa julgada formada por sentença, confirmada pelo Tribunal, que reconheceu inicialmente a paternidade e o conseqüente dever alimentar decorrente de tal filiação, visto que com o avanço da Ciência aquele que havia sido considerado pai, submetendo-se a exame de DNA (cujo percentual de certeza quanto à paternidade é de 99,99999%), descobriu que não era pai, inexistindo a filiação declarada, cuja ementa se transcreve: *Paternidade. Contestação.*

As normas jurídicas não de ser entendidas, tendo em vista o contexto legal em que inseridas e considerando os valores tidos como válidos em determinado momento histórico. Não há como interpretar-se uma disposição, ignorando as profundas modificações por que passou a sociedade, desprezando os avanços da ciência e deixando de ter em conta as alterações de outras normas, pertinentes aos mesmos institutos jurídicos. Nos tempos atuais, não se justifica que a contestação da paternidade, pelo marido, dos filhos nascidos de sua mulher, se restrinja às hipóteses do artigo 340 do Código Civil, quando a ciência fornece métodos notavelmente seguros para verificar a

existência do vínculo de filiação. Decadência. Código Civil, artigo 178, § 3º. Admitindo-se a contestação da paternidade, ainda quando o marido coabite com a mulher, o prazo de decadência haverá de ter, como termo inicial, a data em que disponha ele de elementos seguros para supor não ser o pai de filho de sua esposa. (...) Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Srs. Ministros da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, não conhecer do recurso especial (REsp nº 194866/RS, STJ, 3ª Turma, Rel. Min. Eduardo Ribeiro, j. 20/04/1999, publ. DJ de 14/06/1999).

O raciocínio, como se nota é o mesmo, o avanço da Ciência alterando o estado anterior das coisas permitiu que se afastasse a arguição de coisa julgada, relativizando-a.

Sobre o tema “relativização da coisa julgada”, escreveu Cândido Rangel Dinamarco artigo paradigma,²⁴³ no qual cita a decisão do Ministro José Delgado e a fórmula proposta pelo constitucionalista português Jorge Miranda, **in verbis**:

I – o princípio da razoabilidade e da proporcionalidade como condicionantes da imunização dos julgados pela autoridade da coisa julgada material;

II – a moralidade administrativa como valor constitucionalmente proclamado e cuja efetivação é óbice a essa autoridade em relação a julgados absurdamente lesivos ao Estado;

III - o imperativo constitucional do justo valor das indenizações em desapropriação imobiliária, o qual tanto é transgredido quando o ente público é chamado a pagar mais, como quando ele é autorizado a pagar menos que o correto;

IV – o zelo pela cidadania e direitos do homem, também residente na Constituição Federal, como impedimento à perenização de decisões inaceitáveis em detrimento dos particulares;

V – a fraude e o erro grosseiro como fatores que, contaminando o resultado do processo, autorizam a revisão da coisa julgada;

VI – a garantia constitucional do meio ambiente ecologicamente equilibrado, que não deve ficar desconsiderada mesmo na presença da sentença passada em julgado;

VII – a garantia constitucional do acesso à ordem jurídica justa, que repele a perenização de julgados aberrantemente discrepantes dos ditames da justiça e da equidade;

VIII – o caráter excepcional da disposição a flexibilizar a autoridade da coisa

243 DINAMARCO, Cândido Rangel. “Relativização da coisa julgada”. **Seleções Jurídicas ADV**, Rio de Janeiro, COAD, p. 1-13, jun./jul. 2002.

julgada, sem o qual o sistema processual perderia utilidade e confiabilidade, mercê da insegurança que isso geraria.

Merece aplausos a coragem de Cândido Dinamarco, ao tratar de tema tão atual e instigante, ressaltando, em seu artigo, a necessidade de se alcançar uma desejável e equilibrada relativização da garantia constitucional da coisa julgada através de duas ordens de raciocínio que desenvolve, formulando a seguinte proposta:

(...)

a) a indicar critérios para a relativização racional e equilibrada da coisa julgada, sopesando valores e opinando sobre os quais devem prevalecer sobre o desta e quais não, em quais circunstâncias sim e em quais circunstâncias não etc.;

b) a sugerir os modos como o Poder Judiciário pode ser chamado e deve manifestar-se a esse respeito, ou seja, os remédios de que dispõem os litigantes para atenuar a liberação do vínculo que a coisa julgada representa.

Enfim, pode-se depreender de tais ensinamentos que, neste século XXI, urge repensar a definitividade da coisa julgada material quando em conflito com o valor ético da Justiça.

CONCLUSÃO

O direito à saúde não é só um dos direitos básicos tutelados pela Constituição da República Federativa do Brasil, mas também por vários documentos jurídicos internacionais atinentes a direitos humanos, posto que o elemento saúde é essencial ao direito de viver com dignidade.

Demonstrada tal premissa maior, reservemo-nos a sintetizar as idéias que colhemos, ao longo dos capítulos deste trabalho, sobre a postulação a esse bem maior junto aos entes governamentais e, na sua falta, às instâncias judiciárias, nos termos do art. 5º, XXXV, da Constituição brasileira, na busca emergencial de atendimento médico, tratamentos clínicos, medicamentos, entre outros.

Deve o Poder Público, através das diversas esferas governamentais, proporcionar à população meios idôneos e eficazes para que tenha acesso a diagnóstico e prevenção de doenças, assistência clínica e hospitalar quando necessária, além de facilitar a obtenção de medicamentos e tratamentos adequados. Para tanto, é essencial uma constante fiscalização estatal no cumprimento desses deveres pelos órgãos administrativos responsáveis.

A Constituição Federal de 1988 consagrou, no que diz respeito à saúde pública, a solidariedade das pessoas federativas, de tal modo que a competência da União não exclui a dos Estados e a dos Municípios (art. 23, inc. II). Tanto é que, em seu art. 198, previu o legislador a criação de um sistema

único de saúde e, em seu § 1º, dispôs que o financiamento ocorreria com recursos do orçamento da seguridade social da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, além de outras fontes.

Essa questão é relevante porque o cidadão hipossuficiente tem o poder de escolha entre as esferas governamentais para acionar e ver efetivado o seu direito à saúde, não prosperando quaisquer arguições, pelo Estado e pelo Município, de ilegitimidade passiva **ad causam** ou mesmo os pedidos de chamamento ao processo dos demais entes federados. Nessa linha, já vem decidindo os Tribunais brasileiros, inclusive em razão do caráter de urgência que norteia as ações em face do Poder Público pleiteando remédios e tratamentos essenciais aos hipossuficientes.

Conclui-se que o Estado tem obrigação de natureza **rebus sic stantibus**, mormente naqueles casos de doenças crônicas (em face dos sensíveis avanços da Medicina e das peculiaridades de cada paciente), atestadas por laudo médico de profissional habilitado, mesmo porque o cidadão deste século XXI tem o direito fundamental de usufruir dos avanços tecnológicos como corolário do seu direito à dignidade.

No que tange à tutela antecipada e à medida cautelar, embora permaneça a salutar discussão, especialmente na doutrina, sobre sua real aplicação, já se consagrou entre os doutrinadores nacionais a constatação de serem esses institutos espécies da tutela de urgência. São, portanto, medidas cabíveis em todas as ações jurídicas que objetivem a tutela emergencial de saúde. Para tanto, devem os juízes competentes para a matéria, ao deferirem as liminares, se basear em laudos médicos dados pelos próprios hospitais públicos.

Observe-se ainda que qualquer norma infraconstitucional que rege as tutelas de urgência deve ser interpretada conforme o art. 5º, XXXV, da Constituição Federal de 1988, pois esta é sua verdadeira fonte - até porque, como já proclamou o Supremo Tribunal Federal na ADCM nº 4, o *acautelar é imanente ao julgar*. ♦

Do Julgamento Antecipado de Manifesta Improcedência do Pedido

ROGÉRIO DE OLIVEIRA SOUZA

Juiz de Direito

1. INTRODUÇÃO

O tempo no processo é um ônus suportado por ambas as partes, imposto pela própria dinâmica do processo; é um encargo maior para o autor, que é obrigado a aguardar até a decisão final para ver reconhecido o seu pleito. Para o autor que tem razão, o tempo no processo se apresenta como uma injustiça sofrida apenas por ele, que vê a resistência do réu em reconhecer o seu direito e adimplir com a obrigação, como um verdadeiro abuso com o qual o Direito não poderia compactuar. Para o autor que não tem razão, o transcurso do tempo no processo apenas possibilitou que o réu alegasse e demonstrasse que sua resistência estava ancorada em razões de direito e logo, era justa. De qualquer forma, a parte que tem razão somente assim será reconhecida com a decisão final do processo; até lá, a fluência do tempo se apresenta como um verdadeiro martírio para ambas as partes e mais para aquela que sabe, intimamente, ou acredita piamente, que sua pretensão está amparada pelo Direito. O processo, como instrumento de atuação da jurisdição, não tem como dizer, desde o seu início, com quem está a razão. Pode, apenas, com base em juízos de probabilidade e verossimilhança, tentar encurtar ao máximo a situação de provável e verossímil ofensa ao direito da parte que se apresenta, no limiar ou no curso do processo, com a razão que será declarada a final.

A distribuição do ônus do tempo no processo somente pode ser modificada sem ofensa à garantia constitucional do devido processo legal e do direito de ampla defesa. Para que o autor deixe de arcar sozinho (ou na maior parte) com a fluência do tempo, a decisão judicial requerida deve ser analisada no início do processo ou em seu curso imediato, e não apenas no momento do julgamento, quando já produzidas todas as provas apresentadas pelas partes (com o dispêndio inafastável do tempo), em julgamento de cognição plena e exauriente. A possibilidade desta decisão ser proferida no limiar do processo (ou logo em seguida à resposta do réu), também impede que o transcurso do tempo entre a decisão de 1º grau e seu trânsito em julgado, seja suportado apenas pelo autor, aguardando que o recurso eventualmente interposto pelo

réu seja julgado em definitivo.

A preocupação com a distribuição do ônus do tempo do processo vem recebendo constante atenção da doutrina e do legislador. A tendência moderna do processo civil é evitar que o processo seja um meio utilizado por aquele que não tem razão em prejuízo do outro que tem razão, ou seja, que tem direito à proteção eficaz do sistema jurídico. O processo civil não pode servir para a perpetuação de uma situação injusta, que se protraí no tempo em prejuízo da parte ofendida em seu direito, gerando insatisfação pessoal e repercussão social altamente negativa e disruptora da paz social. Constatada a situação de injustiça, o sistema jurídico deve ser capaz de prover meios e modos para que a situação de justiça seja prontamente restaurada, evitando que o agressor se vanglorie de sua conduta de afronta ao direito.

A Reforma Processual de 1994 trouxe para o processo civil brasileiro o instituto da antecipação da tutela, alterando o art. 273 do Código de Processo Civil. A antecipação da tutela permite que o juiz “antecipe, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial”, desde que presentes os pressupostos da “verossimilhança da alegação” e haja perigo de dano, ou, alternativamente, mesmo não havendo este perigo, esteja presente o abuso do direito de defesa. A antecipação da tutela não antecipa a sentença; antecipa os efeitos da sentença; o autor não pede a sentença, pede que os efeitos da sentença sejam antecipados em sua própria existência fática ou jurídica.

Com a antecipação da tutela, o tempo no processo deixou de ser um ônus e um encargo suportado apenas pelo autor; com o deferimento (total ou parcial) da antecipação da tutela, todos os efeitos negativos do transcurso do tempo no processo são transferidos para o réu, que passa a suportar a situação de desvantagem que antes era vivenciada exclusivamente pelo autor. Já gozando os efeitos “da tutela pretendida no pedido inicial”, o autor pode aguardar todo o tempo que o réu quiser despender até o julgamento final da demanda. O réu se vê às voltas com toda a apreensão que o autor vivenciava anteriormente, com o ônus de recorrer da decisão que alterou bruscamente sua situação jurídica e agora interessado em que a sentença seja proferida no mais curto espaço de tempo possível, a fim de reverter, de forma definitiva, sua atual situação de desvantagem.

O deferimento da antecipação da tutela somente se dá com base em “prova inequívoca” da “verossimilhança da alegação” do autor; concedida a tutela, de forma liminar (no início da ação) ou depois de ouvido o réu (no curso do processo), o juiz já formou seu convencimento de que a pretensão do autor terá grande probabilidade de ser reconhecida a final, depois de produzidas todas as provas das partes. Este convencimento é maior ainda se a tutela é deferida após a apresentação da defesa do réu, eis que o juiz já terá

em mãos toda a matéria jurídica e as alegações de fato que terá que apreciar quando da prolação da sentença. Constata-se, assim, que o deferimento da antecipação da tutela conduzirá, na maioria esmagadora dos casos, ao reconhecimento final do pedido formulado pelo autor.

O instituto da antecipação da tutela modifica, de forma drástica e profunda, a distribuição do ônus do tempo no processo, sinalizando ao réu que não tem razão, que sua resistência será um encargo doravante assumido apenas por ele. Repõe as partes em estado de igualdade processual em relação ao transcurso do tempo no processo, que antes era apenas suportado pelo autor (e suportado de forma absolutamente injusta pelo autor que tinha razão). A posição processual que a parte ocupe, a partir da introdução do instituto da antecipação da tutela no processo civil brasileiro, não mais representa uma situação de vantagem ou desvantagem em relação ao tempo e a sua fluência no processo; ambas, agora, tem a oportunidade de transferir para a outra o encargo quase que exclusivo do tempo, de acordo com a pretensão ajuizada, a prova inequívoca de sua verossimilhança e o perigo de dano, bem como do abuso do direito de defesa.

Se o problema do tempo foi resolvido para o autor que tem razão e para o réu que opõe resistência justificada ao pedido do autor, para o juiz permanece como uma realidade do próprio desenrolar do processo. O tempo existe para as partes e para o juiz que tem que enfrentar, cada vez mais, um volume maior de ações distribuídas. O caminhar ordinário do processo (sem liminar e sem antecipação de tutela) ou seu desenvolvimento adiantado quanto ao reconhecimento imediato dos efeitos da pretensão deduzida em juízo, não retiram do juiz o problema de enfrentar o tempo no processo. Em qualquer das hipóteses processuais disponíveis, o juiz terá que conviver com o processo até a prolação de sentença que declare sua extinção, seja em ação de reconhecimento, seja em ação de execução. A permanência da vida do processo é um problema enfrentado pelo juiz, assim como pelas partes. Para estas, representa um caminho necessário e útil a ser seguido para se alcançar a fruição do bem da vida que lhes foi negado ou que lhes é ambicionado pela parte contrária; para o juiz, representa “um problema a ser resolvido”, de forma rápida e justa, para dar oportunidade a que outra demanda lhe seja apresentada.

O juiz tem o primeiro contato com a ação através do pedido formulado pelo autor, através da apresentação da petição inicial. Ela é a peça processual que dá início ao processo; é através dela que os fatos da vida são relatados ao juiz e o autor deduz sua pretensão de direito material para ser apreciada pelo juiz. O sistema do direito positivo processual brasileiro impõe o cumprimento de diversos requisitos mínimos e indispensáveis para que o

pedido tenha chance de ser conhecido e analisado pelo juiz. São os pressupostos processuais, as condições da ação e o próprio mérito do pedido. Sem a conjugação destas três categorias processuais, a pretensão do autor corre o risco de não alcançar seu objetivo final, ou seja, o próprio bem da vida pretendido na vida de relação.

A fluência do tempo no processo, portanto, tem início com a distribuição da petição inicial, sua análise perfunctória pelo juiz, o chamado do réu ao processo (citação), a oportunidade de sua manifestação, a produção de provas e o julgamento. A distribuição do tempo, em cada momento processual, é assumida por cada parte diretamente interessada na prática pessoal de determinado ato (alegações, juntada de documentos etc.), ou por ambas em conjunto (manifestação sobre o laudo pericial, sobre os cálculos, petição de acordo etc.). Mas, todo o tempo do processo, sem exceção, é assumido integralmente pelo juiz, que não pode afastá-lo de sua atuação enquanto sujeito do processo que é. O tempo, para o juiz, é uma grandeza processual assumida inteiramente por ele, seja quando concede uma liminar, seja quando antecipa a tutela, seja finalmente quando prolata a sentença, somente podendo pôr fim ao seu curso quando extingue o processo. O encargo do tempo, para o juiz, é imanente à sua própria função de julgar e à sua posição de sujeito reitor do processo, especialmente considerando o disposto no art. 125, II do Código de Processo Civil que impõe ao julgador “velar pela rápida solução do litígio”.

O Código de Processo Civil permite a abreviação do transcurso do tempo no processo para o juiz, quando admite o “julgamento antecipado da lide” (CPC, 330), no caso de revelia ou de a questão ser unicamente de direito ou não houver necessidade de produzir prova em audiência. Mas, neste momento, o processo já se desenvolveu por período razoável de tempo e, no caso de ser o pedido julgado improcedente, o tempo transcorrido se revelou prejudicial para a própria atividade do juiz. Na hipótese de o pedido ter assento em “questão de direito”, ou sendo também de fato, “não houver necessidade de produzir prova em audiência” (CPC, 330, I), a apreensão de toda a matéria a ser apreciada judicialmente pode se dar independentemente da participação do próprio réu, em sendo este revel (CPC, 330, II); ainda assim, o pedido poderá não ser necessariamente julgado procedente. Fica evidente, nesta hipótese, que o processo avançou mais no tempo que o necessário para a formação do convencimento do juiz, retirando o tempo útil que poderia dispor em favor de outros feitos.

O que se pretende é abreviar o tempo de duração do processo para o juiz, no caso em que a pretensão formulada pelo autor se revele, de pronto e independente da manifestação do réu, como improcedente. Manifestamente

improcedente. A conjugação interpretativa dos incisos do artigo 330 do Código de Processo Civil impõe a conclusão de que o processo durou mais tempo do que o necessário, em prejuízo de todos os demais feitos sob a responsabilidade do juiz. Se o réu ficou revel, se não existe necessidade de produzir prova em audiência e o julgamento é de improcedência, a decisão do juiz poderia ter sido dada logo no início do processo, ou seja, logo que a petição inicial lhe foi apresentada para o primeiro despacho. O direito de ampla defesa foi preservado, eis que o réu foi citado e optou pelo silêncio, assumindo o ônus de tal comportamento processual. A decisão judicial é plena em seu espectro cognitivo, formadora da coisa julgada material.

Necessário, no entanto, possibilitar o julgamento de improcedência do pedido, quando este é manifestamente improcedente, logo no contato inicial do juiz com a petição do autor, dispensando, inclusive, a formação triangular do processo com a citação do réu. É de se abstrair da hipótese fática eventual da ocorrência da revelia, para que o julgamento se faça de forma antecipada. A apreciação meritória do pedido deve ser feita liminarmente, isto é, no limiar da ação, quando o pedido se revelar improcedente, manifestamente improcedente, sem a necessidade de impor ao réu o encargo do processo e de seu tempo de duração, sabendo-se de antemão, que o resultado final será o mesmo.

Este é o objetivo deste artigo.

2. A TENDÊNCIA ATUAL PARA O JULGAMENTO ANTECIPADO DO PEDIDO

O processo civil brasileiro vem sofrendo uma onda de reformas importantíssimas desde o início da década de 90, sob o comando seguro do Ministro Sálvio de Figueiredo. A preocupação do legislador (*rectius*, dos reformadores), é com a duração do processo e, em conseqüência, com uma situação de injustiça envolvendo as partes em litígio. Soluções estão sendo encontradas para se abreviar ao máximo esta situação, deixando imune o direito de ampla defesa da parte contrária.

A antecipação da tutela (isto é, dos efeitos pretendidos com o pedido inicial), é a alteração de maior repercussão, tendo sido introduzida no art. 273 do Código de Processo Civil. Em seguida, veio a previsão legal da fungibilidade da natureza do pedido cautelar e antecipatório, sem prejuízo para a parte e para o andamento do processo (CPC, 273, parágrafo 7º). Houve alteração também no regime do julgamento dos recursos em geral, com autorização para que o relator, em decisão monocrática, “negue seguimento a recurso manifestamente improcedente”, dentre outras hipóteses admitidas (CPC, 557). Deve ser referida, também, a possibilidade para o “julgamento antecipado da lide”, que se manteve inalterada no art. 330. Em todas estas

hipóteses, o processo sofre antecipação de seu curso no tempo, liberando as partes de suportarem seu transcurso de forma inútil; apenas no último caso, a abreviação do tempo é feita em favor do julgador de 2º grau.

Constata-se, portanto, que o reformador-legislador do processo civil brasileiro está preocupado com a duração do processo. O processo deve existir no tempo, sendo impossível outra forma de manifestação. Mas deve existir apenas e durante o tempo necessário para que o juiz possa produzir um julgamento justo. A duração do processo por tempo menor ou maior do que aquele indispensável para a formação do convencimento do juiz, sem ofensa ao direito de defesa da parte, se revela como negação da justiça, impondo às partes a permanência do conflito de forma absolutamente desnecessária e inútil. Se o processo é um meio eficaz para que o autor apresente ao juiz sua demanda e para que este ouça os argumentos contrários do réu, proferindo sua decisão com ou sem a produção de novas provas em audiência, deve ser um instrumento concentrado em sua utilidade máxima. Se o julgamento pode ser obtido com o menor gasto de tempo possível, se revela inútil que o processo caminhe de forma oblíqua para o seu fim, quando poderia chegar ao mesmo destino de forma menos dispendiosa, através do pronto julgamento.

A tendência já foi reconhecida pelo legislador-reformador em segundo grau de jurisdição, autorizando o julgamento antecipado quando o recurso for “manifestamente improcedente” (CPC, 557). Neste caso, ambas as partes integram a relação processual inicial (isto é, de 1º grau) e ambas apresentaram suas razões ou contra-razões de recurso. O julgamento é abreviado porque é pronunciado de forma monocrática pelo próprio relator e porque não é levado à sessão colegiada. Houve um ganho substancial de tempo para as partes e para o julgador, que poderá despender seu tempo em favor de outros recursos que devam ser necessariamente apreciados. O direito à ampla defesa foi exercitado, sem qualquer prejuízo para a parte vencida. O formalismo do julgamento colegiado foi substituído, sem ofensa ao direito do recorrente, pela prestação célere da jurisdição monocrática. É possível, no sistema jurídico processual brasileiro atual, adotar esta solução para os julgamentos de manifesta improcedência pelo juiz, em primeiro grau de jurisdição?

3. A POSSIBILIDADE LEGAL PARA O JULGAMENTO ANTECIPADO DO PEDIDO MANIFESTAMENTE IMPROCEDENTE

O processo é um sistema de direito fechado, em que todos os problemas apresentados devem encontrar solução dentro do próprio sistema. O sistema tem seu ápice no direito constitucional, desenvolvendo-se de cima para baixo em uma rede coerente de princípios e normas que não podem violar as garantias assentadas no texto constitucional. O devido processo legal é a ga-

rantia constitucional maior no Estado Democrático de Direito. A cláusula tem natureza pétrea, não podendo sequer ser objeto de qualquer alteração constitucional. O cidadão tem direito a um processo em que possa ser livremente ouvido por seu juiz natural, apresentar todas as suas provas, produzi-las em igualdade de condições com a parte contrária e recorrer da decisão que lhe é desfavorável. O cidadão tem direito a uma decisão justa em um período razoável de tempo. A justiça da decisão é alcançada através da garantia do devido processo legal (igualdade de oportunidades de alegação e defesa); a justiça do tempo da decisão é alcançada através da duração do processo pelo tempo necessário à obtenção da própria decisão. O processo só deve durar pelo tempo necessário para que a decisão justa seja alcançada. A justiça da decisão não tem relação com o julgamento de procedência do pedido, mas sim com o devido processo legal. A decisão é justa (1) quando foi dada depois que ambos os contendores tiveram as mesmas oportunidades para influir no julgamento proferido pelo juiz e (2) foi prolatada dentro de tempo razoável, de molde que a mesma ainda se afigure útil e eficaz para o vencedor.

Ao receber a petição inicial apresentada pelo autor e constatar, de imediato, que o pedido não tem qualquer mínima chance de obter julgamento favorável, pode o juiz, de forma antecipatória, julgá-lo improcedente. O artigo 125 do Código de Processo Civil dispõe que “o juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código”, esclarecendo em seu inciso II que o mesmo “deve velar pela rápida solução do litígio”. O desenrolar do processo, em direção à formação triangular da relação processual e, posteriormente, impondo ao réu que aguarde pelo julgamento final, representa uma violação do devido processo legal e demais princípios processuais (celeridade, ônus do tempo, ônus econômico etc). Ao determinar ao juiz, cogentemente, guardar atenção “para a rápida solução do litígio”, o legislador impôs salutar cuidado para que o tempo não fosse desperdiçado na tramitação do processo. Processo que dura mais do que o tempo necessário para o que o juiz forme o seu convencimento e “decida a lide nos limites em que foi proposta” (CPC, 128), é processo inútil não somente para ambas as partes, como para o próprio juiz, que poderia melhor dispor de seu tempo no julgamento célere de outros feitos. É evidente que esta hipótese somente pode ser admitida quando o julgamento for de improcedência; mais, de manifesta improcedência. O reconhecimento judicial do pedido, sem a oitiva da parte contrária, seria uma violação do devido processo legal e, como tal, nulo de pleno direito. Saliente-se, ainda, que o julgamento antecipado somente terá cabida no caso de rejeição total do pedido do autor, não podendo o juiz fazer uso do recurso de extinção do processo, de imediato, se entender que o pedido tem chances de ser acolhido, ao menos, parcialmente. Neste caso, além de gerar verdadeira

balbúrdia processual, não haveria nenhuma vantagem em prol da economia de tempo no processo, pois este deveria, necessariamente, seguir seu curso normal para a apreciação da parte restante do pedido, após a manifestação do réu.

A interpretação sistemática dos dispositivos processuais vigentes permite a solução radical do julgamento antecipado de manifesta improcedência, evitando que o tempo inútil de duração do processo seja transferido para o réu e suportado pelo juiz desnecessariamente, em prejuízo de outros feitos²⁴⁴.

Elenca-se, a seguir, algumas hipóteses de julgamento antecipado de mérito.

3.1. Petição Inicial Inepta Quanto ao Mérito

O art. 284 do Código de Processo Civil prevê que a petição inicial será emendada ou completada no caso de apresentar “defeitos ou irregularidades capazes de dificultar o julgamento de mérito”. Estes “defeitos ou irregularidades” não se confundem com os requisitos da petição inicial estabelecidos no art. 282 e 283, pois trata dos documentos indispensáveis para a propositura da ação (requisitos formais e documentais). Verificada a ocorrência da hipótese legal (CPC, 284), o autor será instado a proceder à sua emenda e/ou finalização, suprindo as faltas. Poderá, no entanto, insistir na mesma formulação inicial quanto ao conteúdo do pedido (pedido e causa de pedir). São vícios que tornam difícil o julgamento do mérito pelo juiz, mas não impediriam o pleno exercício do direito de defesa pelo réu. Esta dificuldade será tal que leve o juiz a indeferir a petição inicial, conforme prevê o parágrafo único do art. 284. A ineptude pode ser declarada em razão da dificuldade de se julgar o mérito e esta dificuldade é em grau máximo “quando da narração dos fatos não decorrer logicamente a conclusão”, conforme prevê o inc. II do parágrafo único do art. 295. A “narração dos fatos” é a causa de pedir, estabelecida como requisito essencial da petição inicial, no inc. III do art. 282; a “conclusão” é “o pedido, com as suas especificações”, conforme está no inc. IV do mesmo artigo. Se o fato narrado pelo autor não conduz àquele pedido, este pedido é improcedente. É o grau máximo de ineptude da petição inicial, que atinge o próprio pedido em si e não apenas aspectos formais da petição

244 Embora sem esgotar as conseqüências processuais e práticas do julgamento antecipado de mérito, o processualista Humberto Theodoro Júnior, em apertada síntese, fez referência expressa à matéria, quando tratou do indeferimento da petição inicial: “como se vê, os casos de indeferimento são de três espécies: a) de ordem formal (arts. 295, I, V e VI); b) de inadmissibilidade da ação, por faltar-lhe condição necessária ao julgamento de mérito (art. 295, nos. II e III, e parágrafo único, no. III); e c) por motivo excepcional de improcedência do próprio pedido (mérito) (art. 295, no. IV, e parágrafo único, nos. II e III, em alguns casos)” (grifo no original) (c.f. **Curso de Direito Processual Civil**, V. I, p.360, Forense, Rio de Janeiro, 26ª ed., 1999).

apresentada pelo autor. Se o antecedente não conduz ao conseqüente, o elo fático-jurídico formulado pelo autor não encontrará o reconhecimento judicial. Não se trata de simples inépcia da petição inicial em razão de defeitos quanto aos seus requisitos formais; a inépcia é do pedido em si, que não condiz com os fatos apresentados pelo autor. Se existe esta contradição material entre fato e pedido, o julgamento é de improcedência, ou seja, a ordem jurídica não reconhece os efeitos que o autor pretende produzir em sua vida de relação através da prolação de decisão judicial.

A petição inicial deve desenvolver raciocínio lógico e jurídico, de natureza fática e jurídica, que conduza àquela decisão. Se, mesmo depois de determinada sua emenda, o autor insistir na mesma cadeia de acontecimentos fáticos com a mesma conseqüência jurídica, não resta ao juiz outra opção que não apreciar este encadeamento lógico-jurídico. Como tal, o juízo é de improcedência do pedido assim formulado e não apenas de indeferimento daquela petição inicial com base no art. 284 parágrafo único do Código de Processo Civil. A análise avança em direção ao mérito do pedido, isto é, saber se o pedido, como foi apresentado, merece ser acolhido juridicamente e produzir os efeitos pretendidos pelo autor. Concluindo o juiz, ao se deparar com a petição inicial emendada ou reiterada pelo autor, que da narração dos fatos (causa de pedir) não decorre logicamente (materialmente) a conclusão (pedido e seus efeitos), o julgamento a ser proferido pode e deve ser de improcedência do pedido e não de simples “indeferimento da petição inicial”. Para o autor, sua pretensão é aquela e somente aquela, insistindo na manutenção dos fatos e de suas conseqüências jurídicas, mesmo depois de instado pelo juiz a refazer sua apresentação; assim, entende que “tem direito” e que tem “aquele direito”. O julgamento só pode ser de improcedência porque, para aquela narração de fatos e para aquela conclusão, o direito não oferece guarita²⁴⁵.

A interpretação doutrinária e jurisprudencial (ainda prevalente) de que no caso citado o processo deveria ser extinto sem o julgamento do mérito (CPC, 267, I c/c 295, I e parágrafo único, II), deixa de atentar para o problema do tempo no processo. Caso adotada esta posição, nada obsta que o autor volte a juízo, perante o mesmo ou outro juiz, e ofereça a mesma petição inicial, com a mesma causa de pedir e pedido, para ser apreciada e, eventualmente, obtenha decisão liminar positiva, dando início ao processo. A possibilidade de tal comportamento é expressamente prevista no art. 268 do Código de Processo Civil. Podendo o juiz apreciar o mérito do pedido que lhe é apresenta-

245 Por exemplo: O Autor pede a consignação do valor que entende devido em contrato de financiamento para a aquisição de bem, cujas parcelas são fixas e irrealizáveis. Imprescindível a revisão do contrato. Exemplo 2: o Autor pede a rescisão de contrato de locação de prazo determinado porque “não quer mais manter a locação”.

do, deve fazê-lo, de molde a evitar que o autor reproduza a mesma ação em outra oportunidade, com repercussões negativas para o réu e para o próprio sistema judicial. Se o pedido é materialmente inepto, assim deve ser julgado, extinguindo-se o processo com julgamento do mérito. Não existe ofensa ao devido processo legal: o autor teve sua pretensão apreciada pelo juiz da causa; o julgamento de improcedência não invade a esfera jurídica do réu, que se mantém absolutamente inalterada; o tempo de duração do processo foi abreviado de forma útil e eficaz, não apenas em benefício das partes como do próprio juiz e do sistema judicial como um todo²⁴⁶.

3.2. A decadência e a prescrição

O artigo 295 estabelece que “a petição inicial será indeferida quando o juiz verificar, desde logo, a decadência ou a prescrição (art. 219, parágrafo 5º)”; é caso, portanto, de pronto indeferimento da petição inicial, previsto no art. 267, I. No entanto, o artigo 269, em seu inciso IV, estabelece também que extingue-se o processo com julgamento do mérito, quando o juiz pronunciar a decadência ou a prescrição”. No primeiro caso, a “verificação” se dá **prima occuli**; na segunda hipótese, após alegação da parte interessada. Não existe dúvida na doutrina ou na jurisprudência de que, o “pronunciamento” judicial quanto à prescrição ou decadência envolve o próprio mérito do pedido, sendo motivo de extinção do processo por este motivo (CPC, 269). Neste caso, o tempo no processo já teria se escoado quase à exaustão, com todos os reflexos negativos para ambas as partes e para o próprio juiz.

Dentro da interpretação sistemática ora desenvolvida, o julgamento antecipado de mérito também pode se dar quando o juiz “verificar, desde logo, a decadência ou a prescrição”. A decadência, sendo matéria de ordem pública e estando ligada a algum direito potestativo da parte, pode ser conhecida e declarada de ofício pelo juiz, em qualquer oportunidade e grau de jurisdição, bastando sua ocorrência temporal. A prescrição, envolvendo direito disponível e aliada a algum direito formativo da parte, não sendo de ordem

246 A hipótese não passou despercebida de Humberto Theodoro Júnior, que, em lapidar passagem, registrou: “Haverá, também, julgamento de mérito em indeferimento da petição inicial, quando o juiz, do cotejo entre os fatos narrados pelo autor e o pedido, concluir que não decorre logicamente a conclusão exposta (art. 295, parágrafo único, no. II). Isto poderia ocorrer na hipótese em que uma noiva, diante do descumprimento de promessa de casamento, ajuizasse uma ação para pedir a condenação do noivo a contrair o matrimônio prometido; ou quando um credor de prestação de fato infungível pretendesse a prisão civil do devedor para compeli-lo ao cumprimento da obrigação; ou, ainda, quando alguém já separado judicialmente pretendesse alterar a partilha dos bens do casal, em razão de herança recebida pelo outro cônjuge, após a dissolução da sociedade conjugal” (c.f. **Curso de Direito Processual Civil**, V. I, p. 358/359, Forense, Rio de Janeiro, 26ª ed., 1999).

patrimonial (CC, 166), somente pode ser declarada pelo juiz quando se tratar de quaisquer outros direitos (personalidade, validade do ato jurídico etc). Em ambos os casos, a intromissão judicial pode se dar no limiar da ação, ou seja, quando a petição inicial lhe é apresentada pelo autor para despacho. Não existe óbice processual ou procedimental que impeça o juiz de conhecer diretamente do mérito do pedido, quando presentes a decadência ou a prescrição. Ofenderia ao princípio da celeridade permitir que uma ação, veiculadora de um pedido de manifesta e imediata improcedência, possa se desenvolver em sua triangulação subjetiva, envelhecendo no tempo e impondo todos os encargos e ônus ao réu, além de desviar a atenção do juiz para feitos outros que necessitam de maturação ordinária. Podendo ser ocisado no nascedouro, sem ofensa ao devido processo e atendendo ao permissivo legal, o processo deve ser extinto, com o julgamento de improcedência e não apenas pelo indeferimento da petição inicial em razão da “verificação” da decadência ou da prescrição (CPC, 295, IV). Ao invés de verificar, o juiz pode e deve “pronunciá-las”. O apego à forma, vazia de conteúdo prático, e com a mesma eficácia, há de ser evitada, sob pena de se protrair no tempo um processo de vida inútil, cujo destino final é o mesmo daquele que pode ser alcançado de imediato^{247 248}.

3.3. Pedido contrário à súmula do tribunal

Outra hipótese autorizadora do julgamento antecipado de manifesta improcedência ocorre quando o pedido é “contrário à súmula do respectivo tribunal ou tribunal superior”, conforme previsto no art. 557 do Código de Processo Civil. A previsão de julgamento antecipado se dirige ao relator do recurso, evitando a perda de tempo quando já se sabe, de antemão, qual será o teor da decisão final. Não existe óbice, no entanto, que tal norma seja aplicada de imediato pelo juiz ao receber a petição inicial para despacho. O encurtamento do processo aqui é feito de forma drástica, já antevendo qual o resultado final no segundo grau de jurisdição. Contrapondo o pedido com

247 Casos mais comuns no Foro são aqueles em que a relação jurídica que vincula as partes tem natureza consumerista. Os prazos de prescrição e decadência podem e devem ser observados de imediato pelo juiz, evitando a constituição e o desenvolvimento de processo fadado ao insucesso em decorrência do transcurso do tempo em termos desfavoráveis ao Autor.

248 Mais uma vez, colhe-se a lição de Humberto Theodoro Júnior: “Há casos, porém, em que o juiz profere, excepcionalmente, julgamento de mérito ao indeferir a inicial, isto é, decide definitivamente a própria lide. É o que ocorre quando, não se tratando de direito patrimonial, o juiz verifica, *in limine*, que já ocorreu a decadência ou a prescrição do direito que o autor pretende fazer valer através da ação (art. 295, no. IV). Isto pode se dar, por exemplo, com uma ação anulatória de casamento proposta após o prazo decadencial previsto no Código Civil. O juiz pode repeli-la no despacho inicial, mesmo antes da citação do réu” (c.f., ob. cit., p. 358).

a súmula dominante no tribunal ou no tribunal superior, o juiz pode e deve julgar o próprio mérito do pedido, evitando o prosseguimento do processo em direção ao insucesso.

A súmula é o entendimento predominante no tribunal sobre determinada matéria que foi objeto de divergência jurisprudencial passada. Os artigos 476/479 do Código de Processo Civil disciplinam o procedimento para a uniformização da jurisprudência, dando origem ao verbete sumular. Embora a súmula não seja de adoção cogente pelo juiz de 1º grau, é sabido que a matéria será interpretada daquela maneira sumulada quando chegar ao tribunal através de recurso. Sabe-se, também, que a súmula posterior sobre a mesma matéria revoga a súmula anterior. As maiorias no tribunal podem mudar em outro momento, vindo a interpretar a mesma matéria de maneira diversa da que foi sumulada. O que foi julgado contrário à súmula hoje, pode vir a ser julgado de modo diverso amanhã. Não se desconhece o componente político na formação do entendimento sumular, em que a composição do tribunal em certo momento de sua história é fator determinante para este ou aquele julgamento. No entanto, esta é a evolução natural da jurisprudência (confira-se, por todos os exemplos, a proteção gradativa que a concubina alcançou em nosso sistema de direito que sequer era positivado).

De qualquer sorte, mesmo ciente da gênese da súmula, o juiz está autorizado a emitir julgamento de improcedência quando o pedido for contrário àquele entendimento jurisprudencial consolidado. Desnecessário que o processo siga seu rumo normal e demorado, com citação e manifestação do réu, quando o julgamento final já se encontra pré-determinado, inclusive em grau de recurso. Qualquer contribuição feita pelo réu, caso venha a integrar o processo, em nada alterará o entendimento sumulado; ao contrário, procurará fornecer mais subsídios nesse sentido pré-determinado. O juiz singular não está obrigado a concluir no mesmo entendimento já sumulado; poderá, inclusive, julgar de forma contrária; as chances de sua decisão ser reformada, no entanto, são maiores do que aquelas presentes para casos outros cuja tendência jurisprudencial ainda não foi firmada pelo tribunal. A extinção do processo, já em seu nascedouro, quando a relação processual tem natureza apenas linear, representa uma economia excepcional de tempo para ambas as partes e para o juiz, além de evitar o desgaste emocional que envolve cada demanda judicial.

A possibilidade do julgamento antecipado de mérito é maior ainda quando se tratar de súmula vinculante, conforme proposta de emenda constitucional em trâmite tortuoso (frontalmente combatida) no Congresso Nacional, há quase uma década. Neste caso, não se trata da jurisprudência dominante em determinado tribunal, mas do entendimento obrigatório dos tribunais su-

periores para o julgamento deste ou daquele caso em concreto. A submissão do juiz é total, não podendo julgar de forma contrária à súmula vinculante; a vinculação é quanto ao próprio julgamento de mérito; julgamento diverso implicará em nulidade processual absoluta, constituindo **error in iudicando**, passível de reforma por meio de recurso e julgamento imediato pela instância superior (CPC, 557). A discussão se resume apenas na hipótese fático-jurídica, ou seja, se o “caso” trazido a julgamento é o mesmo que serviu de base fática ao pronunciamento vinculante da súmula.

Em ambas as hipóteses de julgamento conforme a súmula (predominante ou vinculante), o autor poderá se indispor, apresentando o recurso cabível, quando então, o tribunal apreciará se o enquadramento legal feito pelo juiz foi conforme a lei processual. O controle jurisdicional permanece rígido, ainda que invocado o julgamento de acordo com a súmula. É possível que o juiz tenha se equivocado e considerado circunstâncias existentes ou inexistentes que distanciem o caso concreto daquele caso hipotético retratado na súmula.

De qualquer forma, se já se torna sabido que o julgamento do tribunal será desta ou daquela maneira, não se apresenta como razoável submeter o réu a todo um longo processo de conhecimento, obrigando-o a gastar tempo e dinheiro, quando o resultado final será o mesmo, com ou sem a sua participação. O juiz pode e deve extinguir de pronto o processo, tão logo recebida a petição inicial e contrafeccionada com a súmula que entende aplicável ao caso concreto. A economia de tempo é evidente, em benefício do autor (que se encontra presente), do réu ausente (e ignorante da demanda) e do próprio juiz²⁴⁹.

3.4. Exceção de contrato não cumprido

Outra hipótese legal que deve ser melhor apreciada judicialmente se encontra prevista no art. 1.092 do Código Civil e Novo Código Civil, art. 476, segundo os quais, “nos contratos bilaterais, nenhum dos contraentes, antes de cumprida a sua obrigação, pode exigir o implemento da do outro”. Trata-se de contrato bilateral, em que existem obrigações e deveres impostos a ambos os contraentes; enquanto não cumprida a sua prestação, o obrigado não pode exigir que o outro cumpra a sua. Existe um feixe duplo de direitos e obrigações, de atuação conjunta e contemporânea, em que o interessado primeiro deve prestar a sua parte para que possa exigir a prestação do outro. Em casos tais, vindo a juízo pleitear a condenação do réu ao cumprimento da prestação, o autor terá o seu pedido apreciado de forma contrária ao pre-

249 Por exemplo, a questão referente à cobrança antecipada do Valor Residual Garantido (VRG) nos contratos de arrendamento mercantil, descaracterizando-o para compra e venda a prazo. A insistência do Autor em manter o pleito original levará ao julgamento de improcedência, com base em verbete sumular do Superior Tribunal de Justiça (Súmula 252).

tendido, enquanto não demonstrar que se encontra adimplente. Não se trata de condição da ação, geral ou especial; trata-se da existência do próprio direito de “exigir” judicialmente determinado comportamento da parte contrária; trata-se do direito de obter o bem da vida (e não do direito de pedir o bem através do processo). É evidente que nesse caso, o julgamento do juiz será de improcedência e, considerando os fatos apresentados pelo autor e a prova já trazida com a petição inicial, não existe óbice legal que impeça o juiz de proferir julgamento antecipado de mérito, com base em fundamento de direito material (isto é, obrigacional ou contratual). Desnecessário que se traga o réu para alegar o fato impeditivo do direito do autor, qual seja, o prévio adimplemento de sua contraprestação; se este fato se encontra saliente no relato apresentado inicialmente pelo autor, o juiz pode conhecer diretamente do mérito do pedido e julgá-lo improcedente de imediato. A questão é de direito material (civil, comercial etc), refugindo da análise meramente processual; enxerga-se o fundo da questão, se houve ou não o cumprimento da obrigação assumida pelo autor em face do réu; se não houve, o pedido é improcedente, porque os fatos alegados não conduzem ao acolhimento do pedido e, neste encadeamento lógico-jurídico apresentado pelo autor, deve ser repudiado. Não haverá óbice para que volte a juízo com a prévia demonstração do cumprimento de sua obrigação e, desta forma, com a alteração da causa de pedir anterior, logre obter julgamento de procedência.

3.5. Questão unicamente de direito

O art. 330 do Código de Processo Civil permite, em seu inciso I, 1ª parte, que o juiz conheça diretamente do pedido “proferindo sentença, quando a questão de mérito for unicamente de direito”. Quando o dispositivo impõe o conhecimento direto, em verdade, quer dizer, imediato, imediatamente. Não haveria qualquer razão para que o processo prosseguisse quando o julgamento pudesse ser feito de imediato, de pronto, “diretamente”, sem qualquer outro ato procedimental. A possibilidade de o juiz “conhecer diretamente” pode ser interpretada, dentro do sistema da distribuição do tempo no processo, como autorizando o “conhecimento imediato” do pedido tão logo o mesmo lhe seja apresentado pelo autor através da petição inicial. Não se vislumbra óbice constitucional ou processual para que o “julgamento antecipado da lide” não possa ser realizado no preâmbulo da própria ação, ou seja, ao despachar a petição inicial. Se o juiz já dispõe de condições para saber que a questão trazida ao seu conhecimento tem natureza exclusivamente jurídica, ou seja, dependendo de simples interpretação da regra jurídica a ser aplicada ao caso concreto (isto é, aos fatos alegados pelo autor e aos efeitos pretendidos obter

em razão destes fatos), o juiz pode emitir seu julgamento “diretamente”, isto é, “imediatamente”, sem necessidade de chamar o réu ao processo. A formação triangular da relação processual apenas importará no cumprimento de formalidade processual claramente dispensável em prol da maior celeridade da prestação jurisdicional, sem qualquer ofensa aos direitos do autor ou do réu. Em relação ao primeiro, porque terá obtido o que espera do juiz, ou seja, uma decisão sobre o mérito de seu pedido; em relação ao segundo, porque o pedido foi julgado improcedente, sem qualquer repercussão negativa em sua esfera jurídica (é evidente que o julgamento antecipado do pedido, conforme proposto, somente poderá ser admitido se a decisão for de improcedência; de outra forma, ou seja, pretendendo acolher o pedido, imprescindível que a relação processual se angularize, sob pena de nulidade absoluta).

O julgamento antecipado de mérito, nesse caso, implica que a petição inicial atende a todas as exigências formais enquanto peça processual; no entanto, o próprio pedido, conforme formulado em conjunto com a causa de pedir (conjunto fático), não tem condições de ser acolhido em seu mérito. O juiz avalia o pedido com as provas constantes nos autos (documental, técnica, fotográfica etc.) e conclui pela improcedência, sem necessidade de dilatar a fase probatória posterior ao chamado do réu. A avaliação do estado do processo (neste momento, constituído apenas pela petição inicial e prova documental apresentados pelo Autor), é estritamente pessoal e subjetiva do juiz; no entanto, esta avaliação é a mesma que o juiz faz quando se encontra na fase procedimental prevista no próprio artigo 330, inciso I do Código de Processo Civil. A diferença é de tempo, mas não de profundidade, pois se o julgamento é de improcedência e sendo a “questão de mérito unicamente de direito”, a participação do réu se revelou de pouca valia para a conclusão do juiz nesse sentido. Serviu apenas para postergar no tempo a oportunidade do próprio julgamento. Na hipótese de a matéria ser “de direito e de fato”, mas dispensar a realização de audiência, é possível que a prova documental trazida pelo réu possa influir no julgamento de improcedência do juiz. O julgamento antecipado de mérito, portanto, deve se reduzir à primeira hipótese prevista no inciso I do art. 330 do Código de Processo Civil (“questão de mérito unicamente de direito”), a fim de tornar dispensável qualquer participação do réu na formação do convencimento do juiz²⁵⁰.

250 É o caso do pedido de rescisão de contrato de locação, vigendo por prazo indeterminado, sem a prévia comunicação ao locatário.

Exemplo 2: O pedido de indenização por danos materiais causados ao veículo, em acidente de

3.6 O Princípio do Livre Convencimento do Juiz

Por fim, deve ser levado às últimas conseqüências o princípio basilar do processo civil, trazido, enquanto norma, no art. 131 do Código de Processo Civil, segundo o qual “o juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento”. Embora o princípio seja uma garantia para o jurisdicionado, que tem o direito de saber porque seu pedido foi julgado neste ou naquele sentido, conhecendo as razões elencadas como fundamento pelo juiz, também serve como assento da liberdade do juiz na apreciação das provas, dos fatos e das circunstâncias constantes nos autos, sem qualquer limitação de ordem formal, política, hierárquica, pessoal etc. O juiz é livre para julgar o caso que lhe foi trazido pelo autor, devendo, apenas, deduzir os “motivos” que ensejaram o seu convencimento. A motivação (“fundamentação”) das decisões judiciais é garantia constitucional (CF, 93, IX), expungindo do sistema qualquer decisão tomada com base apenas no “eu decido monárquico” de tempos passados.

O princípio, assim, pode servir como âncora geral para fundamentar o julgamento antecipado de manifesta improcedência. Encontrando-se o juiz diante de petição inicial perfeitamente constituída em seus elementos instrumentais, mas veiculadora de pretensão manifestamente improcedente, segundo o seu próprio entendimento, o art. 131 do Código de Processo Civil serve como fundamento jurídico suficiente para que o processo seja extinto, de imediato, com apreciação do mérito do pedido. Exigência constitucional e legal impõe a plena fundamentação de tal entendimento, podendo o juiz servir-se das hipóteses mencionadas anteriormente (itens 6.1 a 6.5), ou, construindo raciocínio próprio e individual, concluir pela improcedência imediata do pedido, sem necessidade de angularizar a relação processual.

É de se repetir, mais uma vez, que tal julgamento em nada afetará o direito do autor de ter sua pretensão apreciada pelo juiz natural, pois recebeu um julgamento de mérito. O cuidado que o juiz deverá ter se circunscreve à análise rígida das provas que o autor protestou por produzir e se elas poderão alterar o sentido do julgamento já formado em sua consciência. O resultado poderá ser a anulação da decisão, em grau de recurso, por cerceamento de prova.

A decisão do juiz julgando antecipadamente o mérito do pedido exige co-

trânsito, sem a prova da propriedade.

Exemplo 3: O pedido de reintegração na posse feita pelo proprietário que nunca teve a posse.

ragem e determinação, com os olhos voltados para o desenrolar profícuo do tempo no processo; ao mesmo tempo, deve sopesar as oportunidades que o autor ainda pudesse ter de demonstrar o acerto de sua pretensão. A balança há de pender, na dúvida, pela manutenção do processo, prosseguindo o feito até o final, após a manifestação do réu, quando o juiz poderá, mais uma vez, se deparar com o julgamento antecipado, nos termos do art. 330 do Código de Processo Civil.

4. O DEVIDO PROCESSO LEGAL

A preocupação maior dos constitucionalistas e processualistas é a eficácia da garantia constitucional do devido processo legal (CF, 5º, LIV e LV), segundo o qual “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”, “assegurado o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”. Como dito acima, o julgamento antecipado de manifesta improcedência não ofende qualquer direito do autor que não tem razão e, ao mesmo tempo, exime o réu (que tem razão), de submeter-se a um processo longo e dispendioso, sem qualquer resultado prático diverso daquele que pode ser alcançado de imediato. O juiz, ao proferir julgamento de improcedência logo ao ter em mãos a petição inicial do autor, prestou jurisdição, com todos os requisitos e elementos inerentes ao seu mister. Ouviu o autor, apreciou suas provas, valorou os fatos e aplicou o direito ao caso concreto. Além disso, proferiu sua decisão em período de tempo mínimo, possibilitando a solução da demanda sem o dispêndio de gastos inúteis, tanto para o autor como para o réu. O processo legal é garantido na medida em que o autor teve a oportunidade de influenciar o convencimento do juiz; se este se convenceu, de imediato, da falta de razão do autor, não há porque deixar o processo perdurar no tempo, com o desgaste natural das relações pessoais entre autor e réu, mantendo a situação de incerteza entre eles (quando esta não mais existe para o juiz). A participação processual do réu, caso seja convocado a se manifestar, em nada acrescentará ao convencimento já formado pelo juiz; apenas representará o cumprimento de formalidade processual vazia de conteúdo na determinação deste mesmo convencimento.

A administração da Justiça, no Século XXI, imersa em economia globalizada, em que o transcurso do tempo se conta nos segundos gastos para a transmissão de mensagens cibernéticas, não pode mais se acomodar com práticas, formas e fórmulas criadas e desenvolvidas para uma sociedade pré-industrial e industrial dos Séculos XIX e XX. O atendimento de fases procedimentais que se desenvolvem em períodos longos de tempo, exigindo o concurso de diversos atos processuais, envolvendo o trabalho de diversos operadores do Direito (juiz, serventuários de apoio, publicação, comunicação

pessoal de atos etc), não mais condiz com as necessidades dinâmicas de um mundo informatizado. Se o mesmo resultado final pode ser alcançado de forma mais célere e dinâmica, sem atentar para as garantias constitucionais do devido processo legal, este resultado deve ser produzido de imediato pelo juiz, pondo de lado qualquer timidez na interpretação das normas instrumentais do processo civil. O processo é um simples meio para se alcançar um resultado; é o instrumento que a parte dispõe para obter o bem da vida que entende ter direito; cabe ao juiz decidir esta pretensão de forma mais rápida, segura e justa possíveis, ouvindo a parte, analisando as provas apresentadas e concluir pela incidência da norma jurídica ao caso concreto. Este o devido processo legal; se o juiz pode chegar a esta conclusão, de imediato e sem o concurso da vontade do réu, não existe impedimento, seja de ordem constitucional ou legal, que obste a prolação de decisão no próprio limiar da ação, evitando perda de tempo e de recursos.

5. COISA JULGADA

Instituto processual de maior relevância e pilar mestre de todo o processo, a coisa julgada possibilita o surgimento de uma situação jurídica estável e segura, mesmo que a realidade fática sofra alguma alteração após sua ocorrência. Segundo o art. 467 do Código de Processo Civil, “denomina-se coisa julgada material a eficácia, que torna imutável e indiscutível a sentença, não mais sujeita a recurso ordinário ou extraordinário”. A coisa julgada é uma qualidade específica da decisão judicial, tornando-a imune a qualquer novo questionamento, por qualquer das partes e pelos demais agentes públicos. A coisa julgada torna eficaz, de forma perene, o comando sentencial, impondo sua observância pelas partes envolvidas na disputa judicial, além de não poder ser desconsiderada pela ordem jurídica em geral. Seus efeitos apenas não alcançam quem não tenha sido parte no processo, conforme dispõe o art. 472, segundo o qual “a sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, não beneficiando, nem prejudicando terceiros”.

Dentro do estudo da possibilidade do julgamento antecipado de manifesta improcedência, deve ser perquirido se a decisão assim prolatada tem o condão de produzir coisa julgada, evitando a repetição da mesma ação entre as mesmas partes no futuro.

O primeiro problema é a ausência do réu da relação processual, pois o processo apenas se constituiu de forma linear entre o autor e o juiz. Nos termos preclaros do art. 214 do Código de Processo Civil, “para a validade do processo é indispensável a citação inicial do réu”. Tal dispositivo, no entanto, se refere à hipótese de que o processo tenha prosseguimento além do juízo

inicial de deferimento da petição inicial, posto que processo válido e regular existe entre o autor e o juiz desde a distribuição da petição inicial. Para a demonstração da afirmação, basta se ler a norma da possibilidade de emenda da petição inicial, determinada de ofício pelo juiz (CPC, 284), ou do próprio aditamento do pedido pelo autor “antes da citação”, conforme prevê o artigo 294 do Código de Processo Civil. Além disso, a leitura, em sentido contrário do parágrafo 4º do artigo 267, permite concluir que o autor poderá “desistir da ação, antes de decorrido o prazo para a resposta”. Por fim, a partir da Primeira Reforma do Processo Civil, em 1994, o artigo 296 sofreu profunda alteração pertinente ao indeferimento da petição inicial, possibilitando o juízo de retratação por parte do julgador e, “não sendo reformada a decisão, os autos serão imediatamente encaminhados ao tribunal competente”, conforme prevê o parágrafo único do dispositivo legal.

Todas estas hipóteses de atuação processual envolvem apenas o autor e o juiz, sem qualquer conhecimento ou interferência do réu. No entanto, nos casos analisados, houve mera desistência da ação, por interesse e iniciativa do autor, ou indeferimento da petição inicial, sem se adentrar no mérito do pedido. Logo, a possibilidade de o autor voltar a juízo, ripristinando a mesma ação é garantida pelo ordenamento jurídico, desde que vencido o obstáculo anterior, de natureza formal.

No caso em estudo, o juiz julga o próprio mérito, devendo, portanto, ensejar a formação da coisa julgada. Para tanto, a ciência do réu em relação ao julgamento é medida imprescindível, não apenas para tomar conhecimento da demanda fracassada proposta pelo autor, como também para evitar, no futuro, que a mesma ação seja reproduzida perante o mesmo ou (o mais provável) outro juízo. Ao proferir a decisão de improcedência, o autor poderá conformar-se ou não, interpondo recurso de apelação (CPC, 513). No caso de aceitar o julgamento, o juiz deve determinar a intimação (CPC, 234) do réu, para ciência da ação, a fim de fazer os apontamentos e registros pessoais que entender necessário, precavendo-se para o futuro. Com o seu conhecimento sobre a demanda, embora não tendo como objetivo “defender-se” (CPC, 213), como seria o caso se tivesse sido citado, o réu é alcançado, em termos práticos e jurídicos, pelos efeitos da decisão que lhe foi, indiretamente, favorável. Na hipótese de o autor apelar da sentença, deve ser aplicado, por analogia, o disposto no parágrafo único do artigo 296 do Código de Processo Civil, que determina a remessa dos autos ao “tribunal competente”. Em sendo mantida a sentença, proceder-se-á à intimação do réu para “ciência”;

obtendo a reforma da decisão, o processo seguirá o seu curso normal, com a conseqüente citação do réu.

Verifica-se que a intimação do réu para ciência da decisão de mérito é de extrema importância para a constituição da coisa julgada, de forma a alcançar a parte interessada em seus efeitos e eficácia próprios, impedindo a reprodução da mesma ação no futuro. Deixando de dar ciência da decisão ao réu, o julgamento antecipado será absolutamente inútil, pois nada impedirá que o autor volte a juízo e promova nova ação em face do mesmo réu, perante outro juízo a quem couber por distribuição. Saliente-se que eventuais custas para a realização do ato processual de comunicação já deverão ter sido recolhidas com a própria distribuição da ação, posto que o autor pretendia a própria citação do réu; mais fácil se torna a solução do problema se houver sido concedido ao autor o benefício da gratuidade de justiça (Lei 1.060/50).

Se a coisa julgada é um instituto processual que tem por objetivo serenar as relações sociais que entraram em conflito interpessoal, ela pode ser alcançada através da ciência do réu de que a demanda proposta pelo autor foi julgada improcedente em seu próprio limiar. Munido deste conhecimento, o réu estará apto a se defender em eventual futura repetição da demanda do mesmo autor, apresentada perante outro juízo. A coisa julgada não é um fim em si mesmo, mas um meio processual de se alcançar a segurança e a estabilidade das relações jurídicas na sociedade e, por esta razão, constitui garantia constitucional de natureza pétrea, ficando incólume a qualquer investida infraconstitucional que tenha por objeto sua desconsideração (CF, 5º, XXXVI). Como instrumento processual, deve ser alcançado de maneira mais rápida e imediata possível, de forma a restabelecer a ordem social afetada pela pretensão infundada do autor. Desta forma, se a ciência do réu da decisão do juiz refutando a pretensão do autor basta para que a coisa julgada possa ser constituída validamente, não existe óbice legal que impeça a intimação do réu para vir a juízo se inteirar da ação natimorta. Afigura-se absolutamente dispensável que o réu seja citado (CPC, 213), porquanto desnecessário qualquer comportamento defensivo seu; sua intimação (CPC, 234) apenas tem o condão de fechar a relação processual em seu aspecto angular, trazendo o réu para o processo de molde a tomar ciência da ação apresentada pelo autor e prontamente julgada, seja em primeiro grau ou em grau de recurso. Não se alegue que o réu “não foi parte, porque não foi citado”, pois tal entendimento encontra-se subordinado a interpretações gramaticais da norma processual, que tem natureza eminentemente instrumental, isto é, meio útil

e necessário para se alcançar determinado fim. Ao contrário, o réu sempre “foi parte” na ação proposta pelo autor; apenas não se mostrou necessário que apresentasse defesa para ver reconhecido seu direito em face do autor, pois a pretensão já era, desde o início, improcedente, independentemente da manifestação de resistência do réu.

A intimação do réu encontra previsão expressa no parágrafo 6º do artigo 219 do Código de Processo Civil, quando trata do conhecimento, de ofício, da ocorrência de prescrição, assim redigido: “passada em julgado a sentença, a que se refere o parágrafo anterior, o escrivão comunicará ao réu o resultado do julgamento”. Não existe óbice legal que para que o mesmo dispositivo seja adotado como regra geral de intimação do réu, nos casos de julgamento antecipado de manifesta improcedência do pedido, cientificando o réu do insucesso da demanda do autor. A providência permite a constituição da coisa julgada, com toda a sua força, evitando futuras tentativas do autor insatisfeito de rerepresentar o mesmo pedido.

Verifica-se, portanto, que o instituto da coisa julgada, formal e material, pedra fundamental da teoria do processo, pode ser constituída validamente, após a decisão do juiz que aprecia o mérito da ação, sem o concurso da vontade do réu. Imprescindível, porém, que, ao cabo, o réu seja intimado desta decisão final, seja do juiz, seja do colegiado recursal.

6. RECURSOS

Tendo o ato decisório do juiz, apreciando o mérito do pedido do autor, o condão de extinguir o processo, não existe dúvida de que sua natureza é sentença, conforme classificação topográfica disposta no art. 162, parágrafo 1º do Código de Processo Civil, posto que “põe termo ao processo”. Em seu aspecto formal, esta sentença não se distingue daquela proferida segundo os ditames do artigo 267 e 284, parágrafo único do Código de Processo Civil. Seu elemento caracterizador, no entanto, situa-se no fato de que o juiz “extinguiu o processo com julgamento do mérito, rejeitando o pedido do autor” (CPC, 269, I), mesmo sem a participação do réu, opondo-se ao pleito inicial.

Sendo sentença, caberá o recurso de apelação, conforme dispõe o artigo 513, que não faz distinção entre esta ser de mérito ou não. Desta forma, inteira aplicação tem a norma do artigo 463 do Código de Processo Civil, segundo a qual “ao publicar a sentença de mérito, o juiz cumpre e acaba o ofício jurisdicional”, não mais podendo alterá-la, a não ser nos casos previstos no mesmo artigo. Por ser sentença de mérito, o juiz também não poderá fazer uso

da possibilidade de “reformular sua decisão”, conforme previsto no reformado art. 296 do Código, pois não se verificou o “indeferimento da petição inicial”, mas o próprio julgamento do pedido em seu inteiro teor, com rejeição da pretensão. Na hipótese de concluir que incidiu em erro, após apreciar as razões de apelação, o juiz se limitará a remeter os autos para a instância superior.

Interposta, a apelação será recebida nos efeitos suspensivo e devolutivo, presente a hipótese genérica prevista no *caput* do artigo 520 do Código de Processo Civil, inexistindo execução provisória, à falta de título executivo, pois a pretensão do autor foi rejeitada de plano. Não haveria também, título executivo a favor do réu, sendo incabível a condenação do autor em verba honorária, por motivos óbvios, pois o réu, neste momento, sequer tem conhecimento da demanda (ao menos em termos processuais). A sucumbência do autor se refere apenas às próprias custas judiciais, sendo de se supor que já as tenha suportado com a distribuição da ação.

Em sede de tribunal, o relator poderá fazer uso do disposto no artigo 557 do Código de Processo Civil, negando “seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou contrário à sumula do respectivo tribunal ou tribunal superior”, confirmando, nestas hipóteses, os casos de julgamento antecipado de mérito sem necessidade de incomodar o réu desnecessariamente. Em caso contrário, decidindo pela reforma da decisão (e não sua anulação, pois ausente qualquer *error in procedendo* por parte do juiz), o tribunal determinará o prosseguimento da ação, com a citação do réu, rejeitando a tese do julgador singular de que era cabível a improcedência liminar do pedido sem a manifestação do réu.

6.1. Limites objetivos da decisão recursal

O julgamento do tribunal assume interesse singular ao apreciar o recurso interposto da decisão que julgou o pedido improcedente liminarmente. Os limites subjetivos da decisão são claros, atingindo apenas o autor e o réu indicado na petição inicial. Problema maior se apresenta com a análise dos limites objetivos da decisão recursal. O tribunal decidirá que os fundamentos e as provas apresentadas pelo autor com a petição inicial são insuficientes para a conclusão liminar alcançada pelo juiz, seja qual for o fundamento por este invocado para a sua decisão (ver item 3), ou seja, os fundamentos apresentados pelo autor, em conjunto com as provas documentais que nutriram a petição inicial, não conduzem ao entendimento esposado pelo juiz, podendo desembocar em seara diversa quando acrescidos dos elementos probatórios

de natureza oral ou pericial, ou ainda, documental superveniente, a cargo do autor (e não do réu).

No entanto, o provimento do recurso de apelação interposto pelo autor, por si, não conduz, a seu turno, ao julgamento de procedência do pedido. A decisão do tribunal apenas vincula o julgamento futuro do juiz no que foi objeto do recurso (v.g, não ter ocorrido a prescrição, não ser contrário à súmula vinculante ou uniformizada etc.), deixando o julgador inteiramente livre para concluir pela improcedência do pedido por qualquer outro fundamento, acatando as manifestações do réu. O tribunal apenas se limitará a dizer que “não se encontram presentes as hipóteses ou as circunstâncias que autorizam o julgamento liminar de improcedência, pelos fundamentos invocados”. A presunção legal se dirige no sentido de que a decisão liminar do processo teria vedado ao autor a oportunidade probatória para demonstrar suas alegações. A análise do tribunal deverá, necessariamente, adentrar os fundamentos do pedido, as provas iniciais e as razões de decidir do juiz, contrapondo uns e outros. Embora o julgamento proferido pelo tribunal também seja de mérito (pois aprecia o *error in iudicando*), este mérito é apenas aquele vislumbrado pelo juiz na sentença de improcedência (por exemplo, que a causa de pedir não conduz ao pedido, que a obrigação do autor não foi previamente adimplida para exigir a do réu etc.). É mérito do pedido conforme focado pelo juiz, em apreciação liminar; após a intervenção do réu no processo, embora o objeto do processo permaneça o mesmo (isto é, o pedido do autor), o juiz poderá concluir pela improcedência adotando as razões de defesa apresentadas pelo réu. Neste sentido, a decisão do tribunal não produz qualquer efeito limitador para o convencimento do juiz. Por exemplo: o juiz se convence, desde o início, de que ocorreu a prescrição; o autor recorre e o tribunal decide que não se deu a prescrição, determinando o prosseguimento do processo; o réu contesta, alega e demonstra que não houve qualquer ato ou fato que interrompesse validamente o curso do prazo prescricional a seu favor; o juiz acolhe as razões do réu e julga improcedente o pedido, adotando, como novos fundamentos, as razões do réu. Não existe ofensa ao decidido anteriormente pelo tribunal, eis que a decisão se apoiou em outros elementos. No caso de haver novo recurso, o tribunal deverá analisar a ocorrência ou não das razões invocadas pelo réu; rejeitando-as, aí então se produzirá coisa julgada sobre a questão (depois de transcorridos os prazos recursais próprios).

Constata-se, portanto, que o julgamento de improcedência liminar está submetido ao controle do tribunal, em um primeiro momento, considerando

apenas as razões do autor e os fundamentos da decisão do juiz; posteriormente, ingressando o réu no processo, o juiz poderá concluir pela mesma improcedência reconhecida inicialmente, mas adotando, como fundamentos do julgado, os elementos trazidos pelo réu, que não foram desmerecidos pelas provas produzidas pelo autor. O resultado é o mesmo, alcançado por um caminho mais longo. Em qualquer deles, o réu não sofreu qualquer prejuízo em seu direito de defesa; apenas teve que suportar, no segundo caso (quando veio aos autos), todos os percalços do exercício da própria defesa (tempo, dinheiro e desgaste psicológico).

7. CONCLUSÃO

Verifica-se com facilidade, após a breve exposição, que o assunto é novo e desafia as mentes mais conservadoras que lidam diariamente com o processo. O ponto nodal do debate deve se situar no elemento “tempo”, sabendo-se que a vida humana é finita e as emoções vivenciadas no curso de qualquer processo judicial, seja pelo autor, seja pelo réu, não podem ser consideradas como sendo positivas, prazerosas; ao contrário, o transcurso da demanda judicial se apresenta como uma experiência extremamente desagradável, negativa, dominada pela incerteza e insegurança durante todo o desenrolar do processo. Para o autor, mesmo que intimamente acredite na justiça de sua demanda, o resultado é sempre incerto, dependendo das paixões humanas, da real possibilidade de produzir as provas hábeis ao convencimento do juiz; para o réu que tem razão, o processo significa uma injustiça que lhe é imposta pelo autor, obrigando-o a um dispêndio de tempo, recursos e emoções.

Em suma, o processo é um mal desnecessário quando se apóia em pretensão infundada, manifestamente infundada, desde o seu nascedouro. A submissão do réu ao processo não se justifica, em termos de tempo, dinheiro e tensão psicológica, quando a pretensão do autor não oferece nenhuma chance de ser julgada procedente; ao contrário, quando o juiz dispuser de meios para conhecer direta e imediatamente do pedido, julgando-o improcedente, sem necessidade de ouvir o réu e de contar com a sua participação no processo, deverá fazê-lo de plano, no limiar da ação, tão logo receba a petição inicial. Não existe ofensa aos princípios e garantias de ampla defesa e do contraditório, eis que o pedido foi julgado improcedente, não ofendendo em nada a esfera jurídica do réu. A coisa julgada se constituirá tão-somente com a intimação do réu da decisão, seja esta singular, seja colegiada. O entendimento doutrinário e jurisprudencial quanto à possibilidade do julgamen-

to antecipado de manifesta improcedência proporcionará uma economia de tempo e de recursos, além de evitar o surgimento de tensão psicológica e de emoções negativas entre o autor e o réu. ◆

A Redução da Idade de Imputabilidade Penal e seus Aspectos Constitucionais

LUCIANA DE OLIVEIRA LEAL

Juíza de Direito do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro

INTRODUÇÃO

A violência que assusta o país vem levando a que os indivíduos, por si mesmos ou representando instituições, clamem por medidas sérias de repressão à criminalidade, principalmente ao narcotráfico. O fenômeno social que se configura é inerente às circunstâncias dramáticas em que vive o povo brasileiro, principalmente nas grandes capitais, nas quais o crime organizado – envolvendo não apenas o tráfico de entorpecentes, mas também o de armas, inclusive de uso privativo das Forças Armadas, e a “lavagem” de dinheiro – constituiu-se em poder paralelo ao estatal, com tanta força ou mais, e vem aterrorizando a todos.

Há, portanto, o embate entre a liberdade, direito fundamental do qual derivam outros, que a compõem em todas as suas nuances, e a segurança, que é anseio de todos e se consubstancia na ordem pública. Jacques Robert, no prefácio à obra **Les Conditions D’Existence des Libertés** – estudo publicado em 1985 – Jean-Marie Becet e Daniel Colard, dentre diversos outros autores, destacaram o antagonismo entre liberdade e ordem pública, bem como a necessidade de limitações à primeira em período normal, assim como em circunstâncias excepcionais, em prol da preservação e manutenção da segunda.²⁵¹

No Brasil, dentre outras medidas preconizadas por especialistas, pela mídia e pela opinião pública, encontra-se a redução da imputabilidade penal de 18 (dezoito) para 16 (dezesesseis) anos. Este o tema do presente estudo, em que se pretende analisar os aspectos da matéria referentes aos direitos fundamentais.

Primeiramente, será apresentada a problemática, com base em dois artigos publicados no jornal **O Globo**, de 6 de maio de 2002. Em seguida, será apreciado o aspecto constitucional positivo da matéria, e então em que medida os direitos fundamentais estão sendo afetados pela pretendida implementação desta medida.

251 BECET, Jean-Marie e COLARD, Daniel. *Les Conditions D’Existence des Libertés*. Paris, La Documentation Française, Libertés Publiques, n.4.01, jan-1985.

1)A Questão da Redução da Idade de Responsabilidade Penal

No jornal **O Globo** de 6 de maio de 2002, na coluna “Tema em Discussão”, cujo título foi ‘Menor de Idade’, foi apresentada a opinião da empresa jornalística:

“A precocidade é uma das marcas da sociedade urbana moderna. Por diversos fatores – o cultural entre eles – o rito de passagem da adolescência para a idade adulta ganhou velocidade. Namora-se mais cedo, amadurece-se mais cedo. E mata-se e rouba-se mais cedo, também. Essa é uma das razões pelas quais a legislação penal precisa adequar-se aos novos tempos. Assim como o jovem de 16 anos pode votar e habilitar-se a dirigir, também deve ser responsabilizado com rigor por crimes que cometer – como em vários países com índices de criminalidade mais baixos que o nosso.[...] Sabe-se que traficantes alistam adolescentes por serem leves as penas para os menores de idade. [...] Contra o problema, propõe-se que as penas de adultos aliciadores de menores sejam multiplicadas. Por que não agir nas duas direções? Ou seja, reduzir o limite de idade para punir o jovem infrator, e também aumentar o castigo para o adulto aliciador. As vítimas agradeceriam”.

Em sentido inverso, se manifestou Julita Lemgruber, diretora do Centro de Estudos de Segurança e Cidadania da Universidade Cândido Mendes:

“Quando vejo o Congresso Nacional se movimentando para reduzir a responsabilidade penal no país para 16 anos, não posso deixar de pensar que se está apostando no pior.[...] Dados coletados pelos Ilanud/SP, Unicef e Departamento da Criança e do Adolescente do Ministério da Justiça falam por si. Em primeiro lugar, os adolescentes infratores são responsáveis por apenas 10% dos crimes cometidos no Brasil. E mais: de cada cem mil adolescentes, só 2,7 são infratores, enquanto em cada cem mil adultos, 87 são infratores. De todos os atos infracionais praticados por adolescentes, somente 8% equiparam-se a crimes contra a vida. A grande maioria (75%) são crimes contra o patrimônio e, destes, 50% são furtos. Isto é, delitos sem violência. [...] Mas o que precisamos é ter a coragem de admitir que este país está longe de cumprir com suas mínimas responsabilidades para com nossas crianças e jovens, sobretudo os pobres. Uma sociedade excludente e injusta como a brasileira não pode apostar na redução da responsabilidade penal como saída para a superação da violência. Estaremos, certamente, apostando no pior”.

A questão debatida se referiu, deste modo, ao que seria mais adequado para combate da criminalidade: reduzir-se a imputabilidade penal para 16 anos, ou mantê-la aos dezoito, com aplicação do Estatuto da Criança e do Adolescente aos menores infratores que pratiquem a conduta contando com até 18 anos.

Antes de passar à matéria jurídica propriamente, chama-se atenção para

dois aspectos relevantes da questão. O primeiro é que atualmente – e isto é fato público e notório, divulgado constantemente pelos meios de comunicação – cada vez mais cedo os jovens vêm sendo aliciados (para usar a palavra da primeira opinião mencionada) pelos criminosos. Hoje, adolescentes a partir dos doze anos já são usados no tráfico, com armas em punho, quando não crianças a partir de nove ou dez anos de idade. Portanto, se a redução da idade de imputabilidade penal fosse aplicada com o objetivo de impedir que traficantes aliciassem menores por se beneficiarem estes de penas menores, não seria o caso de ser reduzida para dezesseis, mas para dez anos, quando as crianças brasileiras iniciam em regra o envolvimento com o mundo da criminalidade. Não parece ser este o espírito da Constituição Brasileira, da legislação infraconstitucional, e da sociedade como um todo, a qual com certeza chocaria a inserção de uma criança no sistema penitenciário brasileiro, com todas as suas falhas e deformações.

Por outro lado, o Brasil não poderia copiar sistemas como o inglês ou o norte-americano, em que crianças são julgadas como se adultos fossem, pois estes são países desenvolvidos, e o primeiro, ao contrário, é país em desenvolvimento, em que a educação é deficiente, o sistema carcerário é desumano, e percentual considerável da população está abaixo da linha de pobreza. Ademais, não é razoável que se considere como causa dos baixos índices de criminalidade a punição de adolescentes com o mesmo rigor dos adultos, pois nesses países, desenvolvidos, há políticas públicas de prevenção, e não apenas de repressão, ao contrário da atividade estatal brasileira.

Atente-se, então, para este exato aspecto: a ausência de políticas preventivas. No Brasil, a tendência regular dos governos que se seguem é adotar medidas paliativas, isto é, que atacam os efeitos de um problema e não, as causas. Assim é com relação à criminalidade, que chegou ao extremo por ser relegada por diversos anos, e contra a qual se fala em redução da idade penal, em construção de presídios, em aumento do efetivo policial, em rigor na legislação penal. Assim é com a recente fixação de cotas para negros no serviço público e nas universidades, o que não soluciona, antes radica o problema da deficiência do ensino fundamental e das escolas públicas, ou seja, do ensino ofertado aos pobres, que não são apenas negros, mas também brancos, mulatos e todas as outras variações de mistura de raças (grande no Brasil, devido à miscigenação própria de sua colonização). Assim é com a pretendida obrigatoriedade dos descontos em medicamentos para idosos, buscando suprir uma deficiência que é a do valor pago pela previdência social, insuficiente à manutenção de uma pessoa de idade avançada.

Faltam medidas preventivas, que atinjam as causas de todas nossas mazelas sociais. Neste contexto se coloca a questão da redução da idade de

imputabilidade penal.

2) A Disciplina Legal da Questão

O art. 228 da Constituição Federal estabelece que “São penalmente inimputáveis os menores de dezoito anos, sujeitos às normas da legislação especial”. Portanto, a matéria é de ordem constitucional, e a alteração somente é possível por meio de emenda constitucional (art. 60, CF/88) que altere o dispositivo em questão, já que o ordenamento constitucional brasileiro se funda em documento rígido, que apenas permite modificações por meio de processo diferenciado de produção legislativa (procedimento formal dificultoso em relação ao empregado para a elaboração de leis ordinárias, o que é limitação própria ao poder constituinte derivado).

O Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/90), por sua vez, prevê em seu artigo 103, bem como seguintes, a questão da prática de atos infracionais e as medidas socioeducativas aplicáveis, entre elas a prestação de serviços à comunidade, semelhante a uma das espécies de pena alternativa, e o regime de semiliberdade, ou a internação, que se assemelham às penas privativas de liberdade.

No Código Penal Brasileiro, art. 27, há praticamente uma repetição dos termos dispostos na Constituição Federal.

O que se extrai de toda a legislação vigente a respeito é que o menor de dezoito anos que pratica uma conduta tipificada como crime não permanece impune, pois o Estatuto da Criança e do Adolescente prevê verdadeiras penalidades, apenas nomeadas de outro modo que não com a palavra “pena”.

Emenda constitucional que venha a alterar a disciplina desta matéria demandará, para sua perfeita aplicação, a reforma da legislação infraconstitucional respectiva, visando à preservação do sistema.

Embora essa alteração seja possível, pois decorre principalmente de política criminal e legislativa, o fato é que como solução ao problema da violência seria medida inócua, e para os direitos da criança e do adolescente representaria verdadeiro retrocesso, com a constitucionalização e a legalização de violações flagrantes, e de todas conhecidas, dos direitos fundamentais destes indivíduos, seres em formação, que precisam não da punição propriamente dita, no sentido de castigo/vingança pelo crime cometido, mas de ressocialização, por meio da aprendizagem de valores socialmente relevantes e de oportunidades para o afastamento do crime.

Teoricamente, e numa primeira apreciação do tema, não se pode afirmar que haverá violação de direitos fundamentais de adolescentes com a redução pretendida. Todavia, no dia a dia da sociedade brasileira este atingimento ocorrerá e trará graves conseqüências, em razão de violações constantes e

prévias ao ingresso dos jovens na criminalidade e conseqüentemente, no sistema carcerário.

3) Os Direitos Fundamentais de Crianças e Adolescentes e a Imputabilidade Penal

Os direitos fundamentais se caracterizam pela historicidade, ou seja, são fruto de uma prolongada evolução histórica. Norberto Bobbio ensina que:

*“Do ponto de vista teórico, sempre defendi – e continuo a defender, fortalecido por novos argumentos – que os direitos do homem, por mais fundamentais que sejam, são direitos históricos, ou seja, nascidos em certas circunstâncias, caracterizadas por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes, e nascidos de modo gradual, não todos de uma vez e nem de uma vez por todas.[...] Mais uma prova, se isso ainda é necessário, de que os direitos não nascem todos de uma vez. Nascem quando devem ou podem nascer. Nascem quando o aumento do poder do homem sobre o homem – que acompanha inevitavelmente o progresso técnico, isto é, o progresso da capacidade do homem de dominar a natureza e os outros homens – ou cria novas ameaças à liberdade do indivíduo, ou permite novos remédios para as suas indigências: ameaças que são enfrentadas através de demandas de limitações do poder; remédios que são providenciados através da exigência de que o mesmo poder intervenha de modo protetor...”*²⁵²

O autor demonstra, assim, que a evolução dos direitos humanos foi decorrência da sucessão de fatos históricos, e da necessidade de se contraporem direitos aos excessos cometidos seja no exercício do poder estatal, como as liberdades públicas, seja no abuso mesmo nas relações entre particulares, a demandarem do Estado uma atuação positiva, no sentido de efetivar a proteção de direitos, como os direitos sociais, surgidos após toda a exploração perpetrada contra os trabalhadores.

Dentro desta acepção histórica dos direitos fundamentais, estes são classificados em gerações, conforme a origem e momento histórico em que surgiram e o conteúdo que adquiriram em cada uma dessas fases. A tônica inicial incorpora o sentido de **status** negativo do cidadão, do indivíduo em si considerado. Representaram os direitos fundamentais, em sua formalização primeira a ser dotada de universalidade (século XVIII – Declaração Francesa de 1789), os de primeira geração, uma reação às arbitrariedades do Estado.

Numa época em que brilhavam as teorias liberais, como o **laissez faire** – **laissez passer** na ordem econômica e na ordem social, de modo geral, o asseguramento dos direitos de liberdade veio impor ao Estado deveres de

252 BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Campus, 1992, p. 5/6.

abstenção. São direitos civis e políticos considerados pelo prisma do individualismo e da resistência ao Estado, que passa a ter o dever de abstenção, isto é, de não violar, ainda que por intromissão, as liberdades dos indivíduos. Ensina José Carlos Vieira de Andrade que:

*“O Estado não pode intrometer-se na vida de cada um, deve deixar que os indivíduos encontrem, por si, em concorrência, a sua felicidade, mas o Estado tem de existir e há-de ser até um Estado forte para o desempenho das suas missões básicas, sintetizadas na garantia da defesa e da segurança da nação e dos cidadãos.[...] Neste contexto, os direitos fundamentais eram vistos como liberdades, cujo conteúdo era determinado pela vontade do seu titular (e tendia a incluir a possibilidade de não exercício), ou como garantias, para assegurar em termos institucionais a não intervenção dos poderes públicos – em qualquer caso, enquanto direitos de defesa (*Abwehrrechte*) dos indivíduos perante o Estado...”*²⁵³

Neste sentido é que deve ser entendida a liberdade, no primeiro momento: direito subjetivo de exercer atividades próprias sem interferência estatal, devendo o Estado se abster de intervir nestas atividades, que seriam exercidas por cada qual de acordo com seus interesses e sua vontade. Outro aspecto relevante é a previsão da isonomia, isto é, igualdade de todos perante a lei. Esta deveria se aplicar indistintamente a todos. A igualdade prevista, portanto, era a formal. Significava a vedação de distinções na lei, a assegurar igualdade jurídica a todos os indivíduos. Era meio de garantir a liberdade, impedindo-se a instituição de privilégios a quaisquer classes sociais.

O século XIX iniciou-se impregnado com este espírito individualista e liberal, o que ocasionou o desenvolvimento industrial e econômico capitalista, como resultado da abolição das corporações de ofício, garantia da propriedade privada, e liberdade de indústria, comércio e profissão (princípios inerentes aos ideais de liberdade, de igualdade jurídica, e de extinção de privilégios). Nesse momento começaram a surgir preocupações com outros direitos, como os sociais, mais especificamente, os dos trabalhadores. A exploração do homem pelo homem foi causa de novas ideologias, como a socialista, comunista e anarquista, pois as riquezas produzidas se concentravam em mãos dos empresários, restando aos trabalhadores as insalubres condições de trabalho e a exploração desenfreada da mão-de-obra (o que contava com a abstenção estatal).²⁵⁴

253 ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. Almedina, 2a ed, 2001, p.51.

254 Sobre esta evolução histórica, v. **Direitos Humanos Fundamentais**, de Manoel Gonçalves

Já no início do século XX, a crise social mundial se agravava com a Primeira Grande Guerra e a Revolução Russa, sob a vitória do comunismo. Aflo- ra daí a necessidade de maior normatividade estatal da vida em sociedade, de modo a proteger efetivamente os indivíduos. O Estado deixa de abster-se apenas de violação às esferas individuais, para intervir na ordem econômica e social, por força da insustentabilidade do modelo então vigente, liberal, o qual generalizou a concentração de riquezas e ampliou desigualdades eco- nômicas e sociais que impediam o pleno exercício das liberdades. Exemplo clássico de uma das primeiras Constituições a incorporar essa nova ordem é a de Weimar, 1919 (Alemanha).

Nascem, neste contexto histórico, os direitos fundamentais de segunda geração, fundados no princípio da igualdade (agora já uma igualdade mate- rial, ou seja, de oportunidades). São direitos sociais, culturais e econômicos, além dos coletivos ou de coletividades. Com o segundo pós-guerra, consoli- daram-se na maioria das constituições – já, então, visualizável o Estado de Bem-Estar Social, em oposição ao Liberal. Naquele, propõe-se o Poder Pú- blico a realizar prestações materiais na efetivação de tais direitos, o que nem sempre se fez possível, por exigüidade, carência ou limitação de recursos, sendo por vezes remetidos tão importantes direitos a normas programáticas. O sujeito passivo dos direitos sociais é o Estado, que tem por dever prover os indivíduos das oportunidades de seu desenvolvimento. Segundo Manoel Gonçalves Ferreira Filho, *“a garantia que o Estado, como expressão da cole- tividade organizada, dá a esses direitos é a instituição dos serviços públicos a eles correspondentes”*.²⁵⁵

Outras duas gerações se seguiram: a terceira, à qual correspondem os direitos ao desenvolvimento, à paz, ao meio ambiente e ao patrimônio co- mum da humanidade. Enfim, direitos fundados no princípio da fraternidade, titularizados pelo gênero humano não individualizado, ou seja, pela coleti- vidade como um todo. Na quarta geração, mais recente, estão os direitos à democracia, à informação e ao pluralismo, decorrentes da globalização. Esta é fenômeno de interação entre as nações em diversas áreas do saber, com graves conseqüências práticas, principalmente nos planos econômico e político.

Atualmente, a expressão “direitos fundamentais” engloba tanto direitos individuais e sociais, como difusos. Na Constituição Brasileira de 1988, em seu art. 5º, estão elencados diversos direitos individuais e coletivos, com pre- visão dos instrumentos que os asseguram. E por todo o corpo da Lei Maior

Ferreira Filho, Saraiva, 3a ed, 1999, cap. 5.

255 op. cit. p. 51.

prevêem-se outros, de mesma natureza como no art. 7º (sociais dos trabalhadores), 150 (quanto à ordem tributária), 205 (educação), 196 (saúde) e 225 (meio ambiente).

No art. 227, o Legislador Constituinte acentuou a titularidade, por crianças e adolescentes, de diversos direitos fundamentais individuais, sociais e culturais. Engloba, assim, direitos das três primeiras gerações como, por exemplo, respectivamente, o direito à vida e à liberdade (primeira), à saúde, alimentação e educação (segunda) e direito à cultura (terceira).

Reza o dispositivo constitucional:

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

Embora a Constituição Federal tenha ótima disciplina da matéria, assim como a Lei nº 8.069/90 (ECA), uma disciplina avançada e condizente com as normas internacionais a respeito do tema, as leis não são cumpridas, efetivadas, embora ao Estado compita atender com “absoluta prioridade”, cf. expressão legal, a estes direitos.

No Jornal **O Globo**, de 21 de junho de 2002, sob o título “Tráfico suspende aulas de 6 mil alunos”, primeira página, lê-se:

“A quadrilha de Elias Maluco, que controla o Complexo do Alemão e assassinou o jornalista Tim Lopes, voltou a desafiar as autoridades, mandando fechar nove escolas municipais, onde estudam seis mil alunos, além de boa parte do comércio...”.

Ora, o referencial de autoridade destas crianças e adolescentes de certo não é o Chefe do Executivo, ou os agentes policiais, ou qualquer outro vinculado ao poder constituído, senão o do tráfico, que dirige suas vidas, manda e desmanda, determinando o que pode ou não ser feito, o horário até o qual podem retornar a suas casas e tudo o mais que esteja no interior da favela controlada ou nos arredores. Como, então, fazer um adolescente que começa na criminalidade entender que suas atitudes traficando, matando, ferindo, são erradas, são anti-sociais, são ilegais e criminosas. É o referencial de poder que aquele adolescente tem. Em verdade, seus direitos não são respeitados por omissão/impotência do poder público, o que o empurra para a criminalidade. Esta é sua realidade, este é o “poder” ao qual deve respeitar, e ao qual se une, em idade ainda de formação do caráter, o que talvez o faça perder-se definitivamente. Não significa que a questão não envolva também o caráter de cada um, mas este pode ser moldado, aperfeiçoado, por meio da

educação, não só escolar, mas a dada pela família, de acordo com os valores da sociedade. Se esta não existe, se os bons exemplos faltam, e não é dado parâmetro ético à criança e ao adolescente, resta um espaço aberto para a criminalidade. É o que acontece com grande parte dos jovens envolvidos no tráfico, assim como em outras atividades criminosas.²⁵⁶

Mesmo em relação aos menores que vivem nas ruas, que trabalham nos sinais de trânsito, que permanecem junto ao calçadão das praias. Estão em abandono. Quem os ensina que não devem furtar ou roubar? É o meio que têm de sobreviver. E apesar das críticas, o próprio preconceito os empurra para estas atividades criminosas. De regra, não são tratados condignamente, são desprezados, são expulsos de restaurantes ou lanchonetes ainda que tenham dinheiro para pagar o que pretendem consumir. São marginalizados pela sociedade, descuidados pela família, abandonados pelo Estado, que não os protege, como é seu dever, na omissão da família e da sociedade, e não busca responsabilizar, até mesmo para dar o exemplo, os pais que abandonam ou exploram seus filhos.

A solução da criminalidade está em implantar verdadeiras políticas públicas de asseguramento dos direitos sociais, principalmente moradia digna, educação, saúde, lazer, cultura, afastando-se a criança e o adolescente da criminalidade. A redução da idade penal será não uma forma de correção dos desvios de comportamento do adolescente envolvido em atividades criminosas, mas de lhes facilitar a “aprendizagem” da criminalidade, a se coligar ainda mais com criminosos perigosos, participando ativamente de quadrilhas de traficantes, seqüestradores e outros mais. E não há como se negar que isto vá ocorrer, pois as cadeias brasileiras não impedem de modo eficaz a atuação de criminosos presos, haja vista a recente descoberta de central telefônica no interior do presídio de segurança máxima, conhecido como Bangu I.²⁵⁷

Portanto, não haverá maior violação de direitos fundamentais em razão da redução da idade penal do que a que ocorre constantemente pelas condições das prisões brasileiras, mas sem dúvida não haverá qualquer melhora nos índices da criminalidade, e será uma forma de iludir a sociedade, com a aparência de medida séria de combate a esta. Na verdade, traduzir-se-á

256 O tráfico, porém, é o maior mal destes tempos e a origem principal dos delitos, pois acarreta homicídios, roubos, furtos, seqüestros, corrupção policial e outras mazelas, todas voltadas ao financiamento do tráfico em si, como aquisição de armas e da matéria-prima para fabricação do entorpecente, ou do vício.

257 A respeito, v. jornal **O Globo** dos dias 19, 20 e 21 de junho de 2002, com ampla cobertura dos fatos ocorridos em razão de escuta telefônica autorizada judicialmente e que levou à descoberta do uso de celulares, aparelho de fax, e possível envolvimento de funcionários públicos nas irregularidades constatadas.

em meio de desviar atenções das causas do problema e das medidas necessárias para que seja solucionado. O único efeito prático será, por exemplo, tirar um indivíduo do Instituto Padre Severino (na Ilha do Governador, onde adolescentes cumprem internação, que corresponde a pena privativa de liberdade) e colocá-lo no complexo Frei Caneca, ou no presídio Bangu I ou Ari Franco. Utilidade prática não se vislumbra na medida, senão a idéia de vingança, que não é a que alimenta a política criminal moderna.

4) O Princípio da Igualdade Aplicado à Redução da Idade Penal

Já se falou acima que, na primeira geração dos direitos fundamentais a igualdade foi reconhecida como princípio essencial. Todavia, se trata de igualdade formal, que não representa a igualdade de condições, senão a garantia de aplicação da lei igualmente para todos, independentemente de condições quaisquer.

A evolução do conceito, no entanto, fez-se inevitável, uma vez que as desigualdades sociais e econômicas sempre estiveram presentes e se agravaram pelo liberalismo, que deixava aos indivíduos a possibilidade de livremente se relacionarem, embora a desigualdade fática existente não permitisse o exercício de plena autonomia da vontade. Desta forma, diante da opressão dos mais fortes sobre os mais fracos, de modo concomitante ao surgimento dos direitos sociais, reformulou-se a igualdade, para um conceito material.

Neste sentido leciona Sahid Maluf:

“O fato da desigualdade humana impõe a regra da igualdade perante à lei. Para tal objetivo político, a lei não pode ser igual para todos, sob pena de perpetuar as desigualdades, mas deve fazer atuar os direitos sociais, minorando as conseqüências das grandes desigualdades sociais e econômicas. O essencial, segundo João Mangabeira, é a igual oportunidade para a consecução dos objetivos da pessoa humana. É necessário a igualdade social, que não importa em nivelamento entre homens naturalmente desiguais, mas estabelece a supressão das desigualdades artificiais criadas pelos privilégios da riqueza numa sociedade em que trabalho e produção são sociais mas os lucros são individuais...”²⁵⁸

A cláusula constitucional da igualdade, conforme ensina Celso Antônio Bandeira de Mello,²⁵⁹ tem por destinatários: o legislador, a quem é vedado designar de modo não razoável, na norma legal, os indivíduos; e o aplicador

258 MALUF, Sahid. **Direito Constitucionais**. 4.ed. São Paulo: Sugestões Literárias, 1968. p. 357.

259 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade**. 3.ed. São Paulo: Malheiros, 1993. p. 1-2.

desta, a quem se veda criar distinções no momento da aplicação da norma ao caso concreto (seja o administrador, seja o Estado-Juiz). Dessa forma, como conclusão primeira, impõe-se o reconhecimento do princípio da isonomia como limitação da política legislativa.

Importante, ainda, constatar que o tratamento igualitário não se impõe a todos indistintamente. Ao contrário, este enunciado obriga a traçar políticas diferenciadas àqueles que, no mundo fático, são efetivamente desiguais, visando a amenizar tais desigualdades. Por outro lado, aqui não se faz referência a caracteres naturais ou fisiológicos dos indivíduos, mas a distinções decorrentes da complexidade das relações sociais. Se, por um lado, as diferenças naturais são inevitáveis, por outro, em suas relações, as pessoas apresentam-se ora em um mesmo grau de capacidade ou poderes, ora desniveladas, seja por influências econômicas, seja em razão das próprias distinções naturais. Neste contexto, violado estaria o princípio constitucional se não se fizesse qualquer diferenciação.

O direito à igualdade é gravemente afetado no que se refere a crianças e adolescentes, pois a falta de políticas públicas para atender àqueles que não têm condições de, por si só ou por apoio de sua família, obter educação, alimentação adequada, moradia digna, preservação da saúde, os coloca em grande desvantagem perante os que são protegidos efetivamente por suas famílias, e têm acesso a tudo que se faz necessário para o desenvolvimento sadio de sua personalidade.

Por outro lado, a distinção feita dentro do grupo dos adolescentes, como tais considerados os menores de doze a dezoito anos, para igualar aos adultos, em responsabilidade penal, adolescentes sujeitos a proteção integral, especial, seria violar a igualdade material. Primeiramente, porque estes adolescentes estariam sendo excluídos de uma proteção específica que lhes é devida, por se tratarem de indivíduos em formação. E também porque dentro dos grupos dos adolescentes haveria aqueles a serem responsabilizados de acordo com o ECA, e aqueles a serem responsabilizados de acordo com a legislação penal, embora, por exemplo, e diante da situação atual, já mencionada, não haja fundamento razoável para distinguir dentro do grupo dos adolescentes, os que tenham quatorze anos dos que tenham dezesseis. No dia-a-dia da atividade criminosa, principalmente do tráfico de drogas, um adolescente de 15 anos pode ser tão perigoso quanto, ou até mais, um adolescente de dezessete.

De acordo com o ensinamento de Celso Antônio Bandeira de Mello, as distinções devem ser razoáveis, para que possam ser consideradas legítimas e, portanto, condizentes com o princípio da igualdade, que é princípio positivado no ordenamento constitucional brasileiro. A razoabilidade, por sua vez,

deve ser analisada por meio dos seguintes requisitos:

- a) adequação entre o fim perseguido e o instrumento empregado;
- b) necessidade da medida, e inexistência de meio alternativo que viole em menor grau um direito individual;
- c) existência de proporcionalidade estrita (maior relevo do que se ganha, ante o que se perde).²⁶⁰

Segundo Luis Roberto Barroso:

“...Em outras palavras: para ser válido, o tratamento diferenciado precisa passar no teste da razoabilidade interna e externa. De plano, portanto, não será legítima a desequilíbrio aleatória, arbitrária, caprichosa. O elemento discriminatório deve ser relevante e residente nas pessoas por tal modo diferenciadas. Não pode ser externo ou alheio a elas. Não se pode estabelecer que servidores de olhos claros terão prioridade no escalonamento de férias (irrelevância), ou que se dará preferência às mulheres se a seleção feminina de voleibol for campeã (fato externo e alheio)”.²⁶¹

A desequilíbrio entre os adolescentes, excluindo-se do âmbito de aplicação do Estatuto da Criança e do Adolescente os que contam com 16 (dezesesseis) anos ou mais, não atende ao critério da razoabilidade. Primeiramente, porque não é medida adequada à finalidade decantada, que é a redução da criminalidade. Segundo, porque não é meio necessário para este controle, havendo outras medidas que não provoquem a exposição desses adolescentes ao sistema carcerário brasileiro hoje existente exposição esta que importaria em grave violação dos direitos enunciados no art. 227 da Constituição Federal de 1988. Terceiro, porque a violação dos direitos a ser provocada pela mistura de adolescentes com criminosos adultos, em condições de vida duvidosas e em oposição flagrante ao que consta de determinação expressa da Constituição Federal, é bem maior e mais grave do que a satisfação dada à sociedade pela punição rigorosa de um criminoso, o que por si não irá solucionar o problema nacional referente à segurança.

Falta razoabilidade na distinção, e portanto, está violado o princípio da isonomia ou da igualdade, o que acarreta a inconstitucionalidade da medida.

Um ponto, ainda, deve ser destacado: a questão da emenda constitucional. Esta é fruto do Poder Constituinte Derivado. O Direito Brasileiro não adota a tese alemã da possibilidade de existência de inconstitucionalidade de norma constitucional decorrente do Poder Constituinte Originário, porém, reconhece a possibilidade de haver norma constitucional inconstitucional, se

260 Cf. BARROSO, Luis Roberto. **Temas de Direito Constitucional**. Renovar, Rio de Janeiro/São Paulo, 2001, p.153 e seguintes.

261 Op. cit. p.161.

decorrente de atividade do Poder Constituinte Derivado. Luis Roberto Barroso ensina que:

“No domínio das relações entre os Poderes, o STF exerceu a competência de declarar a inconstitucionalidade de emenda constitucional, votada pelo Congresso, sob o fundamento de que o poder constituinte derivado é subordinado à Constituição originária, não podendo violar cláusulas pétreas”.²⁶²

No caso, a norma que venha a reduzir a idade penal será inconstitucional por violar o direito à igualdade, cf. o exposto acima. Deste modo, haverá violação de direito fundamental inscrito na Constituição por se tratar de diferenciação não razoável.

Conclusão

Conclui-se, assim, que a pretendida redução da idade de imputabilidade penal não atende ao princípio da igualdade, que é material, e não apenas formal, sendo, portanto, inconstitucional, ainda que decorrente de emenda à Constituição Federal.

Por outro lado, a solução da questão da segurança pública no Brasil não está na punição rigorosa de adolescentes. Esta equivaleria a um paliativo, que não atinge a *causa*, mas tão-somente o efeito de um problema, que muito mais do que judicial ou policial, é social, pois decorre de décadas de omissão estatal em políticas preventivas, e de proteção de direitos fundamentais, principalmente os sociais, de segunda geração.

Ressalte-se, ainda, que não se trata de defender práticas criminosas, ou de se tentar inocentar pessoas que realmente praticam condutas ilegais e que devem sofrer as conseqüências legais por seus atos. A questão é que é provável que boa parte destes indivíduos sejam hoje criminosos porque na infância não receberam o cuidado devido, entraram na adolescência sem o cuidado devido, e conseguem servindo ao tráfico, principalmente, o que não conseguem por meios honestos. E os exemplos de vitoriosos honestos são muito poucos.

Antes de se pensar em punir, deve-se pensar seriamente em cumprir a Constituição Federal, em todos os seus aspectos, inclusive, e principalmente, quanto aos deveres positivos do Estado para com os cidadãos, para então, havendo uma igualdade substancial (efetiva, de oportunidades), se punir com toda a severidade as condutas desviantes, inclusive com redução da idade penal, por critérios que atendam à razoabilidade e os valores que se instituem a partir de então.

262 BARROSO, Luis Roberto. **O Direito Constitucional e a Efetividade de Suas Normas**, Renovar, 4a ed., Rio de Janeiro/São Paulo, p. 301.

Se assim não for, o problema primeiro, de certa urgência, que é o da violência alarmante em que se vive atualmente no Brasil, não será solucionado, e a finalidade maior da existência do Estado e das normas jurídicas, que é reger a vida em sociedade e tutelar direitos básicos dos indivíduos, será ignorada. ◆

A Imutabilidade do Regime de Bens do Casamento

RONALDO ALVARO LOPES MARTINS

Juiz da 1ª Vara de Família do Rio de Janeiro

Permite o novo Código Civil, no § 2º do art. 1.639, a alteração do regime de bens do casamento.

Entretanto, por algum motivo o legislador resolveu estabelecer no art. 2.039: *O regime de bens nos casamentos celebrados na vigência do Código Civil anterior, Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916, é o por ele estabelecido.*

Em vista disso, há entendimentos de que tal alteração não seria possível se o casamento houvesse sido contraído na vigência da Lei Civil anterior.

Referindo-se à mutabilidade do regime de bens, encontramos em Heloisa Maria Daltro Leite:²⁶³

... algumas questões surgem do dispositivo em exame. A primeira delas é saber se somente aqueles que se casaram após a entrada em vigor do novo Código Civil poderão alterar o regime de bens. A resposta é afirmativa, sob pena de se ferir o ato jurídico perfeito e, por conseguinte, a norma insculpida no inciso XXXVI, do art. 5º da Constituição da República onde está cristalizado o Princípio da Irretroatividade das Leis.

Ousamos entender de modo contrário.

Pode-se realmente pensar em aplicação de direito intertemporal com a irretroatividade da lei nova e nesse campo encontramos em Serpa Lopes:

*Quanto aos efeitos do casamento, a doutrina distingue os efeitos pessoais dos patrimoniais. Quanto aos primeiros, as modificações da lei nova são suscetíveis de aplicação imediata, por isso que são situações jurídicas afastadas do âmbito dos bens pessoais ou patrimoniais de qualquer dos cônjuges, enquanto que, em relação aos segundos, dada a sua natureza patrimonial, há lugar para o princípio da irretroatividade.*²⁶⁴

Não há, verdadeiramente, razão lógica para que os efeitos imediatos da lei só incidam nos efeitos pessoais e não nos efeitos patrimoniais, tanto assim que a lei nova se aplica à sucessão aberta ao tempo de sua vigência, embora o direito sucessório do herdeiro exista desde o seu nascimento com

²⁶³ LEITE, Heloisa Maria Daltro (Coord.). **O Novo Código Civil – Do Direito de Família**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2002, p. 315.

²⁶⁴ SERPA LOPES, Miguel Maria. **Curso de Direito Civil**. 9. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2000, v. I, p. 207.

vida ocorrido, eventualmente, no império da lei anterior.

Nesse caso, nascida ao tempo do Código Civil de 1916 e tendo a pessoa salvo os seus direitos, estes deveriam permanecer regulados por aquele Código, porém a lei sempre estabeleceu que os direitos sucessórios seriam aqueles estabelecidos pela lei vigente ao tempo da abertura da sucessão, ou seja, da morte do autor da herança; não podemos afirmar que os direitos sucessórios sejam direitos pessoais simplesmente.

O insigne doutrinador estava aferrado ao princípio da imutabilidade do regime de bens do casamento, o qual deixou de existir a partir da vigência do novo Código Civil em vista do contido no § 2º do art. 1.639: *É admissível alteração do regime de bens, mediante autorização judicial em pedido motivado de ambos os cônjuges, apurada a procedência das razões invocadas e ressalvados os direitos de terceiros.*

Roberto Ruggiero,²⁶⁵ cuidando tanto da retroatividade quanto da irretroatividade da lei nova, entende:

Não há propriamente uma regra de não-retroatividade de que constitua exceção a retroatividade: mas há dois princípios paralelos e um deles exige que a lei antiga continue, posto que revogada, a reger os fatos que se verificaram na vigência da nova, e outro, pelo contrário, exige que a lei nova se aplique ao passado, ocupando-se dos fatos que ao passado se ligam, isto para no todo ou em parte os regular de novo modo. O fato consumado, em si, e também os efeitos futuros que dele derivem, deve ser regido em algumas matérias – principalmente naquelas em que predomina a autonomia da vontade privada e o interesse dos particulares – pela lei vigente ao tempo em que o fato sucedeu. Mas a circunstância dele se ter verificado sob o regime de uma norma diversa, não pode pelo contrário e noutras matérias – aquelas em que predomina o interesse do Estado e da ordem pública – servir de obstáculo à imediata aplicação da nova lei.

No atinente aos direitos de família, esclarece o ilustre jurista italiano:

*... as relações patrimoniais familiares são submetidas ora à lei antiga, ora à nova, conforme predomine ou não a autonomia da vontade dos particulares: assim continuam a ser reguladas pela antiga as relações patrimoniais entre os cônjuges, sejam elas disciplinadas de modo especial no contrato de casamento ou submetidas à regulamentação das normas dispositivas ou supletivas vigentes naquele momento; aplica-se pelo contrário a lei nova à disciplina do usufruto legal que pertence ao pais nos bens dos filhos.*²⁶⁶

265 RUGGIERO, Roberto de. **Instituições de Direito Civil**, atualizado por Paulo Roberto Benasse. São Paulo: Ed. Bookseller, v. 1, p. 234.

266 *Id.*, *ibid.*, p. 236.

O que se tem, trazida por ambos os teóricos citados, é a teoria clássica da irretroatividade combatida por muitos e defendida por outros tantos, por demais estudada mas, no final, se dirige a tratar do direito adquirido ou das situações jurídicas constituídas.

Todos os que estudaram o problema da retroatividade em contraste com a irretroatividade da lei nova sempre reconhecem a existência de exceções, ora podendo retroagir, ora sendo proibida a retroatividade, havendo até o brocardo dando conta de que *a lei só retroage quando apaga no passado*.

Parece-nos mais razoável a teoria de Roubier, citada por Eduardo Espínola,²⁶⁷ que, como outras que partem do critério das situações jurídicas como decisivo para a aplicação da lei nova, distingue o efeito retroativo do efeito imediato da lei.

Eduardo Espínola registra que a atual Lei de Introdução ao Código Civil inspirou-se manifestamente na doutrina do notável tratadista francês Paul Roubier e esclarece:

Na verdade, Roubier afirma que a base fundamental da ciência dos conflitos de leis no tempo é a distinção entre efeito retroativo e efeito imediato da lei. O efeito retroativo consiste na aplicação da lei ao passado; o imediato em sua aplicação ao presente. Quando se trata de uma situação existente, cumpre atender às partes anteriores à mudança da legislação, que não podem ser atingidas sem retroatividade, e às partes posteriores, a que a nova lei se aplicará com o seu efeito imediato.

Adotando-se tal ensinamento, não há como se deixar de aplicar imediatamente o disposto no art. 1.636 C.C.

Entretanto, no caso em estudo, estou em que devemos nos afastar da discussão da possibilidade de retroatividade de lei e passarmos à interpretação do disposto no art. 2.039 que, a meu juízo, não impede a aplicação da regra geral do § 2º do art. 1.639 aos casamentos contraídos antes de 12 de janeiro de 2003, quando entrou em vigor o atual Código Civil.

Voltando a Eduardo Espínola,²⁶⁸ encontramos, quando cita Gabba: *Assim, com sua publicação, tornando-se a lei obrigatória, rege todos os casos a que se destina, e como introduz novos tipos de relações entre os homens e modificando as já reconhecidas, deve propor-se a beneficiar ao mesmo tempo a sociedade e o indivíduo, satisfazendo os interesses gerais que se lhe referem e assegurando igualmente a cada um dos interessados toda a utilidade que da mesma pode tirar. Nessas condições, não somente as futuras, mas igualmente as relações jurídicas anteriores devem ser reguladas*

267 ESPÍNOLA, Eduardo. **Sistema de Direito Civil**, Rio de Janeiro: Rio, [19—], p. 224.

268 *Id.*, *ibid.*, p. 203.

pela nova lei pois esta, desenvolvendo princípios jurídicos já admitidos, em substância não faz mais do que deduzir conseqüências melhores, isto é mais conformes à justiça.

A seguir, o festejado jurista observa que as teorias da retroatividade e da irretroatividade partem desses dois princípios, ou seja da idéia de extensão da lei nova por presunção de melhor atender às necessidades sociais e do respeito à vontade manifestada à luz da lei anterior.

Desse modo, se negarmos a aplicação imediata do art. 1.639 aos casamentos contraídos na vigência do Código revogado, os cônjuges casados pelo regime da comunhão universal não poderão contratar sociedade entre si ou com terceiros, como estabelece o art. 977 do Código atual: *Faculta-se aos cônjuges contratar sociedade, entre si ou com terceiros, desde que não tenham casado no regime da comunhão universal de bens, ou no da separação obrigatória.*

Justificam o presente dispositivo a doutrina e o entendimento jurisprudencial dando conta de que a sociedade entre cônjuges redundaria em fraude ao regime de bens, eis que o patrimônio de ambos os cônjuges passaria a integrar o da sociedade .

Passando esses bens a integrar o capital e sendo os cônjuges sócios, cada um teria uma parte do capital e cada parte representaria uma parcela dos bens do casal.

Assim, se casados pelo regime da comunhão universal ou da separação legal, os bens ficariam como se o regime fosse o da comunhão parcial implicando na alteração do regime de bens que adotaram ao casarem-se.

Ocorre que a fraude não podendo ser presumida, a jurisprudência passou a admitir a constituição da sociedade entre os cônjuges, devendo a fraude ser provada e não apenas, presumida.

Com esse raciocínio, os casados pela lei anterior aos quais não era proibido constituir sociedade entre si, pela irretroatividade da lei nova poderiam contratar a sociedade e os casados pela lei nova não o poderiam, a não ser com a alteração do regime de bens.

Sem reparos à redação do art. 977, que proíbe aos casados, pelo regime da comunhão universal ou da separação obrigatória, de contratarem sociedade mesmo com terceiro, parece que a aplicação do dispositivo não atenderia aos interesses sociais, e os que casaram pelo regime da comunhão universal pelo Código anterior, no qual inexistia a proibição, só poderiam contratar entre si ou com terceiros se lhes fosse permitida a alteração do regime de bens antes contratado.

Entretanto, se casados sob a égide da nova Lei Civil, a se aplicar a teoria da irretroatividade, de qualquer modo a eles seria aplicado o disposto no § 2º

do art. 1.639, *ou seja, podem alterar o regime de bens* – quanto a isso não pode haver dissenso – e o disposto no art. 977 se tornaria inócuo, a não ser que houvesse proibição de alteração de constituição de sociedade entre os cônjuges quando o regime de bens do casamento fosse alterado.

O que se pode entender é que o art. 977 do Código Civil atual obriga a alteração do regime de bens do casamento, com a aplicação do parágrafo 2º do art. 1.639, aos casados a partir da vigência do novo Código Civil pelo regime da comunhão universal ou pelo regime obrigatório da separação, pois, de outro modo, uma simples microempresa não poderia ser constituída pelos cônjuges para que a lei nova não impedisse fossem beneficiados, *ao mesmo tempo, a sociedade e o indivíduo, satisfazendo os interesses gerais que se lhe referem e assegurando igualmente a cada um dos interessados toda a utilidade que da mesma pode tirar.*²⁶⁹

Comentando o disposto no art. 2.039 (*o regime de bens nos casamentos celebrados na vigência do Código Civil anterior, Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916, é o por ele estabelecido*), Heloisa Maria Daltro Leite admite:

*... a redação deste dispositivo deixa a desejar, pois a partir de sua literalidade não é de todo insensato interpretar-se que somente os regramentos de cada regime permanecerão regulando os casamentos já celebrados quando da entrada em vigor do novo Código e que os demais o serão por este, incluindo-se aí o Princípio da Mutabilidade. Todavia, quando a nova lei menciona “é o por ele estabelecido”, se está referindo a todo o ordenamento atinente aos regimes de bens, abrangendo também as normas correlatas, como por exemplo a disposta no art. 230, onde é previsto o Princípio da Imutabilidade.*²⁷⁰

Parece-nos que não é bem assim.

Deve-se observar que o Código Civil revogado nunca disse que o regime de bens é imutável, e sim irrevogável: *Art. 230. O regime dos bens entre cônjuges começa a vigorar desde a data do casamento, e é irrevogável.*

Na verdade, essa irrevogabilidade não se constituía no que se poderia chamar de uma cláusula pétrea, tanto assim que em diversos dispositivos a própria Lei Civil revogada previa a mutabilidade do regime de bens: no art. 256, tornando nulas as convenções se não feitas por escritura pública ou não lhes seguindo o casamento; no art. 257, I, no caso de haver prejuízo para direitos conjugais ou paternos; no art. 259, prevendo a comunhão dos aqüesitos mesmo quando o regime de bens escolhidos não fosse o da comunhão,

269 *Id.*, *ibid.*, p. 203.

270 DALTRO LEITE, Heloisa Maria. *Op. cit.*, p. 316.

o que ficou bem explicitado no verbete da Súmula 377 do STF: *No regime de separação legal de bens, comunicam-se os adquiridos na constância do casamento.*

Não se pode esquecer que não só aqueles dispositivos permitiam a alteração do regime de bens, pois a Lei do Divórcio, no seu art. 3º, previu a revogação do regime de bens como se o casamento fosse dissolvido, dissolução essa que só ocorria com o divórcio não fosse a morte ou a anulação, assim: *A separação judicial põe termo aos deveres de coabitação, fidelidade recíproca e ao regime matrimonial de bens, como se o casamento fosse dissolvido.*

Com todas as vênias, não nos parece que a interpretação do art. 2.039 seja a que nos oferece a ilustre autora antes referida.

O que entendemos é que o regime de bens dos casamentos pela antiga lei é o *por ele estabelecido*, mas somente enquanto não se aplicar a regra geral do art.1.639; o art. 2.039 não diz que o regime do casamento contraído pelo CC/16 é imutável ou irrevogável.

Veja-se, por exemplo, a redação do art. 2.041, que não deixa dúvida sobre a regra jurídica a ser aplicada no caso ali tratado: *As disposições deste Código relativas à ordem da vocação hereditária (arts. 1.829 a 1.844) não se aplicam à sucessão aberta antes de sua vigência, prevalecendo o disposto na lei anterior (Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916).*

Também o disposto no art. 2.037: *Salvo disposição em contrário, aplicam-se aos empresários e sociedades empresárias as disposições de lei não revogadas por este Código, referentes a comerciantes, ou a sociedades comerciais, bem como a atividades mercantis.*

O mesmo se pode dizer quanto ao art. 2.036: *A locação de prédio urbano, que esteja sujeita à lei especial, por esta continua a ser regida.*

Em nenhum momento disse o legislador que o § 2º do art. 1.639 não se aplica aos casamentos contraídos na vigência da lei anterior ou que o regime de bens continuaria a ser o regido por aquele Código, até porque foi ele expressamente revogado...

Se o legislador de 2003 pretendesse a imutabilidade ou irrevogabilidade do regime de bens do casamento, teria usado um desses termos e não a redação incomum ao dizer que, celebrado o casamento na vigência do Código Civil anterior, o regime de bens é o *por ele estabelecido* pois isso todos sabemos, não implicando que não possa passar a ser outro, considerando não mais existir o princípio da imutabilidade, *rectius* irrevogabilidade como faz certo o § 2º do art.1.639.

Não vale dizer que o legislador de 2003 não quis repetir a dicção do Código Civil anterior, utilizando-se do termo irrevogável, pois em diversos e muitos dispositivos o fez, repetindo não só um ou outro termo, mas disposi-

tivos inteiros.

Por outro lado, o art. 2.035 do novo Código estabelece que *a validade dos negócios e demais atos jurídicos, constituídos antes da entrada em vigor deste Código, obedece ao disposto nas leis anteriores... mas os seus efeitos, produzidos após a vigência deste Código, aos preceitos dele se subordinam...*

Esse dispositivo, a toda evidência, não trata da aplicabilidade da lei nova e sim da validade e dos efeitos dos atos jurídicos constituídos ao tempo da lei antiga e tem caráter retroativo, eis que se refere a efeitos futuros de contratos celebrados antes de sua vigência.

O que se deve ter em mente é que a imutabilidade do regime de bens é *efeito do casamento*, tanto que começa a vigorar a partir da data do enlace.

Sendo *efeito do casamento*, deve se subordinar à segunda parte do art. 2.035.

Desse modo, parece que não haveria impedimento para a modificação do regime de bens do casamento contraído sob o regime da lei anterior, desde que a modificação não abrangesse os bens adquiridos antes da alteração se houver possibilidade de prejudicar interesses de terceiros.

O casamento, como ato jurídico, teve como efeito a validade do pacto que é contaminado pelo disposto na lei atual quanto aos seus efeitos, mas a partir da nova lei esse pacto pode ser mudado, o que é por ela autorizado.

O art. 6º da Lei de Introdução ao Código Civil estatui: *A lei em vigor terá efeito imediato, e geral, respeitados o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada.*

Se assim é, não se pode negar o efeito geral e imediato da norma que se extrai do disposto no art. 1.639, considerando que não há vedação expressa à sua aplicação, respeitados os efeitos do regime de bens anteriormente verificados que continuam válidos.

Também se deve considerar que a não-aplicação do art 1.639 não impediria que houvesse a alteração do regime de bens, pois os casados pelo Código Civil de 1916 poderiam se divorciar e depois casar novamente; agora pela lei nova, escolhendo o regime de bens que melhor lhes interessasse, levando os interessados a burlarem a lei ou mais precisamente o princípio da irretroatividade, desnecessariamente.

Impende trazer à colação o disposto no art. 1.671 da Lei Civil em vigor: *Extinta a comunhão, e efetuada a divisão do ativo e do passivo, cessará a responsabilidade de cada um dos cônjuges para com os credores do outro.*

Tratando o dispositivo da comunhão de bens e referindo-se à extinção desse regime, ao mesmo tempo considera a responsabilidade de cada um dos cônjuges para com os credores do outro. Não há dúvida de que a extin-

ção da comunhão a que se refere não tem pertinência à separação ou divórcio, e sim à alteração do regime da comunhão, permanecendo o casamento, eis que continuam cônjuges.

Note-se que mais uma vez não há qualquer alusão ao regime de bens estabelecido na vigência da lei anterior, e sim ao regime da comunhão que permite seja extinto com a partilha de bens. O que se pode entender sobre a razão da existência do art. 2.039 é o fato de o atual Código Civil não ter agasalhado em seu texto o regime dotal e, além disso, ter criado o regime de participação final nos aqüestos.

Demais disso, a se analisar semanticamente o art. 2.039, veremos que o legislador fala que o regime *é o por ele estabelecido* e o Código anterior só estabelece como regime o legalmente obrigatório a ser adotado nos casamentos do maior de 60 anos e da maior de 55, bem como nos casos do art. 183, XI a XVI, na forma do art. 226 e do parágrafo único do art. 258 do citado diploma legal.

Para os demais, o Código não estabelece qualquer regime, que pode ser escolhido livremente

Vimos que o Código Civil em vigor permite a alteração do regime de bens do casamento, estabelecendo que os efeitos dos atos jurídicos que se verificarem sob sua vigência a ele se subordinam, não proibindo, expressamente, a mudança do regime dos casamentos realizados durante o império da lei anterior.

Posto isto, o regime anterior permanece apenas enquanto não alterado, e a única proibição a ser considerada seria aquela referente ao regime de separação obrigatória por estar expressa no Código atual. ◆

Direito à Privacidade e Liberdade de Expressão

DANIELA FERRO AFFONSO RODRIGUES ALVES

Juíza de Direito do TJ/RJ

1. INTRODUÇÃO

Em vista do enfoque sintético que se impõe, iniciam-se estes estudos a partir da Constituição da República de 1988.

Analisa-se a questão do direito à privacidade diante do direito à liberdade de expressão, preocupando-se em estudar o problema da eventual colisão desses interesses.

Ressalta-se a importância do direito de informar e do de ser informado, enfatizando-se a liberdade de expressão e a manifestação do pensamento como imperativos do regime democrático, bem como a questão da censura e o tormentoso problema dos possíveis conflitos com os direitos da personalidade.

Resulta-se, daí, a preocupação em delinear-se os limites do direito à liberdade de imprensa.

2. A LIBERDADE DE EXPRESSÃO

A noção de liberdade é tema dos mais árdios e a filosofia vem se preocupando com essa questão desde a antiguidade. Seu sentido jurídico é a “faculdade ou o poder outorgado à pessoa para que possa agir segundo sua própria determinação, respeitadas, no entanto, as regras legais instituídas. A liberdade, pois, exprime a faculdade de se fazer ou não fazer o que se quer, de pensar como se entende, de ir e vir a qualquer atividade, tudo conforme a livre determinação da pessoa, quando haja regra proibitiva para a prática do ato ou não se institua princípio restritivo ao exercício da atividade”²⁷¹.

A democrática e cidadã Constituição da República de 1988 alcançou pleno êxito quando pretendeu estender ao máximo o direito à livre manifestação, indo de encontro aos longos anos de trevas em que o País se viu envolvido quando das gestões militares. Ela contempla a liberdade de expressão como poucos países no mundo.

271 SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico**. Forense, 15 ed. p. 490.

Assim é que o seu art. 220 dispõe que “A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição”. No § 2º, continua dizendo que “é vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística”.

Em momento conturbado de nossa democracia, foi plantada uma idéia revisora da liberdade de imprensa, com tendências consentâneas com o regime ditatorial que imperava.

Ainda nos dias de hoje, a liberdade de expressão (num sentido amplo, englobando liberdade de informação e liberdade de imprensa, direito de informar e de ser informado) continua seduzindo os cultores do direito, os amantes da verdade, que acreditam depender a moralidade de nossos costumes, a probidade política, a ética social e o respeito às leis, de intenso debate de notícias que despertam a noção de civilidade e da ampla publicidade que torna transparente o sentido dos atos e o caráter das pessoas que os vivem.

Este direito da livre expressão deve ser exercido em sua plenitude, honrando o princípio de sua existência dentre os basilares conceitos de construção de uma sociedade justa e igualitária. A liberdade de informação é pressuposto fundamental para garantir o direito ao respeito à vida privada, “não porque ela permita a formação de uma opinião pública esclarecida, capaz de respeitar e se posicionar ao lado de um indivíduo que, frente às admoestações da turba e da burocracia estatal, advoga um interesse legítimo; mas também porque ela dá azo à transparência tanto nos negócios públicos quanto nas decisões sociais que podem vir a gerar efeitos sobre os direitos essenciais da pessoa humana”²⁷².

Liberdade de imprensa significa que os meios de comunicação são livres para manifestar sua opinião, criticando, informando, investigando, denunciando, com responsabilidade para com a sociedade e o compromisso com a veracidade, objetividade, precisão e equilíbrio na divulgação das informações.

Depreende-se, pois, que a liberdade de expressão e de informação é um direito fundamental, sendo facultada a qualquer pessoa a livre manifestação do pensamento, opiniões e idéias, por intermédio de escritos, imagem, palavra ou qualquer outro meio. Inexiste democracia sem liberdade de expressão. É, portanto, um dos mais preciosos direitos do homem.

3. O DIREITO À PRIVACIDADE

Além dos direitos patrimoniais, as pessoas (quer físicas ou jurídicas) têm direitos pessoais, incluindo-se, aí, os direitos da personalidade.

272 MIRANDA, Rosângelo Rodrigues de. **A proteção constitucional da vida privada**. p. 145/146.

Dentro da sistemática organizacional, os direitos da personalidade distribuem-se em duas categorias, sendo os adquiridos e os inatos (que nos interessam no presente trabalho). Estes últimos, como sustenta Caio Mário da Silva Pereira, sobrepostos a qualquer condição legislativa, são absolutos, irrenunciáveis, intransmissíveis, imprescritíveis. *Absolutos*, porque oponíveis ***erga omnes***; *irrenunciáveis*, porque estão vinculados à pessoa de seu titular. Intimamente vinculados à pessoa, não pode esta abdicar deles, ainda que para subsistir; *intransmissíveis*, porque o indivíduo goza de seus atributos, sendo inválida toda tentativa de sua cessão a outrem, por ato gratuito ou oneroso; *imprescritíveis*, porque sempre poderá o titular invocá-los, mesmo que por largo tempo deixe de utilizá-los²⁷³.

Reza, com efeito, o art. 5º, X, da Constituição da República que são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.

Também o novo Código Civil (Lei 10.406/02) tratou dos direitos da personalidade nos artigos 11 a 21, destinando todo um Capítulo ao tema. Assim é que o art. 21 dispõe que “A vida privada da pessoa natural é inviolável e o juiz, a requerimento do interessado, adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário a esta norma”.

Segundo Celso Ribeiro Bastos, consiste o direito à privacidade na faculdade que tem cada indivíduo de obstar a intromissão de estranhos na sua vida privada e familiar, assim como de impedir-lhes acesso a informações sobre a privacidade de cada um e também impedir que sejam divulgadas informações sobre esta área da manifestação existencial do ser humano²⁷⁴.

É, portanto, a exclusão do conhecimento alheio em relação àquilo que só diz respeito à própria pessoa, especificamente, quanto ao seu modo de ser. É o direito de resguardar-se a pessoa da ingerência alheia na sua vida privada. É o direito que a pessoa possui de resguardar-se dos sentidos alheios, principalmente da vista e ouvidos dos outros. Em suma, é o direito de estar só.

Consiste na condição de direito negativo, expresso exatamente pela não exposição ao conhecimento de terceiros de elementos particulares da esfera reservada ao titular. Na qualificação de Elimar Szaniawski, o direito à intimidade é “o direito subjetivo que consiste no poder de toda pessoa assegurar a proteção dos interesses extrapatrimoniais, de impedir a intrusão, a divulga-

273 PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. Rio de Janeiro, Forense, 1994. 13. ed. p.153.

274 BASTOS, Celso Ribeiro. **Comentários à Constituição do Brasil**. v.II. p. 63.

ção e a investigação, na sua vida privada, garantindo a paz, a liberdade da vida pessoal e familiar, criando o dever jurídico em relação a terceiros de não se imiscuírem na vida privada alheia²⁷⁵.

Havendo negação ou violação do direito ao respeito à vida privada, o ordenamento jurídico assegura ao seu titular o emprego de toda e qualquer medida judicial capaz de coibi-la, seja na esfera cível, quanto penal e administrativa.

O Des. Nagib Slaibi Filho, na Apelação Cível nº 2001.001.17879, em brilhante acórdão sobre a matéria, cita um trecho da obra de Antônio Chaves, adequado à percepção do tema:

“A honra – sentenciou Ariosto – está acima da vida. E a vida – pregou Vieira – é um bem mortal; a vida, por longa que seja, tem os dias contados; a fama, por mais que conte anos e séculos, nunca há de achar conto, nem fim, porque os seus são eternos; a vida há de conservar-se em um só corpo, que é o próprio, o qual, por mais forte e robusto que seja, por fim se há de resolver em poucas cinzas; a fama vive nas almas, nos olhos e na boca de todos, lembrada nas memórias, falada nas línguas, escrita nos anais, esculpida nos mármores e repetida sonoramente sempre nos ecos e trombetas da mesma fama. Em suma, a morte mata, ou apressa o fim do que necessariamente há de morrer; a infâmia afronta, afeia, escurece e faz abominável a um ser imortal, menos cruel e mais piedosa se o puder matar” (Antônio Chaves, no prefácio de **Responsabilidade Civil por Dano à Honra**, de Aparecida Amaranante, Belo Horizonte. Del Rey. 1994)

4. DIREITO À PRIVACIDADE X LIBERDADE DE EXPRESSÃO

Os dois direitos (aparentemente em conflito) têm suportes normativos em um mesmo estatuto jurídico (a Constituição). Portanto, de mesmo nível hierárquico e cronológico e que não há relação de especialidade entre eles. Ou seja, o tipo da norma que a um dá suporte (norma geral) não está contido no tipo da outra (norma especial).

Em alguns momentos, infelizmente, a livre expressão choca-se diretamente com os também fundamentais direitos e garantias individuais, igualmente inseridos de maneira firme pelo legislador constituinte.

Segundo o Desembargador Sergio Cavalieri Filho²⁷⁶, “sempre que princípios constitucionais aparentam colidir, deve o intérprete procurar as recíprocas implicações existentes entre eles até chegar a uma inteligência harmoniosa, porquanto, em face do princípio da unidade constitucional, a Constitui-

275 SZANIAWSKI, Elimar. **Direitos de personalidade e sua tutela**. p. 153.

276 TJJ/RJ. II Grupo de Câmaras Cíveis. Emb. Infr. na Ap. Civ. nº 1996.005.00005. Maioria. Rel. Des. Sergio Cavalieri Filho. J. 05/06/1996

ção não pode estar em conflito consigo mesma, não obstante a diversidade de normas e princípios que contém. Assim, se ao direito à livre expressão da atividade intelectual e de comunicação contrapõe-se o direito à inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem, segue-se como consequência lógica que este último condiciona o exercício do primeiro, atuando como limite estabelecido pela própria Lei Maior para impedir excessos e abusos”.

Posto o conflito e escrutinado o sistema, não se encontrando critério apto de saída, o órgão aplicador, no caso o juiz, terá de fazer uma opção, perante o caso concreto, por um dos termos da alternativa: ou a privacidade ou a liberdade de imprensa. A decisão judicial não importará, de forma alguma, na ab-rogação de qualquer delas ou de ambas as normas em conflito.

E a Constituição dá ao Poder Judiciário, com absoluta exclusividade, o poder de controlar os abusos da liberdade de informação jornalística, bem como os abusos da atuação de qualquer outra instituição, ou mesmo Poder, mediante o exercício da Jurisdição.

Ao decidir, por exemplo, pela proibição de publicação em que exista discriminação étnica, não está o Poder Judiciário exercendo qualquer forma de censura, mas apenas cumprindo sua atividade jurisdicional, visto que **censura e decisão judicial são inconfundíveis**. Como ensinam Oduvaldo Donnini e Rogério Ferraz Donnini²⁷⁷, a expressão “censura pelo Poder Judiciário” é inadequada, mesmo que eventual restrição à liberdade de imprensa seja realizada antes da publicação ou transmissão da notícia jornalística, impedindo sua veiculação. Nesses casos, o magistrado não age como censor, mas apenas cumpre seu dever jurisdicional, tendo o possível ofensor o direito e a possibilidade de defender-se e alterar a decisão judicial, mesmo que, para tanto, tenha de recorrer à instância superior.

A censura tem fundamento político e ideológico ou mesmo artístico e é repudiada pela Constituição Federal, pois é incompatível com a normalidade da vivência democrática. E a censura, considerada inadmissível no Estado Democrático de Direito é aquela exercida previamente pelos órgãos administrativos, ou mesmo por leis ou qualquer outro ato normativo.

Como ensina o Des. Nagib Slaibi Filho²⁷⁸, “a imparcialidade da função jurisdicional e, conseqüentemente, do juiz, é exigência política no Estado Democrático de Direito e constitui, justamente, a grande distinção entre o

277 DONNINI, Oduvaldo. **Imprensa livre, dano moral, dano à imagem e sua quantificação à luz do Novo Código Civil**. São Paulo. Método. 2002. p.50.

278 TJ/RJ. 16ª Câmara Cível. Ap. Civ. nº 2001.001.17879. Revisor e redator Des. Nagib Slaibi Filho. J. 23/10/2001.

administrador e o juiz – aquele se inclina à satisfação do interesse público, do qual é gerente e garantidor; já o juiz não é parte, não tem interesse na lide e seu relacionamento com as partes somente se legitima pelo seu desinteresse com o resultado da causa. Tal desinteresse, no entanto, não significa o olímpico desprezo aos elementos e circunstâncias da causa, nem inibem que na sentença expresse os seus sentimentos”.

Com isso, tem-se expressa reserva legal qualificada, que autoriza o estabelecimento de restrição à liberdade de imprensa com vistas a preservar outros direitos individuais, não menos significativos, como os direitos da personalidade em geral.

O jornalista, como qualquer profissional, antes de prestar a informação tem de ter compromisso com a verdade, embora isso não signifique abdicar de sua função crítica. Deve informar sem covardia, mas precavido, tendo certeza do fato que divulga, movido por sentimento ético, amparado na investigação cuidadosa, para não correr o risco de subverter a verdade, transformando-a em arma perigosa, que pode arrastar o indivíduo ao descrédito, à desgraça social e moral.

A crítica deve ser brandida com consciência, discernindo, inclusive as conseqüências irreparáveis que uma agressão moral pode causar à pessoa humana, que tem todo o direito de preservar esses direitos personalíssimos que são a privacidade e a honra.

Preleciona Darcy Arruda Miranda que o jornalista, no seu magnífico sacerdócio, deve ser sereno como um juiz, honesto como um confessor e verdadeiro como um justo²⁷⁹.

Imprensa livre, portanto, não significa exercício ilimitado, absoluto e incondicional do direito de informar, havendo limitação no próprio texto constitucional e leis federais.

5. CONCLUSÃO

O ordenamento jurídico brasileiro não permite o exercício ilimitado de nenhum direito.

Vale dizer, as antigas máximas que nos educaram de maneira a entender que um direito termina exatamente onde o outro começa fazem parte, hoje, não só de conceitos morais, como também de determinações da Lei Maior.

A imprensa precisa ser livre, porque sem liberdade ela não cumprirá sua missão. Contudo, essa liberdade não pode permitir que o veículo de comunicação social agrida outros direitos atribuídos à pessoa, mesmo porque, **nenhum direito é completamente absoluto.**

279 Comentários à Lei de Imprensa, RT, 1969, São Paulo, vol. I, p. 44.

A existência de um Estado Democrático de Direito é o bem maior, cuja manutenção deve ser perseguida por todos. Mas também se observa que a honra, a imagem e a privacidade das pessoas não são patrimônios passíveis de violação. É preciso reparar a tênue linha que se encontra entre a liberdade de expressão e o direito, próprio e inviolável, da privacidade, da imagem e da honra.

A liberdade de imprensa, portanto, não é um direito superior a todos os demais, nem pode impor-se de forma ilimitada, subjugando e sacrificando outros direitos de origem constitucional, os quais também sustentam a democracia.

Por outro lado, é evidente que não se pode, nem se deve, calar a imprensa ou censurar o seu exercício, eis que prestadora de um serviço essencial de informação à população, atuando, inclusive e principalmente, no policiamento da atividade pública, na defesa do bem social, no aprimoramento dos costumes e na formação da consciência política do povo.

Mesmo porque, a livre e consciente manifestação do pensamento garante o cidadão e, em conseqüência, a existência da democracia, prestando, por décadas, inigualável serviço a todas as nações, através de investigações sérias, desvendando crimes, ilegalidades e irregularidades nas mais variadas esferas.

Certificando-se da veracidade das informações, tem a imprensa não o direito, mas o DEVER de noticiá-las, sob pena de não atingir a sua função constitucional. Apenas com o exercício responsável deste direito será possível construir um país melhor, com menos desigualdades econômicas e sociais, posto que apenas uma sociedade bem informada tem condições de cobrar de seus dirigentes as atitudes necessárias para a solução dos problemas prementes.

Nas palavras de Karl Marx, anunciando a finalização deste pequeno estudo, *“A imprensa livre é o olhar onipotente do povo, a confiança personalizada do povo nele mesmo, o vínculo articulado que une o indivíduo ao Estado e ao mundo, a cultura incorporada que transforma lutas materiais em lutas intelectuais, e idealiza suas formas brutas. É a franca confissão do povo a si mesmo, e sabemos que o poder da confissão é o de redimir. A imprensa livre é o espelho intelectual no qual o povo se vê, e a visão a si mesmo é a primeira condição da sabedoria”*²⁸⁰. ◆

280 MARX, Karl. **Liberdade de Imprensa**. LX PM, 2000. p. 55.

Anotações sobre os Aspectos Intertemporais do Direito das Coisas no Novo Código Civil

MARCO AURÉLIO BEZERRA DE MELO

Defensor Público Titular da 21ª Vara Cível da Comarca da Capital

Professor de Direito Civil da UCAM e da EMERJ

I - Introdução

Quase todas as questões relativas ao denominado direito intertemporal são cercadas de acaloradas discussões pelo simples fato de que a norma jurídica que adentra em um sistema jurídico, a despeito de sua natural vocação para dirigir-se ao futuro, acaba por encontrar situações que foram criadas sob a égide da lei antiga e que merecem um tratamento dos operadores do direito que confirmam proteção à segurança jurídica e, ao mesmo tempo, respeitem o novo sistema que se cria com a presunção de ser melhor que o anterior, fato que justificou a revogação.

A complexidade desse tema levou Clóvis Beviláqua²⁸¹ a dizer em sua **Teoria Geral do Direito Civil** que o direito intertemporal constitui-se em um dos pontos mais obscurecidos pela discussão jurídica, afirmação confirmada pela simples observação dos trabalhos jurisprudenciais e pela quantidade de tratados sobre a matéria com a adoção das mais variadas teorias.

II – Princípio da irretroatividade

Apesar de reconhecer que há controvérsias sobre se o princípio é o da retroatividade ou da irretroatividade, como observamos em arguta lição de Goffredo Telles Junior²⁸² no sentido de que o princípio é o da retroatividade da lei, salvo quando esbarrar no direito adquirido, no ato jurídico perfeito e na coisa julgada, nos parece que, efetivamente, a regra a ser perseguida é a da irretroatividade, sob pena de concebermos a possibilidade incoerente de que a lei nova pudesse ter eficácia em período pretérito, sendo que naquele referido momento ela sequer existia. Ora, como será possível dar eficácia ao que não existe?

O referido critério é perseguido pela maioria das legislações e encerra uma importante decisão política. Nesse diapasão, a título de exemplo, regis-

281 Clóvis Beviláqua. **Teoria Geral do Direito Civil**, Ed. Francisco Alves, 2a ed., 1976, p. 25.

282 Goffredo Telles Junior. **Iniciação na Ciência do Direito**, Ed. Saraiva, 2001, p. 200.

trem-se os artigos 2º do Código Civil Francês²⁸³, 11 do Código Civil Italiano²⁸⁴, 3º do Código Civil Argentino²⁸⁵, 12 do Código Civil Português²⁸⁶, podendo-se ainda citar o 3º do Código Civil Espanhol e 1º das Disposições Finais do Código Civil Suíço.

O nosso ordenamento jurídico apresenta a particularidade de que a ir-retroatividade da norma jurídica quando afrontada pelo direito adquirido está prevista como garantia fundamental no artigo 5º, XXXVI, motivo pelo qual a proteção da pessoa pode ser exercida em face do julgador e do legislador.

Outra especificidade de nosso ordenamento jurídico, fato que nos aproxima do sistema germânico, é o de não dizer categoricamente que a lei não pode retroagir, mas simplesmente afirmar, dentro de uma concepção que, a nosso sentir, é um misto da teoria subjetiva e filosófica do livre-arbítrio propugnada por Ferdinand Lassalle e aprimorada por Gabba²⁸⁷ com a concepção objetivista que analisa o conteúdo da própria norma para saber se a mesma é retroativa ou não e que teve em Paul Roubier, dentre outros, o seu maior defensor.

Para Gabba, *“adquirido é todo direito resultante de um fato capaz de produzi-lo segundo a lei em vigor ao tempo em que este fato se verificou; embora a ocasião de fazê-lo valer se não haja apresentado antes da atuação de uma lei nova sobre o mesmo direito; direito este que, de conformidade com a lei sob a qual tal fato foi praticado, passou, imediatamente, a pertencer ao patrimônio de quem o adquiriu.”* Outro grande mérito da apontada teoria foi o de estabelecer com precisão o significado das denominadas *expectativas de direito* que pela sua falta de completude significa exatamente o contrário do sentido de direito adquirido e, por tal motivo, estaria infensa ao princípio da irretroatividade.

283 “A lei só dispõe para o futuro; não tem ela efeito retroativo”

284 “As leis só dispõem para o futuro; não têm elas efeito retroativo.”

285 “Las leyes disponen para lo futuro; no tienen efecto retroactivo, ni pueden alterar los derechos ya adquiridos”

286 “1. A lei só dispõe para o futuro; ainda que lhe seja atribuída eficácia retroactiva, presume-se que ficam ressalvados os efeitos já produzidos pelos factos que a lei se destina regular. 2. Quando a lei dispõe sobre as condições de validade substancial ou formal de quaisquer factos ou sobre os seus efeitos, entende-se, em caso de dúvida, que só visa os factos novos; mas, quando dispuser directamente sobre o conteúdo de certas relações jurídicas, abstraindo dos factos que lhe deram origem, entender-se-á que a lei abrange as próprias relações já constituídas, que subsistam à data da sua entrada em vigor.”

287 “Teoria della retroattività delle leggi”, *apud* José Acir Lessa Giordani. **Curso básico de direito civil**, Ed. Lumen Juris, 2a ed., p. 29.

Paul Roubier²⁸⁸ vislumbrava o problema do direito intertemporal com a necessidade de diferenciar o efeito retroativo da norma jurídica com a incidência imediata da mesma. Para tanto, dizia que os fatos podem ser divididos entre fatos passados, fatos pendentes e fatos futuros. Se a lei nova atingir fatos já consumados segundo a lei anterior, estaremos diante de uma proibida hipótese de retroatividade, ao passo que se atingir os fatos futuros apenas estará cumprindo o destino para a qual foi criada. O problema surge diante dos **facta pendentia** que para ele poderá ser atingido, desde que a lei nova faça alusão a referida possibilidade de forma expressa, uma vez que não há retroatividade tácita e atinja apenas os efeitos de uma relação jurídica elaborada segundo os ditames da lei anterior (retroatividade média). Outra questão importante é o fato de a lei nova jamais poder negar eficácia a uma situação fática já passada e consumada, sob pena de incidir na retroatividade máxima proibida pela lei.

Como dito anteriormente, o direito brasileiro soube mesclar de forma inteligente as teorias subjetiva e objetiva, prescrevendo que a lei não pode retroagir para prejudicar o direito adquirido, mas ao mesmo tempo há que se respeitar a incidência imediata e geral da nova lei. Prevê o *caput* do artigo 6º da LICC que “*a lei terá efeito imediato e geral, respeitados o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada.*” Observa-se assim que nosso direito cuida da incidência imediata da norma jurídica, mas ao mesmo tempo preserva-se o direito subjetivo adquirido.

Com efeito, o nosso sistema jurídico dá ao Magistrado uma discricionariedade maior para definir se a norma está incidindo na proibida irretroatividade ou se o caso pode ser tratado como uma simples hipótese de incidência imediata da lei.

É possível, ainda, que a nova lei esteja atingindo os efeitos de uma situação jurídica criada sob a égide da lei anterior e, em homenagem ao interesse público, venha a merecer o reparo da lei nova para que seja feita justiça ao caso concreto.

Essa aparente insegurança no tratamento que a nossa lei dá à matéria, pode se converter em uma autêntica possibilidade de se construir decisões mais justas, de vez que algumas vezes, permitir a uma lei posterior que atinja o efeito de algo realizado no passado materializa justiça no caso concreto, anseio permanente do novo Código Civil brasileiro.

Nessa esteira, registre-se a precisa lição **ex professo** do insigne professor carioca J. M. Leoni Lopes de Oliveira²⁸⁹: “*Mas nem sempre o princípio da*

288 Paul Roubier. **Le droit transitoire; conflits des lois dans le temps**, Paris, 2a ed., 1960.

289 J. M. Leoni Lopes de Oliveira. **Introdução ao Direito Civil**, Ed. Lumen Juris, 1a ed., 1998, p. 275.

irretroatividade se mostra como a solução mais justa. Tomemos três exemplos apresentados por Díez-Picazo e Gullón, onde se verifica a necessidade como medida de justiça de se abrir exceção ao princípio da irretroatividade: em primeiro lugar, pense-se em uma legislação que venha a abolir a escravidão em um país. Nesse caso, a irretroatividade criaria injustiça flagrante, pois só teriam direito à liberdade os que nascessem após a publicação da lei, enquanto os que eram escravos por força da lei anterior continuariam a ser escravos, criando uma situação insustentável. Igualmente no caso de uma lei que tratasse de estabelecer um regime jurídico para as sociedades anônimas que só se aplicasse às que se constituíssem depois de sua entrada em vigor. Insustentável também o princípio da irretroatividade no caso de uma lei que introduzisse a reforma agrária, e se aplicasse exclusivamente aos direitos de propriedade territorial que se adquirissem posteriormente à sua entrada em vigor.”

É a tônica acima, imprimida expressamente no Código Civil Suíço²⁹⁰, que deve nortear a análise do direito intertemporal à luz do que prescreve, principalmente, o parágrafo único do artigo 2.035 do novo Código Civil ao prescrever que: *“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.”* Em que pese o referido dispositivo estar mais ligado ao direito intertemporal relativo aos contratos, apresenta importantes reflexos em outras searas do direito.

III – O Direito intertemporal aplicado aos Direitos Reais

O direito real é o ramo do direito civil que mais exige de uma sociedade organizada a preocupação com a estabilidade das situações jurídicas consolidadas sob a égide da lei anterior.

Essa preocupação é apontada por Julien Bonnecase²⁹¹, Limongi França²⁹²

290 Art. 2º das Disposições sobre a aplicação e a entrada em vigor do Código Civil: “retroatividade: 1. Ordem pública e bons costumes. As determinações desta lei que forem estabelecidas por motivo de ordem pública ou em atenção aos bons costumes, encontram, desde a sua entrada em vigor, aplicação a todos os fatos desde que a lei não tenha previsto uma exceção. De conformidade com isso, as disposições do direito anterior que, de acordo com a concepção do direito novo, se opõem à ordem pública ou aos bons costumes, não encontram mais aplicação de pois da sua entrada em vigor.”

291 Julien Bonnecase. **Tratado Elemental de Derecho Civil** (Parte A), V. 1, Ed. Harla, p. 85: “Si bajo el imperio de la ley antigua nació una obligación subsistirá com los caracteres y efectos que le atribuía la ley antigua. Lo mismo há de decirse respecto a los derechos reales, cualquiera que sea sua naturaleza, considerados em su existencia como en su alcance.”

292 Limongi França. **A irretroatividade das leis e o direito adquirido**, Ed. RT, 1994.

e J. M. Leoni Lopes de Oliveira²⁹³, que ressalvam a possibilidade de retroação apenas na hipótese de um interesse social gritante; dentre outros autores, vale citar trecho da obra de Miguel Maria de Serpa Lopes²⁹⁴, em que o mesmo assim se pronuncia, **verbis**: “E a razão é óbvia: de qualquer modo, de duração perpétua ou limitada, os direitos reais ou direitos pessoais, ambos estão dirigidos por um princípio inelutável: o de que a lei posterior não pode prejudicar as situações jurídicas definitivamente constituídas, mesmo que, no domínio dos direitos reais, a lei nova tenha por objeto a abolição de um dado instituto jurídico.”

O novo Código Civil pareceu seguir a orientação acima, pois mesmo extinguindo a enfiteuse do rol taxativo dos direitos reais (art. 1.225), consignou o respeito a todos os aforamentos estabelecidos sob a permissão do Código Civil revogado, **ex vi** do disposto no artigo 2.038 do Código Civil vigente.

Eduardo Espínola e Eduardo Espínola Filho²⁹⁵ divergem, em parte, de tal posicionamento, estabelecendo que as mudanças pelas quais passam os direitos reais são sempre permeadas pelo inafastável interesse público que pode até mesmo sacrificar eventuais direitos adquiridos como aconteceu com a abolição da escravatura, dos feudos, dos fideicomissos, dentre outros. De seus preciosos comentários à Lei de Introdução ao Código Civil, colhe-se a seguinte lição: “Em regra, produzem efeito imediato as leis atinentes a direitos das coisas, isso porque o regime da propriedade e dos outros direitos reais, máxime no que se refere aos bens imóveis, apresenta um interesse predominantemente social e público, devendo sujeitar-se à nova disciplina.” Arrematam, ainda, dizendo que “o exercício do direito de propriedade, resolvendo-se numa série de faculdades, sofre a influência das leis sucessivas.”

IV – Algumas aplicações práticas do direito intertemporal no novo Código Civil.

1. Modificação da situação fática de detentor para a jurídica de possuidor.

Uma questão que poderá acarretar conflito intertemporal é a possibilidade, expressamente trazida pelo parágrafo único do artigo 1.198 do Código Civil, de se alterar a situação fática de detentor para a jurídica de possuidor.

De efeito, o Código Civil prevê a manutenção da **affectio tenendi** inerte à situação criada pela detenção, mas estabelece que a presunção que

293 Op. cit. ant., p. 299

294 Miguel Maria de Serpa Lopes. **Lei de Introdução ao Código Civil**, 1º V., Ed. Forense, p. 323.

295 Eduardo Espínola e Eduardo Espínola Filho. **A Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro**, 1º V., Ed. Renovar, 3a ed., pp. 345/346.

daí decorre é relativa, pois qualquer meio de prova legítimo (art. 332 do CPC) será hábil para provar o contrário.

Nesse diapasão, imagine-se a hipótese de um caseiro que tenha ficado no imóvel após a morte do seu patrão, ocasião em que nenhum eventual herdeiro cuidou de exercer a posse sobre o bem, assim como o Município não arrecadou o bem para si, em caso de inexistência de herdeiros.

Acresça-se ao fato do abandono a postura do caseiro que lá permaneceu no imóvel, criou seus filhos, construiu acessões no terreno, modificou a fachada da casa principal, recolheu o imposto que incidiu sobre o bem, em nome próprio ou em nome de outrem, conforme o caso, realizou benfeitorias, enfim, agiu perante o bem como se fora o verdadeiro proprietário, externando perante toda a sociedade o necessário *animus domini*, requisito subjetivo indispensável para a consumação da usucapião. Em um primeiro momento, já seria ele considerado possuidor e, portanto, aproveitaria os efeitos dessa situação, como a própria proteção possessória que antes não tinha e se não houver a interrupção do lapso temporal, necessário para a prescrição aquisitiva, sucederá em seu favor a usucapião.

Estabelecido o fato, importa que se indague acerca da possibilidade da nova regra atingir situações que se tenham formado sob a égide do direito anterior em que não existia essa norma de forma expressa.

A nosso sentir, trata-se apenas de reconhecer os efeitos da nova lei a uma situação jurídica continuativa que é a posse, de modo que é absolutamente possível o reconhecimento das situações criadas antes da vigência do parágrafo único do artigo 1.198 do novo Código Civil sobre o apontado fenômeno.

Serve ainda de argumento o fato de que o revogado artigo 492 do Código Civil anterior (atual art. 1.203) previa que o princípio de manutenção do caráter da posse também era tomado em caráter relativo e, ainda que minoritariamente, autores estrangeiros como Mirabelli²⁹⁶ e José de Oliveira Ascensão²⁹⁷, assim como Lenine Nequete²⁹⁸ e Darcy Bessone²⁹⁹ admitiam expressamente essa possibilidade unilateral de alteração do caráter da posse. Se é verdade que o detentor é um não-possuidor e a hipótese ventilada não é exatamente a mesma, também é verdade que não é uma situação totalmente inovadora.

296 Mirabelli. **Della prescrizione secondo la legge italiana**, Eugenio Marghieri Editore, 2a ed., p. 304.

297 José de Oliveira Ascensão. **Direitos Reais**, Coimbra Editora, 5a ed., p. pp. 92/93.

298 Lenine Nequete. **Da Prescrição Aquisitiva**, Ed. Porto Alegre, 2a ed.

299 Darcy Bessone. **Da Posse**, Ed. Saraiva, p. 110.

Por outro lado, a regra referida afina-se com as premissas ideológicas do novo Código Civil no tocante à Socialidade e a Operabilidade. A primeira, pois confere juridicidade à postura de uma pessoa que está dando função social ao bem e a segunda, será o Magistrado na concretude do caso, com as provas produzidas nos autos, que irá decidir se houve ou não alteração do título da apropriação e o momento em que esta se verificou.

Assim, aplicando-se o artigo 6º, *caput*, da LICC e conferindo-se uma interpretação extensiva ao parágrafo único do artigo 2.035 do novo Código Civil que estabelece ser de incidência imediata todas as regras que digam respeito à função social da propriedade, parece-me absolutamente possível ao Magistrado reconhecer situações fáticas pretéritas à entrada em vigor da lei, na medida em que estas se amoldem ao que dispõe o artigo 1.198, parágrafo único.

2. Supressão da enfiteuse

A enfiteuse é um instituto anacrônico e absolutamente divorciado do paradigma da função social da propriedade, pois confere direitos patrimoniais como o foro e o laudêmio a uma pessoa (enfiteuticador ou senhorio direto) que não está dando à terra a inexcedível destinação social. Bastando, para tanto, lembrar que a família imperial recebe desde a época do império, rendimentos sobre áreas de Petrópolis sem justificativa plausível.

Apesar de ser absolutamente interessante a extinção do instituto sem que ele deixasse nenhum rastro de eficácia, tal decisão legislativa afrontaria a Constituição da República, malferindo o direito adquirido do senhorio direto, uma vez que o artigo 679 do Código Civil de 1916 estabelecia que o contrato de enfiteuse é perpétuo, não sendo lícito, portanto, a retroatividade da lei.

Em razão da regra acima, o artigo 2.038 do novo Código Civil dispõe que: *“fica proibida a constituição de enfiteuses e subenfiteuses, subordinando-se as existentes, até sua extinção, às disposições do Código Civil anterior, Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916, e leis posteriores.”* Como pode facilmente ser verificado, houve o respeito ao direito adquirido do senhorio direto de receber os rendimentos inerentes à coisa aforada, mas ao mesmo tempo, proibiu-se a constituição de subenfiteuses, assim como o parágrafo primeiro proíbe que se cobre laudêmio sobre o valor das acessões incorporadas ao imóvel pelo enfiteuta.

Pela nova lei, não ficaria proibido o reconhecimento da usucapião de enfiteuse, tendo em vista tratar-se de modo originário de aquisição do direito real, pois a proibição legal alcança apenas a aquisição derivada que tenha a sua origem ligada à subenfiteuse.

No Projeto de Lei 6.960/20002, de autoria do Deputado Federal Ricar-

do Fiúza há a mudança do artigo 2.038 para contemplar a possibilidade de extinção do aforamento dos terrenos de marinha e acrescidos no prazo de dez anos, atingindo, portanto, com o Código Civil, matéria que está ligada ao direito público.

3. O novo instituto da expropriação privada – artigo 1.228, §§ 4º e 5º.

Abstraindo-se as questões relativas ao polêmico instituto, isto é, se ele é constitucional ou não, se pode recair sobre bens públicos ou não, sobre a sua natureza jurídica, cumpre discutir, no presente trabalho, se é possível a aplicação da regra para posses coletivas que tenham se formado antes da vigência do novo Código Civil.

Como se trata de um fenômeno similar à usucapião, poder-se-ia falar em incidência imediata da norma, como nos parece seja o caso da usucapião coletiva prevista no artigo 10 do Estatuto da Cidade que apenas regulamenta os artigos 182 e 183 da Constituição da República. Todavia, forçoso é reconhecer que nas disposições transitórias se encontra uma regra aplicável expressamente para a hipótese acima aludida.

Trata-se do artigo 2.030 que prevê um acréscimo de dois anos para a aplicação do parágrafo quarto do artigo 1.228. Deste modo, somente poderá ser utilizado o referido direito de aquisição forçada do imóvel reivindicado pelo considerável número de ocupantes que tenham dado função social ao imóvel e preenchidos os requisitos legais a partir do dia 12 de janeiro de 2005, data em que o novo Código Civil completará dois anos de vigência.

Essa foi a fórmula encontrada pela lei para não surpreender o proprietário dormidor e ao mesmo tempo assegurar a eficácia da nova regra de reconhecida socialidade.

4. A redução do prazo para a usucapião extraordinária

O novo Código Civil reduziu o prazo da usucapião extraordinária de vinte para quinze anos, surgindo a dúvida se há a possibilidade de incidência imediata da redução do prazo para o efeito de configuração de usucapião em razão de posses originadas sob a égide do direito anterior. Sobre a matéria, cumpre esclarecer que a Lei 2.437/55 reduziu o prazo da usucapião extraordinária que era de trinta para vinte anos e o Supremo Tribunal Federal chamado a se pronunciar sobre a questão, editou a Súmula 445 admitindo a possibilidade de a redução atingir as prescrições em curso. Assim é que, não seria surpresa se esse fosse novamente o critério adotado. Entretanto, há regra específica sobre a matéria na parte das disposições finais e transitórias. Trata-se do artigo 2.028 que assim dispõe: *“serão os da lei anterior os prazos, quando reduzidos por este Código, e se, na data de sua entrada em vigor, já*

houver transcorrido mais da metade do tempo estabelecido na lei revogada.”

Sobre a preocupação do legislador, registre-se a precisa lição de Miguel Maria de Serpa Lopes³⁰⁰, **verbis**: *“Entendemos que o efeito imediato é o princípio lógico, por se tratar de uma situação em curso, suscetível de mudanças pelo legislador, mas, de outro lado, não nos parece justo que se distenda a certas hipóteses que bem podem, pela surpresa, causar danos reais, ao próprio direito das partes. Bastante é imaginar-se a hipótese de uma nota promissória vencida, com 5 anos para prescrever, e que uma lei posterior reduzisse a 3 anos, prejudicando os direitos dos credores que tivessem títulos já vencidos por mais de três anos, e que por isso passassem a ser considerados prescritos imediatamente, por força do efeito imediato da nova lei. Em caso tais é de se acolher não só a doutrina de R.PORCHAT como ainda a de CLÓVIS BEVILÁQUA e EDUARDO ESPÍNOLA que sustentam (16) que se o prazo da lei nova é mais curto, cumpre distinguir: a) se o tempo que falta para consumir-se a prescrição é menor do que o prazo estabelecido pela lei nova, a prescrição se consuma de acordo com o prazo da lei anterior; b) se o tempo que falta para se consumir a prescrição pela lei anterior, excede ao fixado pela lei nova, prevalece o desta última, contado do dia em que ela entrou em vigor.”*

Deste modo, imagine-se o exemplo proposto em nossos comentários ao novo Código Civil³⁰¹ em que no dia da entrada em vigor do novo Código Civil já tivesse transcorrido dezesseis anos de prescrição aquisitiva (art. 1.238, *caput*, do novo Código Civil). Pela lei anterior, faltariam ainda mais quatro anos para se consumir a usucapião e aplicando-se imediatamente a lei nova já se teria efetivado a prescrição aquisitiva. Para muitos, a despeito de não se poder falar em direito adquirido em relação à prescrição e sim em expectativa de direito, tal situação seria injusta, pois o proprietário dormidor seria surpreendido pela nova lei, além de se colocar em risco a própria segurança jurídica.

Assim, com o objetivo de respeitar a incidência imediata da norma e, ao mesmo tempo, estabelecer um critério que, de certa forma, faça justiça ao usucapiente e ao proprietário dormidor, há que se recorrer à regra transitória do artigo 2.028 do novo Código Civil. Por ela, como já havia transcorrido, no exemplo proposto, mais da metade do prazo da usucapião segundo a lei anterior, aplica-se esta, e o prescribente somente será proprietário do imóvel após quatro anos da vigência do novo Código.

Por outro lado, se uma pessoa tiver, na data em que entrou em vigor

300 Ob. cit. ant., p. 351

301 Marco Aurélio Bezerra de Melo. **Novo Código Civil Anotado**, V. V, Ed. Lumen Juris, p. 59.

o novo Código Civil, nove anos de posse **ad usucapionem**, aplicar-se-á o prazo da lei nova e após seis anos ele será o proprietário do imóvel pela via originária da usucapião.

Para a prescrição aquisitiva, seria injusto em hipótese de já ter passado mais da metade do prazo para a usucapião segundo a lei antiga, que se contasse o prazo da lei nova por inteiro, pois chegaríamos à seguinte situação. Tome-se, por exemplo, que alguém tenha chegado no dia da vigência do novo Código Civil com uma posse **ad usucapionem** de 19 anos. Incidindo a lei nova por inteiro, haveria a necessidade de aguardar mais 15 anos para usucapir o imóvel, totalizando um prazo de 34 anos, fato que se divorcia do espírito da nova lei. Com redobrada vênia, conferindo-se a interpretação que estamos sugerindo, após um ano o interessado já teria usucapido.

5. As novas modalidades de usucapião

No tocante aos artigos 1.238, parágrafo único e 1.242, parágrafo único, que criam uma modalidade especial de usucapião social, relacionando a redução do prazo ao cumprimento da função social da propriedade, tais como moradia habitual e investimentos de interesse social ou econômico relevantes, aplica-se a disposição transitória prevista no artigo 2.029 do Código Civil que prevê uma regra objetiva para a solução do conflito da lei no tempo, nos mesmos moldes utilizados para a expropriação privada do artigo 1.228, § 4º.

A referida regra consiste em acrescentar dois anos ao prazo legal até dois anos após a entrada em vigor do novo Código, de modo que os direitos instituídos pelo novo Código Civil somente poderão ser perseguidos a partir do dia 12 de janeiro de 2005. Tal norma possibilita a que o proprietário tenha um prazo razoável para interromper a prescrição que corre em favor do possuidor, conciliando a segurança jurídica com a aplicação justa da nova norma jurídica.

6. Condomínio Edifício:

a) Valor da cota condominial proporcional às frações ideais (art. 1.336, I).

Trata-se da hipótese ventilada no artigo 1.336, I, do novo Código Civil que revoga em parte o artigo 12 da Lei nº 4.591/64, segundo a qual a referida possibilidade ficava entregue à autonomia da vontade dos condôminos, materializada por ocasião da feitura da convenção de condomínio. Trata-se de norma cogente, pois não se faz referência à possibilidade de disposição em contrário.

A nova previsão legislativa é mais justa que a anterior, pois o rateio das despesas condominiais tende a ficar mais equânime. Todavia, cria-se um problema de difícil solução, uma vez que o artigo 1.331, § 3º do novo Código

Civil determina que a fração ideal seja calculada em relação ao conjunto da edificação e em proporção ao valor da unidade imobiliária.

Melhor seria se o legislador determinasse que a fração ideal fosse calculada em proporção do tamanho da mesma em relação ao edifício, pois se permitiria um cálculo objetivo, bastando que se consultasse a fração ideal da Escritura de cada condômino.

A incidência imediata da norma criaria a dificuldade de se ter que proceder à avaliação de todos os imóveis do conjunto da edificação para se saber qual o novo valor da cota condominial. Esse equívoco, parece-me, que acabará por impedir tal possibilidade e apenas a partir das novas incorporações imobiliárias é que a incorporadora poderá atribuir um valor para as novas unidades autônomas e, por conseguinte, possibilitar a aplicação da nova lei.

b) Multa penitencial de dois por cento para atraso no pagamento da cota condominial (art. 1.336, § 2º).

O indigitado dispositivo legal prevê em caso de mora do condômino, a multa penitencial de dois por cento, contrariando o entendimento da quase totalidade dos operadores do direito que militam na área imobiliária. O novo Código Civil, parece-me, criou uma analogia com o Código de Defesa do Consumidor (art. 52, § 1º da Lei nº 8.078/90), quando é certo que as duas hipóteses são absolutamente distintas. Os hipossuficientes da vida condominial são os funcionários que, aliás, correm o risco de receberem o pagamento atrasado ou, até mesmo, não receberem, funcionando a norma como um incentivo ao atraso injustificado no pagamento.

De efeito, uma cláusula penal irrisória como a prevista em lei é um convite à inadimplência em um tipo bem particular de obrigação que deve ser paga religiosamente no dia do vencimento, tendo em vista os sérios compromissos do condomínio, tais como: pagamento dos funcionários, água, luz, conserto de elevadores, dentre outros. Importa assinalar, outrossim, que o rateio realizado é para fazer jus às despesas que irão se vencer e, para tanto, conta-se com a pontualidade de todos os condôminos.

Na mesma linha de raciocínio e apresentando uma solução mais razoável para o impasse acerca do montante máximo para a multa em caso de inadimplemento da obrigação de pagar a cota condominial, tivemos a oportunidade de votar a favor da sugestão encaminhada pelo eminente Professor Sílvio de Salvo Venosa e que se converteu no enunciado nº 96, aprovado na Jornada de Direito Civil, promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, no período de 11 a 13 de setembro de 2002, sob a coordenação científica do Ministro Ruy Rosado, do STJ, **verbis**: “*art. 1.336, § 1º - O condômino que não pagar sua contribuição ficará sujeito aos juros moratórios convencionados ou, não sendo previstos, de um por cento*

ao mês, e multa de até 10 % sobre o débito.”

Com relação ao direito intertemporal, isto é, para a hipótese de convenções de condomínio celebradas antes da nova lei e que tenham previsto, por exemplo, o **quantum** de dez por cento, apesar de reconhecer que inúmeros condomínios já estão conferindo incidência imediata à apontada norma jurídica, na situação em que a inadimplência tenha surgido após a vigência do novo Código Civil, parece-nos que, exigir-se a referida postura do Condomínio significa malferir o ato jurídico perfeito.

Por ocasião de nossos comentários ao Livro do Direito das Coisas³⁰² anotamos que, **verbis**: *“Pela redação do artigo 2.035 do Código Civil, o parágrafo primeiro do dispositivo legal anotado teria incidência imediata, independentemente do previsto nas convenções condominiais elaboradas sobre a égide do direito anterior em que era possível uma cláusula penal moratória de até vinte por cento. Com efeito, a indigitada disposição transitória prevê a possibilidade de os efeitos que se produzirem após a vigência do novo Código Civil a ele se subordinarem, como seria o caso de o condômino que estivesse em mora após a vigência da lei. Para defendermos o nosso ponto de vista nos parece importante observar a natureza jurídica da convenção de Condomínio. De efeito, o referido pacto condominial tem natureza de ato-regra, pois na sua confecção é autêntico negócio jurídico plurilateral em que os condôminos deliberam o que lhes parecer mais favorável e após o registro, este se assemelha a uma regra de direito em face da generalidade e da obrigatoriedade ultra partes de que se reveste. Pela natureza da convenção de condomínio, firme no artigo 5º, XXXVI, da Constituição da República a dispor que a lei não poderá prejudicar o ato jurídico perfeito e no artigo 6º, § 1º da Lei de Introdução ao Código Civil que traz a definição de ato jurídico perfeito, entendemos que a presente regra não poderá atingir as convenções de condomínio elaboradas sob a égide da lei de condomínios (art. 12, § 3º da Lei 4.591/64). Entender de forma diferente é malferir a Lei Maior. É bem verdade que em algumas situações relativas à mudança das regras para o reajuste do aluguel, o Supremo Tribunal Federal não entendeu que a norma era inconstitucional, sob o argumento de que as normas de ordem pública se aplicam imediatamente e não ofendem o ato jurídico perfeito, mas não se aplica ao caso vertente que trata de questão exclusivamente patrimonial. Concluindo, temos que a regra anotada somente se aplica para os condomínios edilícios, cujas convenções tenham sido celebradas após o dia 11 de janeiro de 2.002, data de publicação do Código Civil, pois em se tratando de norma cogente se*

302 Obra cit. ant. 178

*faz obrigatória com a publicação e não com o término da **vacatio legis** em 11 de janeiro de 2.003.”*

V - CONCLUSÃO

A primaz função do direito intertemporal a partir da vigência do novo Código Civil será delimitar e coordenar a aplicação de dois sistemas jurídicos que se sucedem no tempo. Para tanto, o Magistrado terá que ponderar os dois mais caros valores para a ordem jurídica que serão o de assegurar a proteção do indivíduo, sem se olvidar do interesse público na transformação do antigo regime para o atual que, como bem disse o filósofo e jurista Miguel Reale, assenta-se nas premissas filosóficas da eticidade, socialidade e operabilidade. ◆

Função Social da Propriedade

MELHIM NAMED CHALHUB

Advogado, Expositor da EMERJ

1. Considerações preliminares – A idéia da função social da propriedade não é nova, já tendo merecido atenção da doutrina cristã na Idade Média, mas é a partir do final do século XIX que ganha especial relevo, vindo a ser consagrada nas Constituições modernas

Com efeito, o crescimento e a diversificação da atividade econômica, no final do século XIX, levam a grande concentração societária do capital e ao surgimento da grande empresa, controladora da produção e do mercado. Ao mesmo passo, a doutrina marxista vê a propriedade como fator de supremacia do capital sobre o trabalho, seguindo-se a revolução russa de 1917 com a socialização dos meios de produção.

A idéia de que o direito de propriedade está ligado a um dever perante a coletividade aparece com nitidez na Encíclica **Quadragesimo Anno**, pela qual se procura distinguir o *direito* de propriedade e o *uso* da propriedade, preconizando-se a atuação do legislador no sentido de regular o exercício do direito de propriedade de acordo com as exigências do bem comum.

No campo jurídico e ideológico, sofrem restrições o privilégio especial e a proteção que caracterizava a propriedade individualista no século XIX, assumindo papel preponderante o exercício da propriedade como função social. Nesse contexto, sobreleva a utilidade social da propriedade, prevalecendo a idéia de que os bens devem ser dirigidos para a produção da riqueza, visando atender harmonicamente as necessidades do titular do direito de propriedade e o interesse da coletividade.

De outra parte, as transformações verificadas na atividade econômica induzem à racionalização da exploração econômica dos bens, em detrimento da posse pura e simples e, nesse contexto, ressaltam importantes alterações decorrentes do desenvolvimento da sociedade por ações, que viabilizou a transferência, para os administradores, dos poderes naturalmente atribuídos ao proprietário.

De fato, a partir da revolução industrial, a atividade econômica passou a exigir a aplicação de somas vultosas de capital, circunstância que coloca a sociedade por ações em posição de destaque como instrumento de captação de recursos para alavancagem da produção. Por essa forma, fraciona-se a propriedade da empresa, que passa a ser atribuída a um certo número de

acionistas e é expressa em títulos facilmente transferíveis; aí, a propriedade não mais recai sobre a coisa, na sua expressão material, mas passa a ter como objeto valores mobiliários, que exprimem o patrimônio da empresa, tornando-se irrelevante a posse direta sobre os bens integrantes do ativo da empresa, pois o poder de disposição do proprietário passou a ter como objeto a ação, que corresponde a uma fração do capital, e não mais os bens que constituem esse capital; os poderes de gestão direta sobre esses bens são atribuídos a administradores, enquanto que os acionistas só podem influir na administração da empresa por força de deliberações da assembléia geral ou através de um conselho de administração; assim, os gestores é que exercerão os poderes típicos do proprietário, estando reservado aos acionistas o proveito econômico da atividade empresarial, por meio da percepção de dividendos. Trata-se de uma das mais significativas alterações no conceito da propriedade, pelas quais “o direito passa da posse ao crédito e muda, sem dizê-lo, o sentido da palavra *propriedade*.”³⁰³

Esses novos contornos das relações sociais e econômicas vão revestindo a propriedade de configuração cada vez mais complexa, a partir da qual sua regulamentação há de se diversificar, segundo distintas situações proprietárias, como, por exemplo, a exploração da terra para fins agrícolas ou o uso e ocupação do solo urbano, a utilização de recursos tecnológicos, as atividades desenvolvidas no mercado de capitais, entre outras situações merecedoras de tutela.

2. Estrutura e função – Estrutura e função “respondem a duas indagações que se põem em torno ao fato. O ‘como é?’ evidencia a estrutura, o ‘para que serve?’ evidencia a função.”³⁰⁴ A noção de *função* está ligada à finalidade de determinado instituto ou direito e corresponde aos interesses objeto da tutela; a *função* indica a maneira como um instituto ou direito deve operar e, assim, delinea o perfil estrutural do instituto; é a função, segundo Salvatore Pigliatti, “a razão genética do instituto e a permanente razão da sua aplicação, isto é, sua razão de ser.”³⁰⁵

Juntas, estrutura e função modelam a natureza do instituto.

A *estrutura* do direito de propriedade é composta pelas faculdades de usar, gozar e dispor da coisa, bem como pelo direito de exclusão de terceiros, enquanto que a idéia da *função* está associada à utilidade da coisa; já a so-

303 RIPERT, George. **Aspectos jurídicos do capitalismo moderno**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1. ed., 1947, p. 141.

304 PERLINGIERI, Pietro, **Perfis do direito civil**. Tradução de Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 94.

305 **La proprietà nel nuovo diritto**, Milão: Dott. A. Giufrè, 1964, p. 300

cialidade da função diz respeito à “utilidade social dela resultante”.

Qual é, então, concretamente, a função da propriedade? *Para que serve o direito de propriedade?*

Essa indagação pode comportar respostas distintas, de acordo com a perspectiva ideológica considerada, mas é de se admitir que, sob qualquer perspectiva, “o direito de propriedade serve para fundar estruturalmente um mercado”, constituindo um sistema institucional que garanta o funcionamento do mercado. A característica desse mercado dependerá da configuração jurídica atribuída ao direito de propriedade, podendo o mercado “ser livre ou monopolista em virtude da capacidade das instituições jurídicas (o direito de propriedade em primeiro lugar) de canalizar no interesse de todos a atividade de cada um.”³⁰⁶ Entretanto, qualquer que seja a organização social considerada, a propriedade há de ser, obviamente, elemento sempre presente na estrutura da ordem econômica e social, não havendo dúvida de que o reconhecimento do direito de propriedade é fator de segurança jurídica e, conseqüentemente, de estabilidade social.

3. Função social da propriedade – Diferentemente da concepção individualista, que privilegiava o interesse do titular da propriedade, a tutela da propriedade, sob a perspectiva social, extrapola os limites do direito individual e passa a tutelar também o interesse social, na medida em que se reconheça que “o exercício dos poderes do proprietário não deveria ser protegido tão-somente para satisfação do seu interesse.”³⁰⁷

306 MATTEI, Ugo, “Desenvolvimentos institucionais do direito de propriedade”, **Revista Trimestral de Direito Civil**, v. 6, 2001, pp. 99/126. Sob a ótica liberal, “a propriedade privada serve para garantir a correspondência entre os investimentos e o risco (*inputs*) e o retorno dos mesmos” (BUCKLE, S., “*Natural law and the theory of property*”. *Grotius to Hume*”, Oxford, 1991, in MATTEI, Ugo, ob. e p. cit.). Segue a observação de Mattei: “O exemplo típico é o do agricultor que investe tempo, trabalho e dinheiro no cultivo da terra, somente porque sabe que a colheita será sua. Caso não pudesse ter certeza desta posse (em outras palavras, se soubesse que outra pessoa poderia impunemente subtrair-lhe o fruto de seu trabalho), não cultivaria a terra com tanto zelo. Nessa concepção, portanto, a função do direito de propriedade consiste em criar incentivos para a maximização dos investimentos produtivos, com um benefício social derivado da valorização dos recursos produtivos. O agricultor sabe que o ordenamento jurídico o tutela se alguém, sem sua permissão, levar a colheita, fruto do seu suor e de seu risco de empresa.” (ob. e p. cit.). Sob a perspectiva socialista, como, por exemplo, a experiência soviética no campo agrícola, a idéia fundamental era que a coletividade se responsabilizasse pelos investimentos necessários à exploração do potencial econômico da terra e essa mesma coletividade se beneficiasse dos resultados da exploração. Naquele regime, o Estado concedia um usufruto gratuito e perpétuo do solo às cooperativas agrícolas, cujo patrimônio era formado pelas máquinas, equipamentos e demais meios materiais necessários à exploração agrícola. O usufruto era uma espécie de concessão com a obrigação do concessionário de explorar a terra, sob pena de perdê-la em proveito de outros beneficiários.

307 GOMES, Orlando, **Direitos reais**, cit., p. 107.

A qualificação da propriedade pela sua função social não implica supressão dos poderes inerentes à propriedade, nem importa em negação da propriedade privada; antes, importa em legitimação da propriedade privada, capitalista, “e a compatibiliza com a democracia social que caracteriza os sistemas políticos contemporâneos”,³⁰⁸ de modo que a referência a uma propriedade dotada de função social é uma referência à propriedade privada, pois a propriedade estatal e a propriedade coletiva já nascem impregnadas da idéia da função social.³⁰⁹

Na medida em que essa qualificação social não desnatura os elementos da propriedade privada,³¹⁰ importa compatibilizar o direito subjetivo e a função, aquele condicionado por esta, mediante imposição de deveres, positivos ou negativos, visando o cumprimento da finalidade definida para os bens objeto do direito de propriedade, segundo sua natureza e de acordo com as diversas situações merecedoras de tutela especial.

Ao tratar dessa compatibilização, a lei poderá imprimir maior ou menor compressão sobre os poderes do titular da propriedade, numa interferência que, segundo Luiz Roldão de Freitas Gomes, atingirá o “conteúdo mesmo do direito, em que se inserem situações passivas impostas a seu titular em favor do Bem Comum, que vão insculpindo nova conformação desse direito, mais em harmonia com os princípios da coexistência dos direitos e da prevalência do social, que norteiam a evolução jurídica contemporânea.”³¹¹

A noção da função social da propriedade, bem como a da função dos bens sobre os quais recai, é construída a partir de um “critério delimitador do conteúdo da situação jurídica como conseqüência das *finalidades* definidas para os bens sobre os quais recai, o que supõe *novas limitações* do direito de propriedade e, em certas circunstâncias, a criação de novas obrigações e deveres concretos para seu titular.”³¹²

308 SCHREIBER, Anderson. “Função social da propriedade na prática jurisprudencial brasileira”. **Revista Trimestral de Direito Civil**. Rio de Janeiro: PADMA Editora, v. 6, abr/jun, 2001, p. 159.

309 GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. São Paulo: Malheiros, 2. ed., 2001, p. 269. Diz o autor: “A alusão à função social da *propriedade estatal* nada inova, visto ser ela dinamizada no exercício de uma *função pública*. E a referência à função social da *propriedade coletiva*, como vínculo a tangê-la, consubstanciará um pleonasma.”

310 Até porque “um direito de propriedade só é reconhecível como tal se nele se verifica a conjunção dos seus caracteres específicos: *ius utendi, ius fruendi, ius disponendi*” (DÍEZ-PICAZO, L., *apud* MOZOS, José Luís de los, **El derecho de propiedad: crisis y retorno a la tradición jurídica**. Madrid: Editoriales de Derecho Reunidas. 1993, p. 197).

311 GOMES, Luiz Roldão de Freitas, “O estatuto da propriedade perante o novo ordenamento constitucional brasileiro”, **Revista Forense**, Rio, v. 309, p. 25/32.

312 MOZOS, José Luís de los, **El derecho de propiedad...**, cit., p. 197.

Com efeito, o fato de o conteúdo da propriedade ser composto de poderes e deveres significa que o proprietário dispõe de um espaço mais limitado, dentro do qual pode satisfazer seus interesses individuais. Em razão de critérios delimitadores do conteúdo do direito de propriedade, seu titular é sujeito passivo de deveres e obrigações, que lhe impõem a utilização da propriedade num determinado sentido; essa delimitação de conteúdo, entretanto, não suprime o direito subjetivo do titular da propriedade, mas, não obstante, interfere no seu conteúdo, diminuindo as faculdades do proprietário, condicionando seu exercício e impondo o dever de implementar certas faculdades inerentes ao direito.³¹³

A função social, assim, conduz a novos contornos, em que o direito de propriedade se configura como uma situação jurídica complexa, ativa e passiva. Trata-se de concepção finalística, que conjuga direitos, deveres, obrigações e ônus, impondo “ao proprietário – ou a quem detém o controle, na empresa – o dever de *exercê-lo* em benefício de outrem e não, apenas, de *não o exercer* em prejuízo de outrem.”³¹⁴

Na atualidade, o princípio passa a merecer maior atenção, atribuindo-se, na caracterização da propriedade, maior relevância ao conteúdo econômico e social dos bens, considerada sua destinação e o adequado aproveitamento do seu potencial.

De fato, o expressivo crescimento da população e, particularmente, sua concentração nos grandes centros urbanos, aliada ao incessante surgimento de novos produtos e serviços indispensáveis à vida contemporânea, implica inevitável e crescente intervenção no ambiente e incremento da produção e da produtividade, visando atender as necessidades básicas de assentamento e de consumo. Nesse processo, não raras vezes o uso e a ocupação do solo se fazem de maneira inadequada.

De outra parte, a aplicação de novas tecnologias na exploração dos recursos naturais vem sendo feita de maneira desmedida e, muitas vezes, inseqüente, tudo isso contribuindo para acelerar a degradação da natureza e o esgotamento de certos recursos essenciais para as necessidades da vida.

Merece especial atenção o fenômeno da substituição da propriedade pelo crédito, que provoca importantes transformações na forma de apropriação dos bens, sua exploração e circulação, a que Emmanuel Levy qualificou como “substituição de um regime de posse por um regime de valores.”³¹⁵

313 PEREZ NUÑO, Antonio Enrique, *apud* Patrícia Izabel Torres Monteiro, “Idéia de função social da propriedade no ordenamento jurídico brasileiro”, Dissertação apresentada ao Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, março de 1999, p. 71.

314 GRAU, Eros Roberto, **A ordem econômica...**, cit. p. 275.

315 *Apud* George Ripert, ob. cit., p. 141.

De fato, a atividade econômica delineada a partir da revolução industrial pressupõe a necessidade de transformação das coisas em mercadorias, cuja aquisição se admite seja feita não somente para apropriação definitiva, perpétua, mas também temporária, para que sejam trocadas por dinheiro. Na sociedade industrial passa a prevalecer o interesse em *realizar* as coisas, mediante sua conversão em dinheiro, donde o valor da propriedade está associado à liquidez que o mercado lhe atribui. Para Gustav Radbruch, “a propriedade degenera, ao transformar-se no conceito de patrimônio ou de riqueza”, na medida em que o patrimônio é expresso em numerário e tende a converter-se sempre em dinheiro, sendo certo que o dinheiro, em si, não é uma coisa, mas um instrumento para se obter coisas, da mesma forma que o é o crédito. Observa Radbruch: “é evidente que as coisas, o dinheiro e os créditos, passaram a constituir na atual organização econômica uma nova unidade conceitual que está longe de coincidir, hoje, com o antigo conceito de propriedade, apenas cruzando-se com ela.”³¹⁶

Nessa perspectiva, o que conta é a circulação do direito, é a possibilidade de conversão da propriedade em dinheiro, em termos mais ou menos imediatos, bem como a mobilização patrimonial, e é isso o que dá a medida do valor da propriedade e lhe atribui liquidez, cujo papel é extraordinariamente relevante, em razão da necessidade de realização do potencial econômico da propriedade.

Na linha desses conceitos, o desenvolvimento do capitalismo financeiro passou a reclamar, cada vez mais intensamente, novas adaptações do direito de propriedade, para ajustá-lo às novas feições que a utilização dos bens e a circulação da riqueza assumem na sociedade contemporânea.

Caso típico é o dos fundos de investimento imobiliário, que são operados mediante intensa circulação do crédito, mas os direitos reais a eles relativos não se submetem ao modo e ao ritmo típicos da transmissão da propriedade imobiliária; é que esses direitos creditórios vinculados a imóveis são expressos em títulos mobiliários e, por isso, sua circulação ganha a agilidade típica da circulação de valores e crédito nos mercados financeiro e de capitais.

Os fundos de investimento possibilitam ampla disseminação dos direitos sobre a propriedade, pois os investimentos são divididos por cotas de participação e, portanto, acessíveis a grande número de pessoas, inclusive pequenos investidores. As cotas são negociáveis e podem circular com grande agilidade, nas Bolsas de Valores e em balcão, circunstância que pode emprestar ao investimento um grau de liquidez não experimentado pelos meios tradicionais de negociação de imóveis, cujo formalismo se mostra incompatível

316 **Filosofia do direito**. Coimbra: Arménio Amado-Editor, Sucessor, 5. ed., 1974, p. 275.

vel com a dinâmica da sociedade contemporânea.

Nesses negócios, a gestão da propriedade é atribuída a administradores profissionais, circunstância que torna a posição dos subscritores de cotas vulnerável e, portanto, merecedora de tutela, o que se faz pelo mecanismo da afetação, que assegura seu direito de seqüela sobre os bens que integram a carteira de investimento.

Essas e muitas outras situações em que se insere o direito de propriedade reclamam novas fórmulas, que atendam adequadamente as demandas da sociedade contemporânea. Não há dúvida de que, dada a diversidade das situações, a regulamentação há de ser peculiar, dada a função específica que a propriedade desempenha em cada uma das situações em que se apresentar.

Diante dessa diversidade, alguns autores falam do surgimento de tipos diferenciados de propriedade, “cada um dos quais assume um aspecto característico” (Salvatore Pugliatti), ou da “diversificação do direito de propriedade, no seu conteúdo, conforme o bem da vida que esteja em jogo, visando à função social da propriedade” (Ricardo Cesar Pereira Lira)³¹⁷, enquanto que outros, admitindo, embora, a necessidade de regulamentação diferenciada, entendem que não se justifica “modificar o conceito de propriedade, chegando-se a falar em *propriedades* e não em *propriedade*, esquecendo-se da unidade de conceito e da própria estrutura interna do direito de propriedade” (José Luís de Los Mozos).³¹⁸

Seja como for, a função social da propriedade condiciona o exercício dos poderes do proprietário, tendo em vista a destinação que, mediante critérios de política legislativa, se defina para certos bens, em determinadas circunstâncias.

Assim, a propriedade deve ser vista e regulamentada de acordo com a natureza dos bens sobre os quais incide – bens de produção, imóvel rural, industrial, urbano etc. –, e disso é exemplo o § 1º do art. 1.228 do Código Civil, pelo qual a função social da propriedade será caracterizada “de conformidade com a estabelecido em lei especial.”

4. Os princípios da Constituição de 1988 – Na linha desses conceitos, a Constituição Federal de 1988 garante o direito de propriedade em geral, mas exige o cumprimento de sua função social, de acordo com o que dispuser o direito positivo, segundo as peculiaridades de cada situação.

317 *Apud* LIRA, Ricardo Cesar Pereira, **Elementos de direito urbanístico**. Rio de Janeiro: Livraria e Editora Renovar, Rio, 1997, p. 161.

318 MOZOS, José Luís de los, cit., p. 164.

Nesse sentido, a Constituição distingue a propriedade urbana e a propriedade rural, cada uma com seu regime jurídico peculiar, sobre o qual o princípio da função social atua diferentemente, tendo em vista o tipo de utilização que a natureza do bem comporta (arts. 5º, XXII, XXIII, XXVI, 182, 184, 185 e 186).

No título VII — *da ordem econômica e financeira* — a Constituição reitera o princípio da função social da propriedade, associando-a à exploração dos bens de produção e ressaltando a função social da empresa (art. 170, II e III).

De acordo com esses princípios, a função social da propriedade corresponde a um poder-dever do proprietário, na medida em que, de uma parte, é reconhecida a faculdade do sujeito ativo de exigir a abstenção dos sujeitos passivos e, de outra parte, se impõe ao titular da propriedade, na condição passiva de adimplemento, o dever de utilizar a propriedade de acordo com o interesse coletivo.

A concepção decorre da convivência dos princípios constitucionais insertos nos incisos XXII e XXIII do art. 5º e nos incisos II e III do art. 170, que dispõem, de uma parte, sobre a garantia individual da propriedade e, de outra parte, sobre a exigência de sua destinação social, esta última que condiciona a valoração individual desse direito. São os casos específicos do art. 182, inciso I do § 4º, que prevê o *parcelamento ou edificação compulsórios*, caracterizando uma obrigação *propter rem* decorrente de lei de uso do solo que cria para o proprietário o dever de parcelar ou construir, vale dizer, nega ao proprietário o direito de *não-uso* da propriedade, e, bem assim, do art. 186, que, ao definir parâmetros para cumprimento da função social da propriedade rural, exige, entre outros requisitos, seja ela objeto de *exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores*.

Assim, segundo os princípios constitucionais, a apropriação e a exploração dos bens utilizáveis econômica e socialmente estão condicionadas ao cumprimento da função social, e esta, por sua vez, se amolda de acordo com a destinação do bem, de modo que, dependendo dessa destinação “e das relações sociais e jurídicas em que se insere, será especificada sua função social e, portanto, o conteúdo do direito de propriedade sobre ele incidente.”³¹⁹

A fixação desse balizamento comporta, evidentemente, construção doutrinária e legislativa que harmonize os princípios que, a par do direito subjetivo do titular da propriedade, condicionam o exercício dos seus poderes à realização da função social.

É nesse sentido que, na regulamentação do princípio constitucional de

319 TEPEDINO, Gustavo, “A nova propriedade (o seu conteúdo mínimo, entre o Código Civil, a legislação ordinária e a Constituição)”, Revista Forense, v. 306, p.74.

garantia de tratamento especial à propriedade produtiva, a Lei nº 8.629, de 1993, no seu art. 6º, considera produtiva a propriedade rural que, *explorada econômica e racionalmente, atinge, simultaneamente, graus de utilização da terra e de eficiência na exploração, segundo índices fixados pelo órgão federal competente*, definindo, nos §§ 1º a 8º desse mesmo dispositivo, os graus de utilização e eficiência da propriedade produtiva.

No que tange à propriedade urbana, a Constituição, consagrando inovação das mais relevantes, faculta ao Poder Público *exigir do proprietário do solo urbano, não edificado, subutilizado ou não utilizado, que promova seu adequado aproveitamento, sob pena de (...) parcelamento ou edificação compulsórios*. O vínculo obrigacional de caráter *propter rem*, aqui, impõe penalidade pela inércia do proprietário, se este deixar de destinar seu imóvel para os fins definidos no plano diretor da cidade. Nessa acepção, a lei do Plano Diretor haveria de impor ao proprietário uma obrigação de fazer, que acede ao terreno e cria para o proprietário o dever de prestar (promover o parcelamento ou construir), dever esse que incide sobre o próprio conteúdo do direito de propriedade, pois “desloca a concepção do direito de propriedade de exclusivo feixe de poderes, sobre a coisa, concedidos ao seu titular, para compreendê-lo, também, como explicitam juristas modernos (UGO NATOLI, ‘*La Proprietà*’, Milano, 1965, p. 127; RODOTÀ, ‘*Proprietà*’ **Novissimo Digesto Italiano**; G. ALPA, ‘*Nuovo Diritto Privato*’ UTET, 1985, ps. 316 e segs), sob a ótica de uma disciplina que incide sobre o conteúdo da situação jurídica do proprietário, que se apresenta também passiva, na medida em que se lhe impõem ônus e comandos obrigatórios visando ao interesse social da comunidade, sem compensação em seu patrimônio.”³²⁰

5. A função social da propriedade urbana: o Estatuto da Cidade –

Dada essa concepção, e a partir da consciência de que a configuração da cidade é fato coletivo dos mais relevantes, cuida a Constituição de retirar do titular da propriedade a faculdade de *não-uso*, nas hipóteses em que o plano diretor da cidade especificar determinado uso para a propriedade e determinar sua utilização, daí resultando que a propriedade ociosa, nas circunstâncias definidas no plano diretor, deixaria de exercer sua função social. Nesse contexto, o poder do proprietário de deliberar sobre o aproveitamento de seu terreno urbano vai cedendo lugar ao interesse coletivo, de modo que a faculdade de construir, em local de especial interesse urbanístico, passaria a ficar condicionado ao interesse coletivo.

Efetivamente, a contínua pressão de novas exigências de natureza so-

320 Luiz Roldão de Freitas Gomes, **O estatuto...**, cit., pp. 25/32.

cial ou econômica, no plano urbanístico, induz a permanente revisão do conceito de propriedade, visando à tutela do interesse coletivo em harmonia com o direito individual, e, nesse processo, ao lado dos novos delineamentos da propriedade, novas modalidades de intervenção do Estado também vão surgindo, dando origem a inovações significativas nos mecanismos de apropriação de terrenos urbanos, do direito de construir e de legitimação de posse, para assentamento da população de baixa renda. É o caso, por exemplo, da Lei nº 9.785, de 1999, que abre novas perspectivas para implantação de lotes urbanos, ao alterar a legislação sobre desapropriações e sobre o parcelamento do solo urbano, admitindo o registro da cessão de posse de lotes de terreno, nas situações que menciona.³²¹

Quanto aos fundamentos da propriedade imobiliária urbana, o Estatuto da Cidade (Lei nº 10.257, de 10.7.2001) veio fixar as diretrizes gerais a que devem se submeter as normas relativas aos Planos Diretores das cidades, com o “objetivo de ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes”, visando garantir adequadas condições de habitação, trabalho e lazer. Nesse sentido, estabelece normas específicas sobre a propriedade urbana, tendo em vista a realização de sua função social, notadamente nos seguintes aspectos:

a) garantia do direito a cidades sustentáveis, entendido como o direito à terra urbana, à moradia, ao saneamento ambiental, à infra-estrutura urbana, ao transporte e aos serviços públicos, ao trabalho e ao lazer, para as presentes e futuras gerações;

b) planejamento do desenvolvimento das cidades, da distribuição espacial da população e das atividades econômicas, de modo a evitar distorções do crescimento e suas influências negativas sobre o ambiente;

321 A nova legislação introduziu profundas inovações, que comportam reflexão sobre a natureza jurídica da nova posse, sobretudo (1°) quanto ao título da posse (provisório), que possibilita o imediato acesso da população carente ao terreno para moradia, e (2°) quanto à definição da posse como objeto de uma nova garantia imobiliária. De acordo com a nova lei, nas desapropriações para fins de implantação de loteamentos populares, a imissão provisória do poder expropriante na posse será registrada no Registro de Imóveis; o poder expropriante ou suas entidades delegadas poderão ceder ou prometer ceder essa posse, sendo esse ato também objeto de registro no Registro de Imóveis; a certidão de registro da posse passa a constituir título hábil para arquivamento do memorial de loteamento, por parte do poder expropriante ou de suas entidades delegadas, dispensada a apresentação de título de propriedade; na implementação do loteamento, o título do adquirente do lote será a cessão de direitos de posse; esses direitos podem ser objeto de garantia para fins de financiamento habitacional; uma vez registrada a sentença que, no processo de desapropriação, fixar o valor da indenização, a posse converter-se-á em propriedade e sua cessão será convertida em promessa de venda ou, se já tiver havido quitação do preço, a cessão da posse converter-se-á em compra e venda, *circunstâncias que, demonstradas ao Registro de Imóveis, serão averbadas na matrícula relativa ao lote.*

c) controle de ordenação e controle do uso do solo, de forma a evitar a utilização inadequada dos imóveis, o parcelamento, a edificação e o uso excessivos ou inadequados em relação à infra-estrutura urbana, o dimensionamento dos empreendimentos em vista das condições de transporte, a retenção especulativa de imóveis, entre outras;

d) fixação de padrões de produção, de consumo e de expansão urbana compatíveis com os limites de sustentabilidade ambiental, social e econômica do município e do território sob sua influência;

e) proteção, preservação e recuperação do ambiente natural e construído, do patrimônio cultural, histórico, artístico, paisagístico e arqueológico.

Para cumprimento dessas diretrizes gerais, o Estatuto da Cidade criou novas figuras em nome da função social, tais como a concessão de direito real de uso, a concessão de uso especial para fins de moradia, o parcelamento, edificação ou utilização compulsórios, a usucapião especial de imóvel urbano, o direito de superfície, o direito de preempção, a outorga onerosa do direito de construir, a transferência do direito de construir, a regularização fundiária, entre outras.

De outra parte, as cidades³²² deverão estabelecer um Plano Diretor, aprovado por lei municipal, que, ajustando as diretrizes gerais do Estatuto da Cidade às suas realidades específicas, constituirá o “instrumento básico de desenvolvimento e expansão urbana” (Lei nº 10.257/2001, art. 40). O conceito de função social da propriedade urbana haverá de ser aquele que estiver expresso no Plano Diretor, pois, de acordo com o § 2º do art. 182 da Constituição Federal, “a propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais da ordenação da cidade, expressa no Plano Diretor.”

As disposições do Estatuto da Cidade, assim como a do art. 1.228 do Código Civil, à luz dos princípios constitucionais pertinentes, deixam claro que só mediante lei é possível estabelecer condicionamentos ao direito de propriedade, afastando qualquer possibilidade de interferência do ato administrativo nesse campo, pois este, como assinala Perlingieri, jamais poderá estabelecer limites ao direito de propriedade “fora daqueles admitidos pela lei, ora porque lesivos da reserva de lei que caracteriza a propriedade, ora porque não-merecedores de tutela na medida em que são limitativos ou im-

322 Nos termos do art. 41 da Lei nº 10.257/2001, “o Plano Diretor é obrigatório para cidades: I – com mais de vinte mil habitantes; II – integrantes de regiões metropolitanas e aglomerações urbanas; III – onde o Poder Público Municipal pretenda utilizar os instrumentos previstos no § 4º do art. 182 da Constituição Federal; IV – integrantes de áreas de especial interesse turístico; V – inseridas na área de influência de empreendimentos ou atividades com significativo impacto ambiental de âmbito regional ou nacional.”

peditivos da função social ou da acessibilidade a todos, da propriedade.”³²³

6. O Código Civil de 2002 – Na linha desses mesmos conceitos, o Código Civil de 2002 prescreve novas regras sobre cumprimento da função social da posse e da propriedade.

Em matéria de usucapião, introduz importantes inovações, seja priorizando a situação possessória pela redução dos prazos de prescrição aquisitiva, em geral, mas, também, criando nova modalidade de usucapião fundada na noção da posse-trabalho, na qual é igualmente exíguo o prazo prescricional, caso o possuidor tenha estabelecido no imóvel sua residência e de sua família, e nele tenha realizado obras ou serviços produtivos. Aqui aparece com toda nitidez a prevalência do elemento social diante da inércia do titular da propriedade, tornando aquele que trabalha a terra e a faz produtiva merecedor de tutela do direito positivo, em detrimento daquele que, mesmo sob o manto de um título formal, permanece inerte, deixando de explorar o potencial econômico da terra.

Além disso, em situação semelhante, cria uma espécie de *expropriação judicial*, ao prever que, em ação de reivindicação, o proprietário pode ser privado do imóvel se este consistir em extensa área, na posse ininterrupta e de boa-fé, por mais de 5 anos, de considerável número de pessoas, e estes houverem realizado no imóvel, em conjunto ou separadamente, obras e serviços considerados pelo juiz de interesse social e econômico relevante. O juiz fixará a indenização correspondente e, uma vez pago o preço, a sentença valerá como título aquisitivo pelos possuidores, para registro no Registro de Imóveis (art. 1.228 e parágrafos). Aqui, mais uma vez sobressai a maior valoração jurídica da posse, em cotejo com a propriedade, na medida em que, apesar de ser devida indenização ao proprietário, a situação possessória prevalece, em detrimento do direito de propriedade.

De outra parte, o novo Código Civil condiciona o exercício do direito de propriedade à consecução de suas finalidades econômica e social e de modo que sejam preservadas a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas. No mesmo sentido, veda os atos que não tragam ao proprietário qualquer comodidade ou utilidade, e sejam animados pela intenção de prejudicar outrem.

Outras figuras que o novo Código Civil criou no campo da função social da propriedade são a revisão de normas relativas ao direito de vizinhança, a regulamentação do direito de superfície e a inclusão, entre os direitos reais,

323 Ob. cit., p. 229.

do direito real de aquisição do promitente comprador de imóvel.

Aspecto de especial relevância, no contexto dessas inovações, é a extraordinária ampliação do poder discricionário do juiz, pois é a ele que caberá, em cada caso concreto, preencher os conceitos enunciados pelo novo Código Civil, que, pela sua vagueza, deixa largo campo à interpretação do julgador. No caso da chamada *expropriação judicial*, por exemplo, o § 4º do art. 1.228 é praticamente todo formulado sobre conceitos vagos; diz que o proprietário pode ser privado do seu imóvel se esse “consistir em *extensa área*”, na posse ininterrupta e de boa-fé, por mais de cinco anos, de *considerável número de pessoas*, e estas nela houverem realizado (...) obras e serviços *considerados* pelo juiz de *interesse social e econômico relevante*.”

7. Conclusão – A concepção doutrinária e os exemplos colhidos do direito positivo mostram quão ampla e variável é a noção da função social da propriedade.

A matéria é polêmica, sobretudo pela dificuldade de se aferir a justa medida do equilíbrio entre os interesses extraproprietários e o direito subjetivo do titular da propriedade. É nesse ponto de convergência que se sustenta a coexistência do direito subjetivo e da funcionalização do seu conteúdo.³²⁴

A definição desse ponto de equilíbrio decorre de critérios de política legislativa, incumbindo ao legislador fixar, com a indispensável nitidez, a caracterização da função social em cada situação em que se mostre relevante o interesse social, de acordo com a natureza dos bens e com os contornos de cada situação proprietária (Constituição Federal, arts. 182 e 186 e Código Civil, art. 1.228, § 1º).

Trata-se, é verdade, de um “campo a ser arado”, um vasto campo a ser percorrido pelo legislador dentro do perímetro demarcado pela Constituição, que concilia a garantia do direito subjetivo e a consecução da finalidade social da propriedade, mediante adequada utilização do potencial produtivo dos bens. ◆

324 RODOTÀ, Stefano, “*Note critiche in tema de proprietà*”, *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, n° 1, 1960, p. 1297.

Reflexões no Processo Penal

CLÁUDIA MARCIA GONÇALVES VIDAL

Juíza de Direito do TJ/RJ

1. INTRODUÇÃO

As lições aprendidas nos bancos das Universidades muitas vezes **não são suficientes à solução imediata de alguns questionamentos** que vão surgindo na vida prática do operador do Direito.³²⁵

A leitura fria dos textos legais não rompe, por vez, com a humanidade exigida no caso concreto. Mas, há os que mesmo diante do caos criado pela **inexperiência** - ou mesmo despreparo - **do Legislador preferem usar da inteligência para a prevalência da negação jurídica, optando por arguições** - infundadas - **de nulidades.** Eis aqui, o *meu* protesto a tantas inflexões postas aos juízes antes da apreciação da causa.

II - DA INEXISTÊNCIA DE NULIDADE POR INSTRUIR A AÇÃO PENAL PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO PRESIDIDO POR PROMOTORES DE JUSTIÇA

Inexistindo referência em cláusula constitucional à exclusividade da Polícia Judiciária - nem mesmo no § 4º, do art. 144 da Constituição da República - **para a atividade investigatória, não se pode crer vedado ao Ministério Público o seu exercício.**³²⁶

Conferiu a Constituição da República, por outro lado, de forma expressa - em seu art. 129 - poderes ao parquet para **promover a ação penal pública** (inc.I); expedir notificações nos procedimentos administrativos de sua competência, requisitando informações e documentos para instruí-los, na forma da lei complementar respectiva (inc. II); **exercer o controle externo da atividade policial**, na forma da lei complementar (inc. III); **requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial**, indicados os funda-

325 Constitui-se o texto em uma coletânea de decisões.

326 "Têm-se como válidos os atos investigatórios realizados pelo Ministério Público, que pode requisitar esclarecimentos ou diligenciar diretamente, visando à instrução de seus procedimentos administrativos, para fins de oferecimento de denúncia" (STJ HC 13.368/DF 5ª Turma em 03.04.01) Em idêntico sentido : STJ HC 7445/RJ (RSTJ 131/313, RT 764/507, JSTJ 3/307, RMP 9/449, JSTJ 15/351) RHC 8025-PR; STF HC 75769/MG, HC 77.770.

mentos jurídicos de suas manifestações processuais.³²⁷

Evidente o contra-senso na adoção de uma interpretação sem sistemática que **reconhece os citados poderes ao Ministério Público, e lhe exclui o de investigar por si mesmo a prática de ilícitos**, mormente quando se revela omissa ou ineficiente a Polícia Judiciária. Polícia esta que se limita à confecção das peças técnicas, sem maiores preocupações com as demais provas.

A inércia confere legitimidade constitucional e interesse jurídico ao Ministério Público, que dirá quando há uma relação *direta ou mesmo indireta* do investigado com a própria Polícia Judiciária.

Repita-se. **A atribuição ordinária da Polícia Judiciária na apuração das infrações penais não lhe é exclusiva, podendo a investigação penal, em caráter eventual e extraordinário, ser exercida na fase pré-processual, por outras autoridades, inclusive judiciárias.**

É o que se conclui do próprio art. 33, parágrafo único da Lei Orgânica da Magistratura Nacional, ao dispor que tem o Tribunal ou o órgão especial competente para o julgamento que prosseguir nas investigações, quando há indícios da prática de crimes por magistrados. E as Comissões Parlamentares de Inquérito - previstas na Lei 1.579/52 - que originam inquéritos parlamentares que servem de base para o ato instaurador da instância penal? Inconstitucionais? É evidente que não.

A verdade é que **há mais de meio século encontra-se patente em Lei Federal** - art. 4º, parágrafo único, art. 12, art. 27, art. 39, § 5º e art. 46, § 1º do Código de Processo Penal - **que o Ministério Público pode presidir inquéritos policiais para investigação penal e nunca foi reconhecida a inconstitucionalidade dos citados dispositivos.**

Letra morta, também, seria considerado o art. 28 do Código de Processo Penal ao dispor que pode o parquet pedir o arquivamento de “quaisquer peças de informação”?

Estranho entendimento o que reconhece ao parquet o poder de arquivar, de requisitar, de instaurar a ação penal, mas que lhe relega a figura de mero espectador do insucesso - em regra patente - **da Polícia Judiciária.**

“Em verdade, como adverte a sã doutrina, quanto mais se mantiver o

327 “Não há ilegalidade nos atos investigatórios realizados pelo Ministério Público, que pode requisitar informações e documentos a fim de instruir seus procedimentos administrativos, visando ao oferecimento da denúncia. A atuação do órgão do Ministério Público não é vinculada à existência do Inquérito Policial - o qual pode ser eventualmente dispensado para a proposição da ação penal.” (STJ HC 12.685/MA 5ª Turma em 03.04.2001) Em idêntico sentido : STJ RHC 6128/MG Lex STJ v.106 jun/98/278; HC 10725-PB JSTJ 15/231; HC 12704/DF.

Ministério Público distanciado das fontes de prova, maiores riscos irão advir para a pretensão punitiva do Estado, atingindo não somente o parquet, mas também, e por via reflexa, a própria Magistratura, pois, só serão ajuizadas as causas que a Polícia permite.”³²⁸

Inexistente a usurpação da atividade investigatória. **Nem há impedimento normativo** - seja na Constituição da República, seja na legislação infraconstitucional - **que impeça o oferecimento da Denúncia pelo próprio Promotor de Justiça que presidiu o procedimento administrativo investigatório que a instrui**,³²⁹ que dirá ético.³³⁰

A questão é que **se “importa” a Doutrina Estrangeira** - notadamente, a Italiana - **esquecendo-se de que o Ministério Público** - no país - **tem seus atos sujeitos a controle judicial, seja na propositura da ação penal** -art.43 do Código de Processo Penal - **seja quando requer o arquivamento do inquérito policial** - art. 28 do C.P.P.- **ou das peças de informação, e, exercido por membros de outro poder.**

Não se vislumbra, por conseguinte, nenhuma razão jurídica para que outro seja o membro do parquet a oferecer a Denúncia.

328 Citação do Eminentíssimo Procurador de Justiça Sérgio Demoro Hamilton no **Parecer do Recurso Especial (que não pode deixar de ser lido) da decisão do HC 615/96/RJ** referindo-se a obra **Direito e Justiça no Brasil** de Hélio Bicudo.

329 “Com efeito, a questão acerca da possibilidade de o Promotor de Justiça desenvolver atividade investigatória objetivando colher elementos de prova que subsidiem a instauração de futura ação penal, é tema incontroverso perante esta eg. Turma. Como se sabe, a Constituição Federal, em seu art. 129, inc. I, atribui, privativamente, ao Ministério Público promover a ação penal pública. Essa atividade depende, para o seu efetivo exercício, da colheita de elementos que demonstrem a certeza da existência do crime e indícios de que o denunciado é o seu autor. Entender-se que a investigação desses fatos é atribuição exclusiva da polícia judiciária, seria incorrer-se em impropriedade, já que o titular da Ação é o órgão ministerial. Cabe, portanto, a este, o exame da necessidade ou não de novas colheitas de provas, uma vez que, tratando-se o inquérito de peça meramente informativa, pode o Ministério Público entendê-la dispensável na medida em que detenha informações suficientes para a propositura da ação penal”. (STJ HC 18060 em 07.02.02 5ª Turma)

“Investigações. Ministério Público. Ilegalidade Inexistente. Não é ilegal o oferecimento de Denúncia, com base em investigações feita pelo Ministério Público diretamente procurado pelos interessados e com base extraída de outra ação penal, que notícia ilícito ora apurado. Pelo que, descabe a pretensão de trancar a ação penal instaurada.” (HC 00666/02 - 1ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça).

330 “A participação na busca de dados para o oferecimento da denúncia não enseja, per se, impedimento ou suspeição do agente do parquet” (STJ RHC 6128/MG).

III - DA DECISÃO DE RECEBIMENTO DA DENÚNCIA

Exarada **decisão positiva** - determinando o prosseguimento do exercício do direito de ação - por estarem *presentes os requisitos formais* para o seu legítimo exercício, **não há que se afirmar não haver decisão fundamentada** - e, violadora do art. 93, inc. IX da Constituição da República - **quanto ao recebimento da denúncia.**³³¹

Pacificamente dispensada pelos Tribunais Superiores - que reconhecem inclusive a desnecessidade de fundamentação da decisão de recebimento da denúncia³³² - **não há que se afirmar não figurar o fundamento do recebimento da inicial** quando resta, ainda, consignado na citada decisão que estão *“presentes os seus requisitos”*.

Registre-se que a análise das condições da ação se faz - em razão da própria sistemática do texto do Código de Processo Penal - **com a admissão do prosseguimento do seu exercício. Ausentes os requisitos formais rejeita-se, in limine, a denúncia.**³³³

Recebida a denúncia - repita-se - **consideram-se presentes as condições da ação e os pressupostos processuais para o seu regular exercício, estando ausentes as hipóteses de rejeição.**

Significa dizer que não se precisa repetir na referida decisão que se está recebendo a denúncia porque o fato imputado é considerado, em tese, criminoso, ou, ainda, que se recebeu a denúncia porque instrui a inicial um Auto de Prisão em Flagrante.

Note-se que **se depreendem as razões de decidir da própria afirmação de que presentes os requisitos formais, se está determinando o prosseguimento da ação.**

Funda-se - é evidente - **o recebimento na constatação da correspondência entre o que consta descrito na inicial, e o disposto em Lei a exigir que se verifique a presença de indícios suficientes do fato e da autoria.**

Ousamos, portanto, discordar dos eminentes processualistas que não vislumbram constitucionalidade na citada decisão positivada.

In verbis os comentários :

331 “Estando o réu preso, a citação por mandado é prescindível bastando a requisição para o interrogatório” (STJ RHC 5185/PE 6ª Turma em 26.08.96) Em idêntico sentido: RT 575/470.

332 “O recebimento da denúncia, em regra, dispensa fundamentação” (STJ RHC 7059/SP 5ª Turma em 10.02.98). Em idêntico sentido: RT 662/279; RJDTACrim 14/102-3, 26/231, 28/253.

333 “Ao receber a Denúncia deve o juiz explicitar por que a recebe. É estreita a fronteira entre a aferição *prima facie*, da justa causa e o do pré-julgamento dos denunciados. Por isso, é prudente que não se estenda em fundamentações que ultrapassem os limites próprios estabelecidos pelo CPP art. 41 ou art. 43 do CPP.” (STJ HC 5041/SP 5ª Turma em 04.03.97)

“...o recebimento da denúncia ou queixa implica escolha judicial entre aceitação e a recusa da acusação, tendo, por essa razão, conteúdo decisório, a merecer adequada fundamentação. **É certo que o juiz deverá limitar-se a analisar a existência ou não de indícios suficientes do fato e sua autoria, sem incursionar pelo mérito, informado pelo princípio do *in dubio pro societate*, mas, não nos parece consentâneo com a nova ordem constitucional dispensar toda e qualquer motivação.**”³³⁴

“...À luz ainda do **garantismo penal**, não admitimos despacho de recebimento da denúncia sem fundamentação, pois, é garantia para todos os cidadãos que **todas as decisões judiciais serão fundamentadas, sob pena de nulidade**. A praxe de se receber a peça exordial **sem manifestar fundamentadamente as razões pelas quais assim se procede não encontra amparo na Constituição**, pois, todas as decisões judiciais devem ser motivadas, sem exceção.”³³⁵

A questão é que **reconhecida a adequação da inicial, instruída por um Inquérito Policial** - muitas vezes gerado com a própria lavratura do Auto de Prisão em Flagrante - **ou qualquer outra peça de informação, tem-se como certo** - procedido a sua análise - **a presença de indícios da autoria e a prova da materialidade**. Do contrário, estaria obrigado o juízo, sim, a indeferir a inicial.

Em outras palavras, **se inexistente uma prova mínima - *justa causa* - a autorizar o seu recebimento, a citada decisão não teria correspondência na norma a permitir o regular processamento da ação**.

Nem há que se afirmar que sequer poderia o juízo limitar-se a dizer que se encontra o seu fundamento no Inquérito Policial, - sendo necessária a indicação dos meios de prova que ensejaram o reconhecimento dos seus requisitos formais -, **quando se sabe que a sua admissão implica no deferimento das provas indicadas** na inicial. Dispensando que se afirme que com a oitiva das testemunhas a autoria se revelará - em tese - desvendada.

Em síntese, **a fundamentação existe como decorrência da autorização do prosseguimento da ação**. Apontar o citado recebimento como **danoso à vida do réu, não o torna “injusto” quando se verifica que se trata, tão-somente, de um juízo de delibação**.

Não se nega o caráter decisório do recebimento da inicial, mas **exigir que se estenda a decisão em sua valoração à formação de um juízo de verossimilhança constitui-se, indubitavelmente, em um prejulgamento**.

334 Capez, Fernando, *in* Curso de Processo Penal, p. 137.

335 Rangel, Paulo, *in* Direito Processual Penal, p. 428.

Repita-se. **Em sendo a presente decisão decorrente única e exclusivamente de um juízo de delibação** - em que exige a norma a constatação, tão-somente, da presença de requisitos formais para o prosseguimento do exercício da pretensão - **não há que se fazer uma apreciação prévia do mérito da causa**, indicando o juízo um a um dos testemunhos e das provas que o fizeram admitir, em tese, a pretensão.

IV - DA INEXISTÊNCIA DE NULIDADE POR AUSÊNCIA DE CITAÇÃO AO RÉU PRESO REQUISITADO

Garantia individual a legitimar o procedimento judicial, **consubstancia-se a *evocatio*** - como era denominada a citação pelos romanos - **em ato** pelo qual “se chama a juízo o réu ou o interessado a fim de se defender”³³⁶.

Essencial ao princípio do contraditório, **não se pode crer ferir a requisição do Acusado para o ato de interrogatório a sua natureza**, eis que **presente, em juízo** - lida a inicial - **lhe é cientificado, na íntegra, os termos da imputação**.³³⁷

Objetiva-se com a regular citação que tenha o Réu - seja na esfera cível, seja na esfera criminal - **a exata dimensão da pretensão que em face da sua pessoa é exercida. Daí se afirmar** não haver em nenhum texto legal vinculação do seu ***modus facendi*** aos meios de defesa.

Criaram-se, **sim**, mecanismos próprios para evitar **que, uma vez aperfeiçoada a relação jurídica processual**, não tivesse o Réu o exercício pleno da sua defesa. **É o que se depreende, s.m.j., da previsão da suspensão do processo quando citado por edital deixa o Réu de constituir patrono.**

Citar, isoladamente, as garantias previstas na Convenção Americana de Direitos Humanos³³⁸ - como sustentam renomados processualistas³³⁹ - **a indiciar o reconhecimento de uma posição de inferioridade processual do Réu preso requisitado**, constitui-se em um verdadeiro contra-senso diante de um sistema processual penal que **proibe que o seu silêncio seja interpretado em seu prejuízo e que consagra, no momento da decisão,**

336 art. 213 Código Processo Civil.

337 Registre-se não ser da “praxe do juízo” leituras rápidas e sem esclarecimentos da Denúncia ao Réu.

338 art. 8º, nº 2, alíneas “b” e “c” da Convenção Americana sobre Direitos Humanos - asseguram “a comunicação prévia e pormenorizada da acusação formulada” e a “concessão de tempo e dos meios adequados para a preparação de sua defesa”

339 Grinover, Ada Pellegrini, **As nulidades no processo penal**. Ed. Revista dos Tribunais, 6ª ed. 97, p.105

o princípio da presunção de inocência.

Inexistente o prejuízo, **encontra-se resguardada a sua defesa** através da requisição. **Entendendo em contrário seríamos obrigados a adotar em todas as hipóteses** - como se vê no art. 514 do C.P.P. - **a notificação prévia antes mesmo da citação** e entender por não recepcionado o texto do art. 360 do C.P.P., quando **sequer faz a Constituição da República menção a sua exigência.**

Repita-se. **Em sendo obrigatória a nota de culpa, a publicidade dos atos processuais, a comunicação do preso com a família, o direito ao silêncio e a possibilidade de ser a qualquer tempo re-interrogado, não se pode crer ter o Réu requisitado violado o seu direito à ampla defesa.**³⁴⁰

Não se pode olvidar que se o Réu não pode ser tratado como objeto do processo, **constitui-se a notificação prévia um verdadeiro óbice à imediata prestação jurisdicional.**

Formalismo desnecessário, **observa-se na sua obsoleta adoção uma razão de ser que não se faz presente na hipótese do preso provisório, qual seja, a de evitar a temeridade da pretensão.**

Note-se que **não estamos tratando de Réu que se vê surpreso ao chamado da justiça, mas, sim, daquele que se encontra no cárcere por força de circunstâncias que fazem presumir com mais veemência** - mormente quando preso em flagrante - **a sua concorrência para o fato delituoso.**

V - DA INEXISTÊNCIA DE NULIDADE DA AUSÊNCIA DE NOMEAÇÃO DE DEFENSOR PÚBLICO PARA O ATO DE INTERROGATÓRIO

Imprescindível a Defesa Técnica para o exercício concreto do princípio da Ampla Defesa, **não se pode crer ferir a sua essência a não nomeação de um Defensor Público para o réu antes da realização do ato de interrogatório.**

Reconhecido o interrogatório como um ato de autodefesa, não se pode olvidar constituir-se - daí a previsão ao *direito ao silêncio* - **em um direito renunciável por este. De sorte que o cerceamento em sua autodefesa somente existiria se fosse obstada a sua possibilidade de vir a juízo** - para influir sobre a formação do convencimento do juízo -, **de ser**

340 "O interrogatório, como ato do juiz, é, em princípio, imune à interferência das partes, não estando sujeito ao princípio do contraditório, razão pela qual a ausência do defensor ao ato não importa em nulidade do processo, mesmo porque facultado ao interrogando manter-se em silêncio. Precedentes" (STJ RESP 445094/RS em 04.02.03 6ª Turma). Em sentido idêntico: STJ RESP 450380/RS em 01.10.02 6ª Turma, HC 10161/RS, RHC 1.280-0/MG in Ementário 7/289. HC 71.280/1; Resp. 54.781/4; RTJACrim 29/410; TACrim-SP JUTACrim 24/201; RT 484/308.

re-interrogado a qualquer tempo, ou de se avistar com o seu defensor para a apresentação de sua tese defensiva.³⁴¹

Revela-se um contra-senso - repita-se - em um sistema processual penal que proíbe que o silêncio do réu seja interpretado em seu prejuízo, que consagra a presunção de inocência **quando do julgamento** e que não impede que **a qualquer tempo** venha a ser re-interrogado, entender o ato de interrogatório - **e, por via reflexa, a nomeação de um Defensor Público para a sua realização** - como condição imperativa ao exercício da Defesa.

Inexistindo preclusão para a realização do ato, não há como se afirmar que o réu não goza plenamente deste meio de defesa se não é orientado pela Defesa Técnica.

Assegurada a livre comunicação do Réu, em particular com seu Defensor - como dispõe a Convenção Americana de Direitos Humanos³⁴² - **não há que se afirmar o reconhecimento de uma posição de inferioridade processual ao Réu** que não constituiu advogado para o ato.

Inexistente o prejuízo, **encontra-se resguardada a ampla defesa** através da possibilidade de reinquirição.

VI - DA INEXISTÊNCIA DE NULIDADE ABSOLUTA EM RAZÃO DA DESOBEDIÊNCIA AO DISPOSTO NO ART. 514 DO CPP

A norma contida no art. 514 do Código de Processo Penal, ao dispor ser necessária a notificação do Acusado para apresentar resposta, **foi estabelecida, tão-somente, como forma de preservação da Administração Pública**. Busca-se evidentemente afastar a instauração indevida de ações penais em face de seus funcionários prejudicando a regularidade de suas atividades.

É o que nos ensinam eminentes processualistas:

*“Dois elevados interesses conduziram a lei a um procedimento diferente: o do funcionário, como tal, e o da Administração Pública que pode sair arranhada pela falta do funcionário. A lei penal substantiva protege a Administração Pública no que respeita à probidade...a lei de processo completa essa proteção cercando o procedimento de determinadas cautelas...”*³⁴³

“Essa defesa visa impedir o recebimento da peça acusatória inaugural, no

341 Grinover, Ada Pellegrini, **As Nulidades no Processo Penal**, 6ª ed. Ed. RT, São Paulo, p.77.

342 art. 8º, nº 2, alíneas “bd” e “c” da Convenção Americana sobre Direitos Humanos - asseguram “a comunicação prévia e pormenorizada da acusação formulada” e a “concessão de tempo e dos meios adequados para a preparação de sua defesa - direito do acusado de defender-se pessoalmente ou de ser assistido por um defensor de sua escolha e de comunicar-se, livremente, e em particular com seu defensor”

343 Tornaghi, Hélio. **Curso de Processo Penal**, v. I, 9ª ed. São Paulo: Saraiva, ano 95, p. 253.

Não há, portanto, como se reconhecer, ultrapassada a fase instrutória, a ocorrência de nulidade - absoluta - a não aproveitar os atos anteriormente produzidos, quando se vislumbra que eventual reconhecimento gerará um prejuízo ainda maior ao Estado, a possibilitar a incidência da prescrição da pretensão punitiva.³⁴⁵

Em nenhum momento se objetivou com a citada norma uma forma de ampliar a defesa dos Acusados.

Repita-se: **a ratio legis era estabelecer uma fase prévia** em que a acusação seria revista e, assim, se convencido o magistrado da incongruência da imputação, diante da reposta do agente, pudesse rejeitar de plano a Denúncia, **com o fim de preservar a Administração Pública.**

As normas devem ser pensadas em seu sentido instrumental. Daí, não se poder afirmar ofender o interesse público a ausência da citada defesa preliminar, quando já em sua fase final a ação penal.

Estar-se-ia, sim, violando o Princípio da Efetividade das Decisões Judiciais e da Inafastabilidade do Poder Judiciário, se presumíssemos a existência de uma suposta lesão ao interesse público, quando ao fim não se vê a Administração Pública verdadeiramente beneficiada.

Entendendo irrelevante a natureza da nulidade, ensina-nos Paulo Lúcio Nogueira :

“...É de se salientar que, no caso, se a nulidade não foi alegada no tempo oportuno, seja ela relativa ou mesmo absoluta, realmente não tem sentido anular o processo apenas para dar oportunidade à defesa preliminar, quando não houver prejuízo para o acusado, pois a rejeição da denúncia é medida excepcional...”^{354b}

A inobservância constitui-se em uma nulidade relativa.³⁴⁷ Em outras pa-

344 Capez, Fernando. **Curso de Processo Penal**, São Paulo: Saraiva, ano 97, p. 503.

345 “A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal assentou o entendimento de que, tendo a denúncia imputado ao paciente crimes funcionais e não funcionais, não se aplica o art. 514 do Código de Processo Penal, que trata da defesa preliminar. O fundamental, contudo, é que a resposta prévia do réu não constitui privilégio outorgado ao funcionário público, mas, ao contrário, um sucedâneo da restrição que lhe impõe a lei em obséquio do Poder Público, permitindo ao parquet o oferecimento até de denúncia nua, incompatível, por certo, com a nova ordem constitucional (art. 513 do CPP).” (HC 20887/SP em 10.03.03 6ª Turma). Em sentido idêntico: STF 73.099 /SP HC 70536/RJ.

346 Nogueira, Paulo Lúcio. **Curso Completo de Processo Penal**. 10. ed., Rio de Janeiro, Saraiva, 1996.

347 “A defesa preliminar é despicinda quando a exordial acusatória está supedaneada em inquérito policial. Além do mais, a eventual omissão só ganha relevância jurídica se evidenciar

lavras, não argüido em tempo oportuno e não demonstrado o prejuízo efetivamente causado, não há razão para o reconhecimento da irregularidade.³⁴⁸

VII - DA DESNECESSIDADE DE NOMEAÇÃO DE CURADOR AO MAIOR DE 18 ANOS E O MENOR DE 21 ANOS À LUZ DO ART. 5º DA LEI 10.406/02

Alterada a idade - com o advento da Lei 10.406/02 - **para o reconhecimento da capacidade civil plena** - hoje - **aos 18 anos**,³⁴⁹ **não mais se justifica a nomeação de curador ao réu para a sua inquirição na fase pré-processual ou processual** - art. 15, art. 194 e art. 449 do Código de Processo Penal - **de um representante para o exercício ou renúncia ao direito de queixa** - art. 33, art. 34, art. 50, 52 e 54 do Código de Processo Penal - **conceder ou aceitar o perdão, eis que coincidente a idade adotada à da responsabilidade penal.**

Referindo-se os citados dispositivos, tão-somente, a um conceito de menoridade relativa, não especificando as idades que ensejariam a incidência da norma - como se vislumbra no texto do art. 65, inc. I do Código Penal em que há referência expressa de que a circunstância existe quando o agente é menor de 21 anos e maior de 18 anos -, **não há dúvida de que o conceito de maioridade se vê definido pela Lei Civil.**

Aceita a existência de uma maturação biopsíquica, não mais se justifica essa *ratio essendi*.

Diferente, revela-se, contudo, as hipóteses em que a Lei faz uma expressa referência às idades que entende serem motivadoras de um tratamento diferenciado. Daí, não concebermos ter havido alteração na aplicação do art. 65, inc. I do Código Penal - que prevê a existência de uma atenuante ao menor de 21 anos - **e no art. 115, do mesmo texto legal** - que

prejuízo para o réu" (STJ RESP 271937/SP em 23.04.02)

348 "Para a declaração da nulidade por falta de observância do procedimento previsto no Código de Processo Penal, art. 514, por ser relativa, impõe-se a demonstração do efetivo prejuízo, bem como que seja reclamada no momento oportuno, sob pena de preclusão" (STJ HC 19072/SP em 07.02.02 5ª Turma).

Em sentido idêntico: STJ HC 15723/RS; HC 17563/MG; RHC 8770/SP, RHC 8191/SP; HC 15336/MS, RHC 9067/PR, RHC 87770/SP, RHC 8191/SP; STF RTJ 60/489; RT 586/432; 601/409; TJSP RT 568/285; TACrim São Paulo RT 559/360; RT 211/373; 238/343; 266/486; 363/191; 447/435; 456/459; 599/360-I; 566/272; 568/285; 569/392; 571/327; 610/457; 611/392; 625/379; 628/408 RTJ 110/111

349 art. 5º. A menoridade cessa aos 18 anos completos, quando a pessoa fica habilitada à prática de todos os atos da vida civil.

se refere ao prazo reduzido da metade quando é menor de 21.

Note-se que a razão de ser de tais dispositivos não está relacionada à capacidade civil do agente, do contrário não teria se preocupado o Legislador em alterar a redação dos artigos - Lei 7.209/84 - para evitar dúvidas exegéticas que se faziam presentes no texto anterior, nem teria feito referência expressa nos mesmos dispositivos ao maior capaz de 70 anos na data da sentença. Ressalvada, do mesmo modo, as hipóteses em que fosse o agente emancipado.

Pretendeu o Legislador referir-se, sim, a quem estava iniciando ou terminando uma vida, optando por diminuir a sanção de quem entende não ter maturidade psíquica e física ou daquele que se encontra em processo biopsíquico degenerativo. Entendimento que se vê assemelhado nas hipóteses previstas na Parte Especial - art. 217 do Código Penal - e em Leis Extravagantes - como na previsão de causa de aumento do art. 18, inc. III da Lei 6.368/76 - uma vez fazer a norma referência, também, expressa a idade a que entende ser necessário uma diferenciação.

Não há como descaracterizar o reconhecimento das citadas normas - repita-se - por não haver menção expressa à incapacidade civil do agente, quando se sabe que optaram apenas por se referirem a uma idade em que a imaturidade psíquica merece proteção.

Resta a indagação se o Legislador, também irá alterar a opção feita no Código Penal, entendendo que tais situações não mais se adequam à realidade em que se vive.

Preocupação que não se verifica no Código de Processo Penal, cujas referências restringem-se ao conceito adotado no âmbito civil. Entendido hoje como de pleno discernimento para prática de atos civis, que dirá quando já se via reconhecido como penalmente responsável.

Incontestada a sua capacidade absoluta no âmbito civil, **não há mais fundamento** - nem mesmo a possibilidade da incidência do Estatuto da Criança e do Adolescente ao maior de 21 anos, haja vista que pressupõe para a sua incidência a prática do ato infracional quando era o agente inimpunível - **para a manutenção de regras que visariam resguardá-lo.** ◆

Administração Pública e Constituição no Brasil: uma revisão necessária³⁵⁰

ROGÉRIO GESTA LEAL

Professor Universitário e Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul.

I. NOTAS PRELIMINARES

No presente estudo pretendemos abordar o quadro evolutivo do tratamento formal e comportamental – em linhas gerais – da Administração Pública no Brasil, notadamente a partir de sua dimensão normativo-constitucional, verificando que inovações ela tem enfrentado desde a edição da Carta Política nacional de 1988, bem como quais os paradigmas políticos que a estão informando hoje, em face da Sociedade Civil que lhe dá sentido e fundamento. Ao fim, buscaremos identificar que mecanismos e instrumentos administrativos jurídico-políticos podem servir à consecução das promessas constitucionais à comunidade nacional.

II. MARCOS CONSTITUCIONAIS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NO BRASIL

De uma certa forma, em nível de conceitos preliminares sobre a Administração Pública no Brasil, há um certo senso comum teórico³⁵¹ dos tratadistas especializados na área que identificam a Administração Pública como um conjunto harmônico e sistêmico³⁵² de ações jurídicas desenvolvidas pelos órgãos, os agentes e as atividades públicas do Estado e suas instituições, tendentes a realizar concreta, direta e imediatamente os fins demarcados pelos ordenamentos jurídicos³⁵³.

350 Trabalho apresentado no Congresso Brasileiro de Direito Constitucional, realizado no Rio de Janeiro, em outubro de 2003.

351 Originariamente esta expressão foi cunhada por Luis Alberto Warat, no texto “A ciência jurídica e seus dois maridos”. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2000, porém, não a estamos utilizando nesta acepção mais crítica, mas tão-somente enunciativa de tradição da doutrina nacional.

352 Nesse particular, há uma reflexão de FREITAS, Juarez. **A Interpretação Sistemática do Direito**. São Paulo: Malheiros, 1995.

353 Odete Medauar, no livro **Direito Administrativo Moderno**. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 31, assevera que *Em essência, o direito administrativo é o conjunto de normas e princípios que regem a atuação da Administração Pública. Incluem-se entre os ramos do direito público, por tratar primordialmente da organização, meios de ação, formas e relações jurídicas da Administração Pública, um dos campos da atividade estatal.*

Na mesma direção, a majoritária doutrina tem insistido no fato de que a atividade administrativa é a atividade de quem não é proprietário, mas de quem gera *negócio*³⁵⁴ alheio, onde o fim, e não a vontade, domina todas as formas de organização. Outrossim, jaz a atividade administrativa debaixo da lei que lhe assinala uma finalidade a cumprir³⁵⁵.

Ocorre que a Administração Pública, dessa forma, se se apresenta corporificada no conjunto de órgãos a serviço do Estado e, objetivamente, é a expressão do Estado agindo *in concreto* para a satisfação de seus fins de conservação, de bem-estar individual e coletivo dos cidadãos e do progresso social, também revela um aspecto instrumental da República Federativa e Democrática, viabilizada, notadamente a partir da Constituição brasileira de 1988, por forma de governo que conta, necessariamente, com procedimentos e mecanismos ensejadores da constante interlocução e participação dos cidadãos na gestão dos interesses públicos. Desse modo, a natureza do Poder Público é a de um *munus* público para quem o exerce, impondo o cumprimento fiel dos preceitos do direito e da moral social e administrativa que regem a sua atuação³⁵⁶.

Pode-se dizer, então, que, enquanto fim último da Administração Pública, e de uma certa forma retórico também, tem-se o bem comum da coletividade administrada. Tal finalidade última vem espargida no texto da Carta Magna de forma inconfundível, até em face de suas conformações normativas e axiológicas.

E neste particular, mesmo considerando a existência do princípio da unidade da Constituição, vigente desde há muito na tradição constitucional do Ocidente, segundo o qual todas as suas normas apresentam o mesmo nível

354 Veja-se a explícita conotação privatista que se dá ao tema.

355 Deixamos de discutir aqui as teorias que buscam conceituar o Direito Administrativo como ciência jurídica, tema que refoge da proposta deste texto. Para tanto, recomendamos o trabalho do professor MELLO, Oswaldo Antônio Bandeira de. **Princípios Gerais de Direito Administrativo**. Volume 1, Rio de Janeiro: Forense, 1969, bem como o de GORDILLO, Agustín. **Tratado de Derecho Administrativo**. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, Tomo I, 1998.

356 Estes preceitos não são meramente subjetivos, localizados no âmbito da arbitrariedade do Gestor Público, mas se encontram também e fundamentalmente dispostos em textos normativos cogentes, dentre os quais, no caso brasileiro, na Constituição da República de 1988, em especial em seus princípios fundamentais e direitos e garantias fundamentais, verdadeiras normas jurídicas válidas, vigentes e desejosas de eficácia social, portanto, auto-aplicáveis. Neste sentido ver GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. São Paulo: Malheiros, 1998.

hierárquico, existem, para a moderna teoria constitucional, duas modalidades distintas de normas dentro da Carta Política que estão a afetar diretamente os atos da Administração, a saber: as denominadas normas-princípios e as normas-disposições, compondo um integrado sistema jurídico.

As normas-princípios afiguram-se como mandamentos estruturais e indispensáveis à organização da regulação jurídica e ordenação social, ou, como quer Celso Mello³⁵⁷, *são disposições fundamentais que se irradiam sobre diferentes normas, compondo-lhes o espírito e servindo de critérios para sua exata compreensão e inteligência*. Em outras palavras, eles contêm valores políticos e sociais fundamentais ditados pela sociedade, de forma explícita ou implícita, concretizados em diversas normas da Constituição ou cuja concretização a Constituição impõe.

A contemporânea teoria constitucional alemã, com Hesse³⁵⁸, Häberle³⁵⁹ e sua versão portuguesa, com Canotilho³⁶⁰, dá conta de que os princípios são exigências de otimização abertas a várias concordâncias, ponderações, compromissos e conflitos, como os princípios do Estado Democrático de Direito, da igualdade, da liberdade etc.

No caso ainda da cultura jurídica brasileira tradicional (e desde ela), pode-se citar, a título de ilustração argumentativa, o ensinamento de Carlos Maximiliano³⁶¹, para quem *todo o conjunto de regras positivas representa sempre e apenas o resumo de um complexo de altos ditames, série de postulados que enfeixam princípios superiores. Constituem estes as idéias diretivas do hermenêuta, os pressupostos científicos da ordem jurídica*.

José Afonso da Silva, reconhecido constitucionalista brasileiro, denomina os mandamentos jurídicos do Título I da Carta de 1988, como princípios

357 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Elementos de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 1990, p. 230.

358 HESSE, Konrad. **Elementos de Direito Constitucional Alemão**. Porto Alegre: Fabris, 1991.

359 HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional**. Porto Alegre: Fabris, 1997.

360 CANOTILHO, José J. Gomes. **Direito Constitucional**. Coimbra: Almedina, 2000. Lembra o autor que, na sua qualidade de princípios constitucionalmente estruturantes, os princípios fundamentais devem ser compreendidos na sua ligação concreta com uma determinada ordem jurídico-constitucional, historicamente situada. Embora não sejam princípios transcendentais, eles podem ser sempre tomados como dimensões paradigmáticas de uma ordem constitucional justa, à luz de critérios historicamente sedimentados. Op. cit., p. 72.

361 MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. Rio de Janeiro: Forense, 1992, p. 92.

políticos-constitucionais, eis que configuram *decisões políticas fundamentais concretizadas em normas conformadoras do sistema constitucional positivo, e são, segundo Crisafulli, normas-princípio, isto é, normas fundamentais de que derivam logicamente (e em que, portanto, já se manifestam implicitamente) as normas particulares regulando imediatamente relações específicas da vida social.*³⁶²

Analisando a jurisdição destes princípios constitucionais, podemos deduzir que eles servem de base e teor dos governos e discursos normativos democráticos, pois colocam e mesmo buscam a concretização dos direitos a que se referem, sempre almejando a proteção e efetivação dos objetivos previamente traçados pelo poder constituinte. Em outras palavras, eles constituem fundamentos para juízos concretos de dever.³⁶³

Assim, temos condições de sustentar que a Constituição brasileira de 1988 tem, em seu título primeiro, elencados os princípios fundamentais que pautam a organização do Estado e da Sociedade brasileira, deduzindo como fundamentos da República a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana etc. Esta mesma República tem como objetivos a construção de uma sociedade livre, justa e solidária; garantir o desenvolvimento nacional; erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Como lembra Bonavides³⁶⁴, princípios como estes fazem transparecer uma superlegalidade material e se tornam fonte primária do ordenamento, eis que efetivos valores elegidos pela comunidade política local e, enquanto tais, afiguram-se como a pedra de toque ou critério com que se aferem os conteúdos constitucionais em sua dimensão normativa mais elevada.

No Brasil, entretanto, com a tradição de Constitucionalismo rígido e dogmático que tivemos e temos³⁶⁵, esses novos ideais e conjunturas não foram suficientes, ao menos em caráter expressivo, para sensibilizar os poderes instituídos oficiais, e tampouco as lideranças políticas nacionais, para que se pensasse uma forma mais integrada com o meio, em trabalhar e mesmo dar

362 SILVA, José Afonso da. **Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros, 2001, p.85.

363 Concordamos com ALEXI, Robert. **Teoría de los Derechos Fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, quando afirma que tanto as regras como os princípios são normas, porquanto ambos se formulam com a ajuda de expressões deontológicas fundamentais, como mandamento, permissão e proibição. Op. cit., p. 127.

364 BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 176.

365 Neste sentido ver o trabalho de BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Processo Constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 85.

efetividade e um significado mais crítico e coerente com o momento nacional aos dispositivos normativos constitucionais do país³⁶⁶.

Entendemos, a partir do referido, que os princípios constitucionais do título primeiro da Constituição de 1988, estão a vincular os atos oficiais do Estado Administrador na busca de dar concretude ao que pretendem os indicadores normativos da carta política em vigor, bem como a prestação de suas funções legislativas e judiciárias protetivas e instituidoras de políticas públicas voltadas àquele desiderato.

Aliás, a interpretação do texto constitucional, e em especial dos princípios constitucionais, na melhor doutrina contemporânea, *opera a mediação entre o caráter geral do texto normativo e sua aplicação particular; é um processo intelectual através do qual, partindo de fórmulas lingüísticas contidas nos textos, enunciados, preceitos e disposições, alcançamos a determinação de um conteúdo normativo. O intérprete desvencilha a norma de seu invólucro (o texto); neste sentido, o intérprete produz a norma. Assim, texto é diferente de norma: o texto é o sinal lingüístico; a norma é o que se revela, designa.*³⁶⁷

Assim, a qualquer hermenêutica que se pretenda instituir no âmbito da criação, fiscalização e aplicação das leis, impõe-se como necessária sua vinculação orgânica aos princípios constitucionais, definidores de uma escolhida concepção de homem e de mundo pela própria Sociedade, até porque o texto normativo não contém imediatamente a norma; esta é construída pelo intérprete no decorrer do processo de concretização do direito.³⁶⁸

A Administração Pública, por sua vez, sempre irá se referir a uma certa ordem jurídica positivada, e, como quer Caetano³⁶⁹, enquanto potencializada por ordens jurídicas que compreendem as normas reguladoras das relações de autoridade – entre sujeitos com poderes desiguais, portanto – para realização de interesses públicos, está intimamente ligada à Constituição Política vigente.

366 Neste ponto, ver o excelente trabalho de STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

367 Neste sentido GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 118.

368 Neste sentido ver MULLER, Friedrich. **Direito, Linguagem e Violência**. Porto Alegre: Fabris, 1995, e COELHO, Inocêncio Mártires. **Interpretação Constitucional**. Porto Alegre: Fabris, 1997.

369 CAETANO, Marcelo. **Princípios Fundamentais do Direito Administrativo**. Coimbra: Almedina, 1996, p. 19.

Nesta ótica, os princípios que informam o Estado Administrador Brasileiro, de um lado, são extraídos do texto constitucional e significam, pois, todo um conjunto de realidades e conjunturas políticas e econômicas que estão na base do quadro político e institucional vigentes; de outro lado, afiguram-se como elementos norteadores do sistema jurídico administrativo como um todo, condicionando os atos praticados pelos agentes públicos, no sentido de vê-los comprometidos nuclearmente com a implementação dos referidos princípios, direitos e garantias fundamentais.

Todavia, uma coisa é o plano formal de organização e gestão administrativa outorgado pelo sistema jurídico, outra, é a forma pela qual esta gestão é pensada e operada pelos atores por ela atingidos, Estado e Sociedade, tema que passamos a abordar.

III. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA SOCIAL E DEMOCRÁTICA DE DIREITO

Em termos de realidade nacional contemporânea, temos percebido que, para o atual governo brasileiro, a proposta e o modelo de Estado/Governo mais adequado para enfrentar os desafios que o país apresenta no final do milênio pode ser dado por uma social-democracia marcada pelo viés dos anos 90, a qual, genericamente, podemos nominar de fundada numa *Terceira Via*. Esta *alternativa* governamental, mesmo de um presidente de esquerda como o de Luis Inácio da Silva, pretende apresentar não apenas uma nova plataforma política, mas uma teoria da Sociedade contemporânea, acreditando na domesticação racional do mercado e seu redirecionamento para o humanismo³⁷⁰.

Como bem assevera Marilena Chauí,
*De fato, o núcleo duro do pensamento social-democrata, desde Bernstein, é que o socialismo (ou a propriedade coletiva dos meios de produção) pode ser e deve ser alcançado por reformas progressivas impostas ao capitalismo (ou a propriedade privada dos meios de produção), e não por meio de uma revolução. Entre o capitalismo e a revolução intercala-se um terceiro caminho, o da reforma, que humaniza o capitalismo e acumula forças para passar pacificamente ao socialismo. Esse pressuposto tornou-se realidade quando a social-democracia passou a operar com as idéias econômicas e políticas de Keynes e estabeleceu uma distinção entre economia liberal de mercado e economia planejada sob a direção do Estado.*³⁷¹

370 Ver texto de GIDDENS, Anthony. **A Terceira Via**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2000, p.39.

371 CHAUI, Marilena. "Fantasias da Terceira Via". In **Jornal Folha de São Paulo**, Caderno

As características fundantes do Estado e do Governo a partir desses pressupostos, na dicção de Guiddens, são:

(1) a crença na idéia de uma justiça social e na rejeição de uma “política de classes”, procurando apoio em todas as classes sociais, postando-se o governo como garante das condições para a expansão e o desenvolvimento da liberdade individual;

(2) a eleição do pressuposto de que cabe ao Estado preservar a competição; criar bases institucionais para os mercados; proteger contra a intromissão indesejada do mercado os bens públicos e culturais, assim como proteger as condições físicas e contratuais dos empregados;

(3) a promoção de uma reforma administrativa que torne o Estado um administrador *tão competente como uma grande empresa*, independentemente de critérios democráticos de procedimentos e tomada de decisões³⁷².

(4) a correção dos desvios e equívocos do Estado-Providência (burocracia, comodismo, passividade), reformando-o no sentido de estimular as parcerias (ou privatizações) com empresas, para a criação de empregos e serviços.

Com estas premissas, os últimos dez (10) anos de governo no país – desde Fernando Henrique Cardoso – têm se destacado, dentre outras coisas, por tentar implementar os itens 2, 3 e 4 acima referidos, imprimindo reformas de concepção, estruturação e gestão do Estado Administrador, porém, em nosso sentir, todas inexitosas em face do distanciamento que tomaram dos princípios constitucionais anteriormente referidos.

MAIS, edição de 19/12/1999, p. 04. Neste texto, a autora faz menção ainda às radicais contradições de pauta e conclusões entre a Terceira Conferência Ministerial da Organização Mundial do Comércio –OMC, em Seattle (EUA), em face da Reunião de Líderes Mundiais em Florença (Itália) no mês de dezembro de 1999. Lembra a autora, curiosamente, que *parece haver um problema de paternidade no ressurgimento da expressão Terceira Via: alguns pensam que foi usada pela primeira vez por Clinton, outros acham que foi introduzidos discursos de Tony Blair por conselho de seu mentor, o sociólogo Anthony Giddens, que, segundo os jornais brasileiros, deixou de ser apenas o guru de Blair para tornar-se leitura obrigatória dos assessores de FHC. A origem dessa fórmula, como reconhecem seus atuais proponentes, é pouco ilustre: foi empregada pelo fascismo para indicar um projeto e um programa econômico, social e político que se pretendia equidistante do liberalismo e do socialismo/comunismo. Reapareceu nos anos 40 nos discursos de Perón e consolidou o peronismo. Em outras palavras, outrora como agora, a idéia de Terceira Via tem a pretensão de colocar-se além da direita liberal e da esquerda socialista-comunista.*

372 Nessa concepção, como diz Marilena Chauí, no texto citado, o Estado democrático e contemporâneo democratizar-se-á operando por delegação de poder, referendos, plebiscitos, democracia direta nas localidades, transparência nos negócios públicos, em suma, por aumento da participação política com a estratégia de renovação e de incentivo à formação de comunidades solidárias.

Tentemos identificar, em apertada síntese, algumas razões de insucesso daquelas iniciativas, ao menos no que tange a pontuais itens elencados, condzidentes com o objeto de nosso trabalho.

Primeiro, a crença na idéia de um projeto político que possa implementar uma justiça social contando com a união de *todas as classes* é, para o Brasil, no mínimo, ingênua, eis que desconsidera que as diferenças entre estas classes são criadas pelo próprio modelo de agenda econômica internacional e nacional imposta pelas regras não muito controláveis de um mercado transnacionalizado, ao qual o país está totalmente entregue, bem como faz parte da lógica de acumulação dada. Neste sentido, o governo brasileiro tem se mostrado extremamente comprometido com as regras do jogo já estabelecidas, servindo de mediador da acumulação de capital, orientando-se pelas prioridades estabelecidas pelas instituições financeiras com as quais está comprometido.

Segundo, inexistem no Brasil políticas públicas que evidenciem a preocupação com a regulação das relações econômicas, a despeito da previsão normativa-constitucional do art. 174, da Constituição em vigor.

Terceiro, em nosso sentir, nunca existiu no Brasil um Estado-Providência³⁷³, mas tão-somente equívocos de comportamento privatista do Estado enquanto instituição jurídica e pública, servindo a interesses setoriais vinculados a elites hegemonicamente dominantes (banqueiros, industriais, grandes corporações).

Agora, no que tange à reforma administrativa capaz de imprimir novas tarefas e características ao Poder Público Administrador, aproximando-o do modelo desejado pela nova ordem econômica internacional, aí sim o Brasil observou bem a cartilha da novel social-democracia. Prova real disto é, dentre outras ações estatais, a Emenda Constitucional nº 19, de 04/06/1998, trazendo, por exemplo, um outro princípio informativo à Administração Pública, a saber, a *eficiência*. O que ocorre, é que a mesma emenda não indicou quais os critérios e indicadores para aferir tal eficiência, mas, por certo, eles serão fornecidos pela iniciativa privada, com o explícito intento de instituir um discurso de fragilização ainda maior da máquina estatal e justificar o projeto de privatização do espaço público.

Para as elites governistas, entretanto, a posição sobre esta matéria é a de que:

Existe uma forte relação entre a falta de debate democrático nos países latino-americanos e seu fracasso em alcançar e manter taxas de crescimento econômico maiores ou pelo menos iguais às dos países ricos. Falta-nos o

373 Aqui entendido como Estado promovedor e garante de direitos sociais e fundamentais.

*espaço público, não apenas fisicamente - as ruas não são seguras, mas socialmente. Se na Sociedade brasileira houvesse maior "common ground", ou seja, um conjunto de valores e crenças e de regras do debate comuns, teríamos um melhor Estado e melhores governos. E nossos resultados no plano econômico e no social seriam bem melhores.*³⁷⁴

Já que não há esse **common ground**, impõe-se, na perspectiva referida e nos comportamentos oficiais, ao revés do Estado e mesmo contra ele, garantir a setores estratégicos da economia nacional/internacional, não necessariamente produtivo, as condições necessárias para que a concentração de renda e lucros se perpetue, arcando toda a sociedade com o custo social consecutório.

Por óbvio que as feições de uma Administração Pública neste modelo vai se adequar às feições do Estado por ele desenhado, a saber, regulador de expedientes burocráticos e formais, principalmente aqueles que digam respeito à morosidade de atendimento das demandas efetivamente públicas que afetam a maior parte quantitativa da população, tudo justificado por uma cultura fomentada da ineficiência do velho Estado Nacional.

A partir da edição da referida Reforma Administrativa, o Estado deveria passar, por exemplo, a travar uma relação diferenciada com o servidor, exigindo profissionalismo, eficiência e orientação para resultados, a fim de limitar privilégios, garantir melhora qualitativa do desempenho do setor público, pôr fim à cultura burocrática, combater o nepotismo e racionalizar o aproveitamento das receitas públicas, o que materialmente não tem acontecido, haja vista que inexistente uma prioridade efetiva do governo federal e mesmo da maioria dos Estados da Federação com tais aspectos, possuindo ainda uma perspectiva meramente instrumental da máquina administrativa como serviente aos interesses dos governantes mais do que dos governados.

A par disso, ao editar a Emenda Constitucional n. 19/98, o legislador constituinte reconheceu que determinadas funções cometidas aos agentes públicos devem receber um tratamento jurídico especial, qualificado por um feixe mais denso de garantias e prerrogativas, para assegurar flexibilidade de gestão e agilidade aos órgãos estatais responsáveis pelo seu desempenho. Conseqüentemente, tais atividades, designadas como exclusivas de Estado, foram atribuídas a servidores profissionalizados, com carreiras estruturadas,

374 Conforme PEREIRA, Carlos Bresser. "A diferença está no debate". In **Jornal Folha de São Paulo**, edição de 20 de dezembro 1999, Seção Opinião, p. 01-03.

autonomia e independência para atuarem em prol do interesse público, sem, contudo, infra-estrutura e logística adequada para o enfrentamento de suas demandas.

Na verdade, a estrutura do Estado arquitetado pelos últimos governos e notadamente pelo governo Fernando Henrique Cardoso tem um perfil liberal e incisivamente conservador, a uma, porque não enfrenta o problema da concentração da riqueza e da renda nacional como elementos necessários à construção de um Estado com capacidade efetiva de atuação na área social e capaz de orientar um processo de crescimento econômico para o país; a duas, porque aquela reforma administrativa tem, em realidade, desmontado o Estado, a partir do aprofundamento da estratégia privatizante, inaugurada por Collor de Mello.

Isto tem se evidenciado pelo desmonte da máquina pública, com demissões de funcionários; à fragilização da economia nacional devido a abertura irrestrita das importações; o desmonte da seguridade social, através da supressão de direitos previdenciários e a quebra dos princípios do SUS - Sistema Único de Saúde, devido à criação das Organizações Sociais. Tanto é verdade que as áreas colocadas como estratégicas para a reforma do Estado foram: a privatização, a reforma administrativa e a reforma previdenciária, ficando para depois a reforma tributária, que não pretende alterar estruturalmente a concentração de riquezas e rendas no país.

Diante de uma perspectiva de gestão, as reformas foram colocadas como mera questão técnica, administrativa, sem conotações de ordem societária, embora representem uma alteração na estrutura e funcionamento do Estado brasileiro, com claro tom privatizante, sem qualquer preocupação mais consistente com a alteração do grave quadro social do país³⁷⁵.

Sem optarmos pelo viés do discurso panfletário, importa registrar que enquanto a Administração Pública brasileira se valer dos instrumentos normativos que existem à sua disposição – mesmo os propalados pela reforma administrativa - para tão-somente cumprir com pautas gerenciais formais, desconectadas dos interesses verdadeiramente públicos existentes, força é reconhecer que ela não terá outra função a não ser a de corroborador

375 Ver neste sentido, o texto de COSTA, Lúcia Cortes da. "Pesquisa & Debate". São Paulo, Programa de Estudos Pós-Graduados em Economia Política/Departamento de Economia da Faculdade de Economia e Administração da PUC-SP, v. 11, nº 17, 2000.

de ações públicas estéreis e distanciadas de políticas públicas sociais, evidenciadoras de uma racionalidade formal extremamente perversa, pois, em nome da legalidade, mantém-se inerte e silente em face das violações cotidianas dos direitos e garantias fundamentais da cidadania brasileira.³⁷⁶

Entendemos, por fim, que o Estado Constitucional Administrador, só pode ser concebido como espaço de controle e participação social no âmbito da gestão dos interesses públicos, contando com um estatuto e finalidades dogmaticamente estabelecidas pelo sistema jurídico pátrio, em especial, na sua norma fundamental-constitucional, a serem perseguidas não facultativamente, mas como única possibilidade de se efetivar o Estado Democrático de Direito anunciado.

Neste espaço público democrático é que vão se constituir as legítimas políticas públicas implementadoras dos vetores constitucionais e infraconstitucionais da ação estatal, todos vinculados aos objetivos e finalidades estampadas no Título Primeiro da Carta Política de 1988. Nos dizeres de Antônio Medeiros: *O intervencionismo e a participação estão na raiz do fenômeno da “politização do social”, o que significa que a demarcação da linha imaginária entre Estado e Sociedade fica cada vez mais tênue como decorrência da privatização da esfera do público e da politização da esfera do privado. Assim, a análise de políticas públicas não necessariamente se refere apenas às políticas geradas nas instituições propriamente estatais, devendo também levar em conta as políticas geradas nas instituições não-propriadamente estatais. Ou, como é mais freqüente, precisa referir-se às políticas geradas na imbricação da alavancagem propriamente estatal com alavancagem não-propriadamente estatal.*³⁷⁷

Veja-se que, a despeito de todo este perfil democrático que está a informar organização da sociedade brasileira, contando com a participação de toda a sociedade, impera ainda um modelo burocrático e endógeno de ges-

376 O conceito de uma racionalidade formal irracional é de MARCUSE, Herbert. *Idéias sobre uma teoria crítica da sociedade*. Rio de Janeiro: Zahar, 1982, p. 61. Sustenta o autor que no desenvolvimento do racionalismo capitalista temos então que o irracionalismo se converte em razão: a razão na forma de desenvolvimento forçado da produtividade, da pilhagem da natureza e dos seus recursos, de aumento dos stocks de bens. Essa razão é irracional porque, acrescida a sua produtividade, o domínio da natureza e da riqueza social convertem-se em forças destrutivas.

377 MEDEIROS, Antônio Carlos. “Em busca de paradigmas para a análise de políticas públicas”. In **Revista de Administração Pública**, Rio de Janeiro, Fundação Getúlio Vargas, 10(2): 241-56, abr/jun., p. 6. 1976.

tão. Afinal, se a burocracia foi criada a fim de fornecer serviços adequados, coordenando-os em grande escala e ser uma mediadora em conflitos entre grupos, na atualidade, ironicamente, as mesmas precondições que impeli-ram a invenção da burocracia têm levado determinados setores sociais a se organizarem em formas alternativas – como as organizações não-governamentais, por exemplo³⁷⁸.

Estas novas formas associativas vêm criando um novo cenário de articulações e mobilizações políticas, ampliando o leque dos atores que participam da Sociedade Democrática de Direito, o que enseja tanto um controle maior da Administração Pública como também destaca formas institucionais ou mais espontâneas de participação nela. Vejamos algumas.

IV. Mecanismos jurídicos e políticos de democratização da Administração

A premissa neoliberal que marca grande parte dos debates sobre qual o Estado Necessário em uma sociedade transnacionalizada e regida por mercados globais insistiu por longo tempo na tese do Estado Mínimo, ao qual caberia apenas garantir os direitos de propriedade, deixando ao mercado a total coordenação da economia. Além de ficcional, esta matriz estatal mostrou ser totalmente ilegítima em face do alto grau de complexidade e tensionalidade que atinge as relações sociais contemporâneas, não se podendo aceitar um Estado que apenas acrescenta às suas funções as de prover a educação, dar atenção à saúde e às políticas sociais compensatórias.

Ao contrário das promessas do mercado livre, o que se tem visto é que o Estado tem sido chamado cada vez mais a participar do processo de regulação e gestão dos conflitos inexoráveis de interesses existentes. O que varia é a forma que se dá esta participação: alguns Estados (como o brasileiro) pautando suas iniciativas por ações paternalistas e assistencialistas, concentradoras de poder; outros, procurando ampliar para o espaço público comunitário oportunidades de discussão, deliberação e execução de políticas públicas de gestão.

378 A burocracia é, assim, por sua própria natureza, coercitiva ao mesmo tempo que irresponsável - elimina a responsabilidade das fontes legítimas de seu poder - e estende essa corrente a todas as pessoas das mais altas às mais baixas no sistema. Neste sentido, ver o trabalho de CARVALHO, Nanci Valadares de. **Autogestão: o nascimento das ONGs**. São Paulo: Brasiliense, 2001.

Nesta perspectiva, o papel estratégico que as políticas públicas desempenham no capitalismo contemporâneo é tão importante que se torna irrealista propor que sejam substituídas pela coordenação do mercado, nos termos sugeridos pelo pensamento neoliberal, haja vista tanto o alcance que possuem em face das demandas emergentes, como a amplitude do campo de visibilidade que propiciam à opinião pública, afetas que ficam à sindicabilidade institucional e política.

Por tais razões, a reforma do Estado provocada pelo governo Fernando Henrique Cardoso tem como base epistemológica e teórica a experiência da nominada Administração Gerencial, emergida na segunda metade do século XX, como resposta à fragilização do Estado Tecno-burocrático, como modo de enfrentar a crise fiscal, como estratégia para reduzir o custo e tornar mais eficiente a administração de imensos serviços outorgados ao Estado e como um instrumento de proteção do patrimônio público contra os interesses do rent-seeking ou da corrupção aberta.

*O rent-seeking é quase sempre um modo mais sutil e sofisticado de privatizar o Estado e exige que se usem novas contra-estratégias. A administração gerencial; a descentralização; a delegação de autoridade e de responsabilidade ao gestor público; o rígido controle sobre o desempenho, aferido mediante indicadores acordados e definidos por contrato, além de serem modos muito mais eficientes de gerir o Estado, são recursos muito mais efetivos na luta contra as novas modalidades de privatização do Estado.*³⁷⁹

Ocorre que, salvo melhor juízo, esta perspectiva de Administração Ge-

379 PEREIRA, Luiz Carlos Bresser; SPINK, Peter Kevin. **Reforma do Estado e Administração Pública Gerencial**. 3.ed. Rio de Janeiro: Editora FGV,1999, p.29. Esclarecem os autores que o enfoque gerencial da administração pública emergiu com vigor na Grã-Bretanha e nos EUA depois que governos conservadores assumiram o poder em 1979 (governo Thatcher) e em 1980 (governo Reagan), o que levou alguns analistas a verem, nesse enfoque, uma visão intrinsecamente conservadora. Na Grã-Bretanha o gerencialismo foi aplicado ao serviço público imediatamente após a posse do novo governo, e levou a uma reforma administrativa profunda. Uma série de programas - o das Unidades de Eficiência, com relatórios de pesquisa e avaliação; o Próximo Passo, com as agências autônomas; e o Direitos do Cidadão - contribuiu para tornar o serviço público na Grã-Bretanha mais flexível, descentralizado, eficiente e orientado para o cidadão. O serviço público britânico tradicional passou por profunda transformação, perdeu os traços burocráticos e adquiriu características gerenciais. Isso ocorreu na Grã-Bretanha, no Canadá, na Austrália, na Nova Zelândia, no Japão e nos EUA. E ocorre atualmente na América Latina, incluindo o Brasil Op. cit., p. 30.

rencial se afigura muito mais como uma técnica administrativa do que a uma política de gestão, eis que este *managerialism* é visto como um conjunto de idéias e crenças que tomam como valores máximos a própria gerência, o objetivo de aumento constante da produtividade, e a orientação para o consumidor³⁸⁰.

Todavia, pelo que estamos sustentando, não é esta a orientação que se pode deduzir do texto constitucional vigente, alçando o cidadão a mero consumidor de serviços e ações públicas estatais voltadas para o atendimento de necessidades individuais no contexto coletivo. A dicção da Carta Política opera com outra lógica, que é a de uma cidadania orgânica e não letárgica, uma cidadania que antes de consumidora de serviços prontos e acabados, constitui a condição e possibilidade do espaço público, e, por isto, apresenta-se como co-responsável (solidariamente) pela definição de que Estados, serviços e políticas públicas são necessários visando ao atendimento não de interesses moleculares e subjetivos dos atores sociais, mas daquilo que interessa a maior parte quantitativa dos que são ou não alcançados por tais comportamentos.

Aqui temos, ao menos, duas metodologias de procedimentos que podem ser adotadas visando à concretização daquelas pautas normativas constitucionais (e infraconstitucionais), a saber: a descentralização da gestão propriamente dita e a delegação do poder de gestão.

Para Keeler, a delegação de poder e a descentralização estão intimamente ligadas, tanto na teoria quanto na prática, porém, são bem diferentes, uma vez que a delegação de poder diz respeito a quem cabe a responsabilidade pelas decisões; enquanto que a descentralização diz respeito a quem as executa. Pode haver delegação de poder sem descentralização de funções³⁸¹.

O argumento para adotar a delegação e a descentralização de poder é claro: a autoridade estatal para tomar decisões administrativas, tradicionalmente, esteve concentrada nos níveis mais altos da administração. A função

380 Como bem observa GRAU, Nuria Cunill. **Repensando lo público a través de la sociedad: nuevas formas de gestión pública y representación social**. Caracas: Nueva Sociedad, 1997, p. 39.

381 KEELER, John Thomas. "Opening the window for reform: mandates, crises, and extraordinary decision-making". In **Review of Comparative Political Studies**, v.25, p. 433-86. Princeton, 1999.

da descentralização e da delegação de poder deve potencializar as práticas administrativas para uma abertura de participação em todos os seus níveis. Se o objetivo é deixar (ou fazer) os administradores administrar, eles devem ter autoridade para fazê-lo. Em outras palavras, a partir do cânone da delegação, os administradores de nível mais baixo passam a ter maior autonomia para decidir, mas, ao mesmo tempo, passam a ter de prestar contas (mediante as avaliações de desempenho) pelo exercício desta autoridade. Em relação à desconcentração da gestão, outras ambiências precisam ser criadas no sentido de trazer à administração dos interesses coletivos o maior número de interessados e atingidos por ela.

Assim, se de um lado contamos com previsões normativas que dão ensejo às teses aqui levantadas da participação popular na gestão pública do cotidiano, de outro lado também contamos com as mesmas previsões demarcando possibilidades materiais de instrumentos e mecanismos para tal participação.

Esta participação, numa perspectiva habermasiana que adotamos, além da razão instrumental própria do sistema jurídico e institucional que informa o mundo da vida cotidiana da cidadania brasileira, passa a ser marcado por um outro tipo de racionalidade, notadamente comunicativa, fundada numa linguagem integradora das experiências sociais que delimitam a história da comunidade nacional e que se expressa, teleologicamente, na busca do consenso entre os indivíduos, por intermédio do diálogo, a partir de pactos semânticos e pragmáticos mínimos, também fruto da capacidade/necessidade de comunicação que se apresenta. Esta razão comunicativa se encontra na esfera pública do mundo da vida referido, constituída pelos elementos da cultura, sociedade e personalidade dos seus interlocutores³⁸².

Estamos, a partir destas premissas, trabalhando com um conceito distinto de sociedade, agora democrática e de direito, enquanto esfera simultaneamente pública e política, na qual a explicação da ação social se articularia com o movimento político de defesa da sociedade contra a penetração dos subsistemas – artificiais - nas formas comunicativas de ação³⁸³.

382 Enquanto que a razão instrumental no “sistema”, isto é, nas esferas da economia e da política (Estado), que, no processo de modernização capitalista, acabaram dominando e “colonizando” o mundo da vida. Neste sentido, ver o texto de HABERMAS, Jürgen. “*Teoría de la Acción Comunicativa*”. V. I. Madrid: Centro de Estudios Jurídicos, 2000, 201.

383 É importante assinalar que tanto o sistema quanto o mundo da vida são atravessados pelas

Veja-se que, o conflito entre Estado e mercado anteriormente destacado, de um lado, e estruturas interativas do mundo da vida, de outro, impulsionam este último a se organizar em movimentos sociais fundadores da democracia que, para nós, é a institucionalização, no sistema político, das sociedades modernas, dos princípios normativos da racionalidade comunicativa. A esfera pública é o local de disputa entre os princípios divergentes de organização da sociabilidade³⁸⁴.

Assim é que a Democracia, aqui, deixa de ser abordada enquanto fenômeno relacionado exclusivamente com as instituições políticas e passa para o terreno das formas de ação social que lhe garantiriam tal condição ao longo de um processo de modernização societária³⁸⁵. Em outras palavras, a idéia de democracia e de sociedade e administração pública democráticas – inseridas no texto constitucional de 1988 - implicam necessariamente uma noção processual de democratização, que deixa de ser passageira e funcional para tornar-se forma permanente e processo de ajuste entre legalidade e legitimidade, entre moral e lei. A adoção de uma concepção societária de democratização, pois, leva em consideração processos de limitação do Estado e do mercado identificados com o surgimento da cidadania e permite conectar a democracia enquanto prática societária com o horizonte político dos atores partícipes do processo de democratização³⁸⁶.

V. Considerações Finais

Ao longo deste trabalho procuramos avaliar de que forma a Administração Pública no país se tem moldado, formal e materialmente, notadamente

dimensões do público e do privado. No sistema, o público é o Estado, e o privado é a economia. No mundo da vida, o público é a participação política dos cidadãos, e o privado é a família.

384 Na teoria habermasiana o conceito de esfera pública tem posição central na formação da vontade coletiva. É o espaço do debate público, do embate dos diversos atores da sociedade civil. Trata-se de espaço público autônomo com dupla dimensão: de um lado, desenvolve processos de formação democrática da opinião pública e da vontade política coletiva; de outro, vincula-se a um projeto de práxis democrática e legitimadora do poder político, onde os cidadãos são capazes de exercer seus direitos subjetivos públicos. Ver op.cit., p.219.

385 Como quer THOMAS, Anderson. *“Democracy and Polity Development: some examples relating to environmental policies”*. In **Journal of Commonwealth and Comparative Politics**, v. 34, nº 3, p. 38-67, March. New York: Paulsen, 2003.

386 Ver o excelente trabalho de VIEIRA, Liszt. **Cidadania e Controle Social**. Rio de Janeiro: Editora Fundação Getúlio Vargas, 1999, p. 230 e seguintes.

em face do advento e a partir da Constituição de 1988, haja vista os seus quinze anos da publicação. Materialmente, como vimos, a resistência de velhas culturas e concepções de administração centralizada no Estado e seus órgãos têm dificultado o alargamento de espaços participativos de gestão, tornando a ação administrativa uma instância muito mais técnico-burocrática do que política e social.

Todavia, no que tange às dimensões formais conquistadas pelos últimos tempos, fundamentalmente da década de 1980 em diante, do século passado, o que pudemos observar é um incremento de instrumentos e mecanismos (até experiências) voltados à participação na administração dos interesses públicos – estes inclusive constituídos em uma interlocução comunitária -, dentre os quais alguns pretendemos abordar para uma síntese conclusiva deste ensaio.

Ao lado de alguns clássicos institutos políticos e jurídicos de participação, criados ou fortificados pela Idade Moderna, tais como a representação política propriamente dita, via partidos políticos e o sufrágio, os movimentos constitucionalistas do século XX criaram outras possibilidades de envolvimento da sociedade com os poderes instituídos, através de exigências comportamentais dos órgãos públicos responsáveis pelas ações de gestão, dentre os quais podemos destacar: a publicidade, o dever de informação, o direito de obter-se certidões sobre temas de legítimo interesse justificado, o direito de petição³⁸⁷.

Também no campo legislativo, o Texto Político vigente veio a confirmar a importância da participação popular no cenário da administração da *res pública*, haja vista as disposições dos arts. 27, parágrafo 4º; 29, XIII; 61, caput e parágrafo segundo, disciplinando esta participação na criação de leis locais, estaduais e federais – a despeito de apresentá-la como mera possibilidade -, raramente utilizada pela tradicional forma de legislatura também concentrada no âmbito da representação política partidária e oficial.

Sem fugir muito de sua tradição republicana, a opção do constituinte brasileiro em garantir um espaço de consulta popular em que o cidadão é chamado a manifestar-se sobre fatos de interesse da comunidade, quase sempre no sentido de dar-lhe ou não valoração jurídica, restou contemplado na

387 Todos estes plasmados no país pela Carta Constitucional de 1988: art. 5º, XIV, XXXIII, XXXIV, LX. Neste sentido, ver o texto de MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Direito de Participação Política**. Rio de Janeiro: Renovar, 1993.

ordem constitucional pela figura do plebiscito, nos termos dos arts.14, I; 18, § 3º e § 4º; 49, XV, regulamentado pela Lei Federal nº 9.709, de 18/11/1998. Considerando-se que, para os efeitos da Administração Pública, tem-se entendido que as matérias decorrentes de decisão plebiscitária as vinculam, compreende-se por que não se tem utilizado este instituto como forma de consulta ou debate social, uma vez que é possível inclusive à autoridade pública definir em quais outros casos específicos se pode utilizá-lo à consulta popular³⁸⁸.

A título exemplificativo, defendemos a tese de que se podem prestar à matéria plebiscitária questões que envolvem a legitimidade do exercício do poder político, tais como as atinentes à concretização e operacionalização dos direitos e garantias fundamentais, decisões econômicas e sociais de grande relevo e que envolvem a comunidade como um todo, direta ou indiretamente, a saber: decisões e projetos urbanísticos, ambientais, de serviços públicos etc.

Na mesma linha de ampliação dos espaços de participação popular junto à Administração Pública temos o referendo, oportunizando ao cidadão o direito de manifestar-se sobre decisões de órgãos legislativos ou administrativos, com o propósito de mantê-las ou desconstituí-las. Neste sentido, a Constituição de 1988, em seus arts.14,II, e 49, XV, igualmente regulamentado pela Lei Federal nº 9.709, de 18/11/98, fixou a competência do Congresso para autorizar o seu emprego. Como bem lembra Diogo Neto³⁸⁹, a competência do Congresso é só para autorizar o instituto, o que significa que ela não pode, de ofício, determinar sua realização.

Ao lado destes institutos mais tradicionais, outra experiência interessante de participação social que tem se conseguido construir normativa e materialmente – com todos os riscos de cooptação ideológica e aparelhamento estatal – é a dos Conselhos Municipais, Regionais, Estaduais e Federais, que têm funções múltiplas, desde assessoramento em matérias estratégicas,

388 O STF já pacificou entendimento no sentido de que o instituto é de natureza administrativa e não eleitoral, motivo por que deve ser apreciado jurisdicionalmente pela justiça comum e não, a eleitoral. Assim, cabe ao Congresso legislar sobre ele e, por ser matéria administrativa, Estados e Município podem discipliná-lo, guardadas as devidas coerências com as disposições jurídicas atinentes às competências das entidades federativas.

389 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Direito de Participação Política**. Rio de Janeiro: Renovar, 1993, p.112.

tais como o Conselho da República e do Conselho da Defesa Nacional (arts.89 a 91, da Constituição de 1988), até funções de controle e de gestão de políticas públicas, como os Conselhos Municipais (da Criança e do Adolescente, do Meio Ambiente, do Plano de Desenvolvimento Urbano, da Mulher etc), e os Conselhos Estaduais (de Desenvolvimento Regional, de Energia e Meio Ambiente etc), previstos e ordenados por normativas próprias³⁹⁰.

Outras experiências que poderiam ser potencializadas no Brasil, respeitando a dicção constitucional de participação social no âmbito da Administração do interesse público – o que demandaria toda uma regulamentação adequada – é a coleta de opinião periódica sobre temas e iniciativas/ idéias envolvendo políticas públicas. Também o debate comunitário em audiências públicas, oportunizando a oitiva da cidadania sobre matérias nas quais estejam em jogo interesses da coletividade, seja concreto ou abstrato. Veja-se que é a própria Constituição de 1988 que já prevê tais iniciativas e ações, nos termos dos seus arts. 204,II, versando sobre as políticas públicas de assistência social e 216, parágrafo primeiro, tratando da proteção da cultura no país.

Agora, com a emergência de uma complexa rede de movimentos sociais organizados que surgem no cenário político e institucional do tecido social brasileiro, tais como as chamadas Organizações Não-Governamentais e as Associações Civas de múltiplas funções e atribuições, há uma nova configuração de poder político molecular no âmbito dos assuntos de governo e de administração pública que precisa ser repensada, exatamente para viabilizar meios de interlocução legítima e atendimento das demandas que são organicamente veiculadas aos poderes instituídos, e que, se não atendidos, criam focos de tensão e deslegitimação deste Governo e por vezes do próprio Estado, fomentando o surgimento de espaços não oficiais de solução das demandas (as vezes por formas ilícitas e violentas)³⁹¹.

390 Ver nosso trabalho LEAL, Rogério Gesta. “Gestão Pública Compartida e Organizações Sociais: um novo paradigma à Administração Pública”. In **Direitos Sociais e Políticas Públicas**, Tomo I. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2001, p.35/72. Algumas disposições constitucionais vigentes são claras a este respeito: arts. 29, XII; 204, II; 206, VI; 227, parágrafo primeiro.

391 Ver o texto de ALEINIKOFF, Alexander. *Semblances of sovereignty: the constitution, the state, and american citizenship*.Cambridge: Harvard University Press, 2002.

Para início de conversa, há bons elementos sobre o tema que podem nos fazer pensar as possibilidades da concretização constitucional de uma Administração Pública Democrática de Direito. ◆