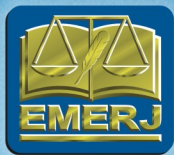


ISSN 1415-4951
(versão impressa)



Revista da

EMERJ

Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

Volume 4 n° 14 - 2001



ISSN 1415-4951
(versão impressa)

REVISTA DA

EMERJ

v. 4 - n. 14 - 2001
Abril/Maio/Junho

Rio de Janeiro

© 2001, EMERJ

Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro - EMERJ

Revista doutrinária destinada ao enriquecimento da cultura jurídica do País.

Conselho Editorial:

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

Coordenação: Des. Décio Xavier Gama

Produção Gráfico-Editorial da Assessoria de Publicações da EMERJ

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

Apoio Cultural: Banco do Brasil

Impressão: Infra-Estrutura Gráfica Banco do Brasil

Tiragem: 2.500 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

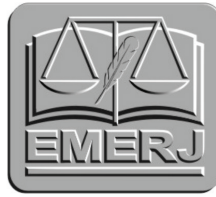
CDU 34(05)

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: (0XX21) 533-6642 / 533-5644 / 588-3376 - Fax: (0XX21) 533-4860

E-mail: emerj@tj.rj.gov.br



A ESCOLA DO JUIZ

DIRETORIA DA EMERJ

Diretor-Geral

Des. Sérgio Cavalieri Filho

Conselho Consultivo

Des. Celso Guedes

Des. Paulo Sérgio de Araújo e Silva Fabião

Des. Wilson Marques

Des. Sylvio Capanema de Souza

Des. Luiz Roldão de Freitas Gomes

Des^a. Leila Maria Carrilo Cavalcante R. Mariano

Presidente do Conselho de Conferencistas Eméritos

Des. José Joaquim da Fonseca Passos

Diretor de Estudos e Ensino

Des. Luiz Fux

Supervisor das Coordenações de Área

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

CLÁUDIO VIANNA DE LIMA

O Diretor-Geral, que deu forma e vida definitiva à ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO, já não se acha mais entre nós. O Desembargador Cláudio Vianna de Lima faleceu a 2 de maio de 2001, com 78 anos de idade, e deixou uma lacuna nas letras jurídicas nacionais.

A ESCOLA, no âmbito da Justiça Estadual, se achava ainda no plano das idéias quando o espírito pioneiro do Desembargador Cláudio, então como Vice-Presidente do Tribunal de Justiça, começou a idealizar e a redigir os projetos de atos regimentais da futura EMERJ. Preparou, então, o anteprojeto da lei que deveria ser submetido ao Órgão Especial do T. J. Essas normas formam a estrutura concebida pelo seu primeiro Diretor para a atual organização de ensino e de difusão da cultura jurídica do Rio de Janeiro. Acompanhando de perto a aprovação daqueles atos e da Lei na Assembléia Legislativa, esteve atento aos pormenores de funcionamento da futura entidade, que fez localizar no 11º andar do Palácio da Justiça.

O ato seguinte foi a abertura das primeiras inscrições para cursos regulares de preparação para a magistratura, nos quais os bacharéis em direito podem se aprimorar para se submeter ao Concurso de Ingresso na carreira.

Quando passou à inatividade no Tribunal, permaneceu na Direção da Escola e não esmoreceu. empolgado sempre com as centenas de estagiários que se matriculavam, a cada semestre, para desenvolvimento de sua

capacitação profissional na área do Direito. Convocou, o Diretor entusiasmado, uma verdadeira seleção de mestres, dentre magistrados, membros do Ministério Público e juristas consagrados para o oferecimento de ensino de excelência.

Passou a EMERJ a constituir-se em centro de referência de ensino e de cultura, com a presença, em simpósios, seminários, e simples encontros ou simples debates, de juristas, ministros e professores renomados que atraem sempre público de alto nível cultural, especialmente após a transferência de sua sede para as novas instalações do 4 ° andar.

Cláudio Vianna, autor de livros na área de Direito Processual Civil e Arbitragem, divulgou a EMERJ em suas viagens e conferências pelo país. Patrocinou a edição de livros e se dedicou ao tema da Lei nº 9.307/96 que regulou o arbitramento como forma de solução extrajudicial dos conflitos, inclusive na consultoria que prestava sobre o assunto à Associação Comercial do Rio de Janeiro. Viu ingressar inúmeros alunos seus, das Faculdades em que lecionou, nas diversas carreiras jurídicas e, especialmente, na magistratura. Dedicava-se por último à advocacia na área em que se tornou um especialista: o Direito Arbitral.

A Escola da Magistratura do Rio de Janeiro, embalada nos sonhos do Desembargador Cláudio Vianna, como educador, magistrado e professor, verá refletir-se para sempre em sua trajetória de ensino profissional, a figura veneranda e a imagem de quem também lhe apontou o seguro caminho por mais de sete anos.

DES. DÉCIO XAVIER GAMA
Coordenador da Revista

SUMÁRIO

O MERCADO ÚNICO E AS FONTES DO DIREITO PRIVADO EUROPEU 11 *Alfredo Calderale - Professor das Universidades de Bari e de Foggia, Itália*

1. O direito privado europeu: do mercado comum ao mercado único. 2. Diretivas e regulamentos comunitários: a eficácia nas ordenações dos Estados membros. 3. A tutela jurisdicional das situações subjetivas. – 4. As medidas comunitárias e as fontes do direito italiano. 5. O direito contratual europeu e a formação do mercado único. – 6. As escolhas técnicas do direito privado europeu para a estruturação do mercado único.

O PRIVILÉGIO PÚBLICO DO RECURSO DE OFÍCIO NO PROCESSO CIVIL 34 *Hamilton Carvalhido - Ministro do STJ*

O *due process of law* como garantia indissociável do duplo grau de jurisdição. A pluralidade de instâncias inexistente nos primórdios. O art. 475 do CPC. A remessa dos autos ao tribunal, haja ou não apelação voluntária. Tratamento desigual das partes. Normas de direito estrito. A exclusão do inc. I, do art. 475, do CPC (anulação de casamento).

AS CLÁUSULAS ABUSIVAS NOS CONTRATOS COM CONSUMIDORES NO DIREITO BRASILEIRO E NO ITALIANO 42 *Luiz Roldão de Freitas Gomes - Desembargador do TJ/RJ*

I. Cláusulas abusivas. II. O rol das cláusulas abusivas e seus efeitos. III. A cláusula geral de boa-fé. IV. As cláusulas abusivas no Direito italiano. V. Breves comentários.

A TUTELA DE URGÊNCIA NA JURISDIÇÃO DE FAMÍLIA. CAUTELARES. TUTELA ANTECIPADA 51

Luiz Fux - Desembargador do TJ/RJ

Os direitos indisponíveis do Direito de Família e a possibilidade de, nas hipóteses de direitos indisponíveis, ser exercida a jurisdição de ofício na tutela de urgência. Os princípios constitucionais do irrestrito acesso à justiça e do devido processo legal como fundamento da tutela de urgência. A tutela cautelar satisfativa e a antecipada do Direito de Família (art. 888, do

CPC). O Juízo de mera probabilidade e as medidas cautelares extremamente enérgicas. O requisito da prova inequívoca conducente à verossimilhança das alegações. O prazo do art. 806 para propositura da ação e a singularidade do Direito de Família que pode tornar inaplicável aquele requisito. A mera aparência do direito e a “evidência do direito” que deve ser exigida no caso de tutela satisfativa.

AS MICROEMPRESAS NOS JUIZADOS ESPECIAIS

62

Luis Felipe Salomão – Juiz de Direito do TJ/RJ

I. Apresentação. II. Introdução. II-2. A pessoa jurídica litigando como autora nos Tribunais de Pequenas Causas. A experiência do Direito Comparado. III. A pessoa jurídica como autora nos Juizados Especiais brasileiros. III-2. A vedação do acesso da pessoa jurídica aos Juizados Especiais. IV. A questão da microempresa. IV-1. Evolução do conceito. IV-2. A situação atual. V. As microempresas como autoras nos Juizados Especiais. V-1. Previsão legal. V-2. Conceito de microempresa para fins do art. 38 da Lei nº 9.841/99. V-3. Conceito de microempresa no Estatuto (Lei nº 9.841/99) e na Lei do SIMPLES (Lei nº 9.317/96). V-4. A prova da condição de microempresa para fins do art. 38 da Lei nº 9.841/99. V-5. Igualdade de tratamento e a questão da microempresa no pólo ativo. V-6. A representação em Juízo da microempresa. VI. Estatísticas. VII. À guisa de conclusão.

SOCIEDADE ANÔNIMA, SUBCAPITALIZAÇÃO, DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA DA SOCIEDADE ANÔNIMA

74

Joaquim Antonio de Vizeu Penalva Santos – Desembargador do TJ/RJ

Os casos de desconSIDERAÇÃO da personalidade jurídica de uma sociedade mercantil (8). A subcapitalização quando é manifestamente insuficiente para o exercício da atividade empresarial. A desproporção entre o âmbito, o volume dos negócios e o capital próprio. O empréstimo de sócio à sociedade. Responsabilidade do controlador da sociedade de controle, em caso de desfalque de capital.

ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA – UMA VISÃO CRÍTICA

78

Luz Roberto Ayoub – Juiz de Direito do TJ/RJ

I. Introdução. II. Da prisão civil do depositário infiel. III. Da ação de busca e apreensão e suas conseqüências - art. 3º, do Decreto-lei nº 911/69.

III-1. Alienação do bem, objeto da alienação fiduciária. III-2 – Da alienação extrajudicial e o garantidor. IV. Conclusão.

DUPLICATA - ASPECTOS JURÍDICOS E DISCUSSÕES ATUAIS

87

Ronald Amaral Sharp Junior - Professor de Direito Comercial

I) Conceito de Duplicata; II) Legislação aplicável; III) Semelhanças e distinções entre a Letra de Câmbio e a Duplicata; IV) Consequências advindas do pressuposto causal da Duplicata; V) Requisitos; VI) Formas de aceite; VII) Protesto cambial, seus efeitos, necessidade e responsabilidade; VIII) *Duplicata virtual*; IX) Cobrança judicial; X) Crime de duplicata simulada.

JUIZADOS ESPECIAIS MUNICIPAIS COM JUÍZES ELEITOS

95

– UMA PROPOSTA

Gabriel de Oliveira Zefiro – Juiz de Direito do TJ/RJ

I. Introdução. II. Raízes históricas. III. Composição do órgão julgador e sua competência. IV. O procedimento. IV-A. Dos recursos. V. Das necessárias alterações constitucionais. VI. Conclusão.

JURISDIÇÃO CRIMINAL - UM POUCO DA SUA HISTÓRIA

107

Jorge Alberto Romeiro Jr. - Desembargador do TJ/RJ

Povos primitivos. Antiguidade. Roma. Grécia. Período medieval – o processo germânico. Processo canônico inquisitório. Sistema processual misto. Brasil a partir das Ordenações Manuelinas.

A PROVA ILÍCITA E O PRINCÍPIO DA VERDADE REAL NO PROCESSO PENAL – HERMENÊUTICA DO ART. 5º DA LEI Nº 9.296/96

119

José Eduardo Nobre Matta - Juiz Federal do Rio de Janeiro

I. Apresentação. II. Constituição; Democracia; direitos do homem e processo. III. Confrontando os princípios da verdade real e da vedação da prova ilícita no processo penal. IV. Hermenêutica do art. 5º da Lei nº 9.296/96.

DIREITO AO RESPEITO

134

Marco Antonio Ibrahim - Juiz de Direito do TJ/RJ

A indenização por dano moral como resposta à violação dos direitos da personalidade. Os artigos 159 e 333 do CPC. O dever de não indignar ninguém. O direito ao respeito. O aspecto punitivo das indenizações. O princípio da razoabilidade. O sentimento da impunidade.

**AS PARTES NA LOCAÇÃO DO IMÓVEL URBANO EM EXTENSÃO
AO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR**

137

Celina Cardoso Neiva - Advogada no Rio de Janeiro

Hierarquia idêntica das Leis nº 8.245/91 e nº 8.078/90. Leis compatíveis, salvo o que dispõem o art. 51, XVI, do CDC e o art. 35 da Lei das Locações. A construção do Direito Social.

A RELAÇÃO DO RIO DE JANEIRO (1751 – 1808)

140

Rogério de Oliveira Souza - Juiz de Direito do TJ RJ

1. A criação da Relação do Rio de Janeiro. 2. A Justiça na Colônia. 3. O Alvará de 13 de outubro de 1751. 4. A Competência territorial da Relação. 5. A Competência material da Relação. 6. Cargos e funções da Relação. 7. A Relação e a Inconfidência Mineira. 8. O fim da Relação.

ÉTICA E DEMOCRACIA NA ADMINISTRAÇÃO DA JUSTIÇA

152

Willis Santiago Guerra Filho - Professor de Direito Processual Constitucional (UFC) e de Filosofia da UECE.

Etimologia da palavra ética = *ethos*, do grego antigo. Ética material. Articulação entre Ética, Democracia e Direito.

QUANTO TEMPO DEMORA UM PROCESSO?

162

Felippe Augusto de Miranda Rosa - Desembargador do TJ RJ

Projeto de auto-análise do Poder Judiciário. Duração de Processos. O problema e os objetivos da pesquisa exploratória. Problemas metodológicos e a análise de dados obtidos no final da década de 1980, ora divulgada para fins de estabelecer nexos com o Plano de Trabalho que a EMERJ agora retoma, com mais amplitude porque alcança todo o Judiciário estadual e os diversos tipos de feitos. O resultado desse levantamento, com os recursos técnicos e de voluntários colaboradores da Escola, publicado nesta Revista.



EMERJ

O MERCADO ÚNICO E AS FONTES DO DIREITO PRIVADO EUROPEU *

ALFREDO CALDERALE

Professor das Universidades de Bari e de Foggia, Itália

1. O DIREITO PRIVADO EUROPEU: DO MERCADO COMUM AO MERCADO ÚNICO

Por direito privado europeu se entende também o sistema de normas que disciplinam o mercado interno da União¹, ou seja, o mercado único cuja constituição representa o objetivo estratégico do Ato Único e do Tratado de Maastricht.

A evolução do direito privado europeu está ligada ao desenvolvimento do processo de integração econômica entre países pertencentes à Comunidade.

* Palestra proferida na EMERJ, em 27 04 2001, por ocasião do seminário "Direito do Consumidor no Brasil e no Mercado Comum Europeu"

¹ O direito privado europeu foi definido como "o conjunto das disposições que regulam uma relação entre particulares ou todavia incidem diretamente sobre este. são dotados de eficácia imediata e tutela jurisdicional das situações singulares, são destinadas a uma aplicação uniforme no sentido em que constituem cada uma o direito nacional interno dos Estados membros, mas, ao mesmo tempo, direito *comunitário* vigente de modo uniforme em cada um dos mesmos Estados "

[Nestes termos, SCANNICCHIO, "O direito privado europeu no sistema das fontes", *in* LIPARI (a cura de), *Direito Privado Europeu*, v. 1, Padova, 1997, p. 100] Trata-se de uma matéria em constante expansão, que tem coberto "um número importantíssimo de aspectos, institutos e relações do direito privado geral", como afirmou VAN GERVEN, "The Case Law of the European Court of Justice and National Courts as a Contribution to Europeanisation of Private Law", *in* *European Review of Private Law*, 1995, p. 368 ss. Este autor sublinhou que "Matérias como a responsabilidade para produtos danosos, o crédito ao consumo, as vendas a domicílio, as vendas a distância, o contrato de viagem, os depósitos bancários dos poupadores, o contrato de seguros, a circulação de valores mobiliários, o direito autoral, as condições de contrato, a multipropriedade, a 'pessoa jurídica' (sob o perfil das associações profissionais produtoras de 'normas' ou código de conduta, e também sob aquele das associações de operadores investidos de uma tarefa de controle e aplicação dos direitos, como no caso dos consumidores, ambiente, usuários etc.), a regulamentação da concorrência etc., já podem constituir um notável *corpus* de direito privado da comunidade europeia, mesmo limitando-se as diretivas mais relevantes na matéria"

No primeiro período de vida da Comunidade Européia², isto é, desde 1957, ano da assinatura do Tratado de Roma, instituidor da Comunidade³, até 1986, quando foi subscrito o Ato Único⁴, o objetivo dos Estados membros foi aquele de dar vida ao mercado comum, ou seja, facilitar a troca entre Países da Comunidade. Para criar o mercado comum foram eliminadas as barreiras técnicas e jurídicas que obstaculizavam a livre circulação física das mercadorias, das pessoas, dos capitais e se combateram os acordos de anticoncorrência. Nesta fase desenvolveu um papel decisivo a Corte de Justiça CE, a qual fez com que fosse superada a dificuldade encontrada no processo que deveria harmonizar as leis, sobretudo aquelas que individualizam as características técnicas das mercadorias. O instrumento jurídico utilizado pelos juizes foi a combinação do disposto nos artigos 30 e 36 do Tratado, disposições estas, que vetam as restrições quantitativas às exportações, bem como medidas equivalentes, a menos que estas não sejam justificadas por motivos particulares⁵.

Assim, a partir do caso **Cassis de Dijon** de 1979⁶, a Corte decidiu que, se determinados produtos circulavam livremente nos países de origem de conformidade com as normas técnicas ali em vigor, os outros países não podiam impedir a circulação em seu interior pelo fato de aqueles produtos estarem sujeitos a uma disciplina doméstica mais rigorosa. Em tal perspectiva, cada um dos Países da Comunidade conservou a própria especificidade com respeito à normativa, expressa pelo direito civil e pelo direito comercial, relativamente aos sujeitos econômicos, às disposições sobre o contrato em geral e àqueles simples tipos contratuais, regras que disciplinam o mercado. Por isto é correto dizer que o mercado “comum” reclama a idéia da

² Sobre a história da Comunidade Européia, MAMMARELLA E CACACE. *História e Política da União Européia*, Bari, 1998.

³ O Tratado Instituidor da Comunidade Européia foi assinado em Roma, em 13 de março de 1957 e entrou em vigor em 1º de janeiro de 1958. Pode ser lido in TIZZANO, *Codice Dell'Unione Europea*, Padova, 1998, p. 3ss.

⁴ Assinado em Luxemburgo em 17 de fevereiro de 1986 e em Haia em 28 de fevereiro de 1986 (GUCE L. 169 de 29 de junho 1987, p. 4). Entrou em vigor em 1º de julho de 1987.

⁵ Segundo o art. 36 trata-se de motivos de moralidade pública, de ordem pública, de segurança pública, da tutela da saúde e da vida das pessoas e dos animais ou da preservação dos vegetais, de proteção do patrimônio artístico, histórico, arqueológico nacional ou da tutela da propriedade industrial e comercial.

⁶ Corte de Justiça CE. “*Rewe Zentral AG (Cassis de Dijon) c Bundesmonopolverwaltung fur Branntwein*”, causa 120/78, in *Racc.*, p. 649.

comunicação entre os mercados nacionais, que permanecem sempre diversos, ainda que compartilhem de um certo número de regras que visem à eliminação dos obstáculos a igual comunicação⁷. É natural que, no período considerado, ficou em segundo plano o processo de harmonização das próprias regras de cada mercado nacional. Ora, enquanto destinada a premiar os produtos qualitativamente mais depreciados, a “integração negativa” entre as simples disciplinas nacionais tendia a alterar a mesma competição entre as empresas, privilegiando aquelas inclinadas a uniformizarem-se em *standards* qualitativos menos severos e caros e se arriscava de corromper os mesmos “gostos” dos consumidores, além de deixá-los privados de tutela.

Este estado de coisas despertou as instituições comunitárias e, a partir de 1986, a escolha fundamental, reconfirmada no Tratado de Maastricht⁸, foi aquela da constituição de um mercado interno entre os Países da Comunidade. Desde que a formação de um mercado único reconduza à unidade a dimensão territorial, quantitativa e relacional do mercado, torna-se necessária a aplicação de regras iguais sobre todo o território do “mercado”, não só para os produtos e serviços, mas também para as atividades e as relações jurídicas⁹. Por esta razão, vão desaparecendo as diferenças entre as disciplinas nacionais que regulamentam os mercados particulares e se afirmam regras jurídicas comuns relativas a todos os perfis jurídicos do mercado: aqueles relacionados às mercadorias enquanto tais, aqueles que atendem aos operadores econômicos e aos contratos com os quais circulam os bens ou serviços em favor dos beneficiários finais e governam as relações entre as mesmas empresas¹⁰. Um papel particularmente importante reveste o direito contratual, destinado, graças à adoção de técnicas jurídicas particulares, a ser o lugar privilegiado para eliminar a assimetria informativa que caracteriza o mercado final de bens e serviços para influenciar o exercício e a organização da atividade das empresas, chamadas a suportar um custo jurídico das operações tendencialmente uniformes, em vista do correto funciona-

⁷ SCANICCIO. *Il diritto privato*. cit . p. 26

⁸ Assinado em 7 de fevereiro de 1992 (GUCE. C 91 de 29 de julho de 1992. p. 45) Entrou em vigor em 1º de novembro de 1993

⁹ SCANICCHIO. *Il diritto privato*. cit . p. 26

¹⁰ Para um maior aprofundamento do exame dos processos descritos se dirige a JANNARELLI. *La disciplina dell'Atto*. cit . p. 490 ss

mento do mercado competitivo¹¹. Na perspectiva acima, merece ser sublinhado que, no que diz respeito aos produtos, se passou da simples equivalência do *set* de regras asseguradas pela Corte de Justiça à uniformização da norma - técnica, que se exprime em regras homogêneas, que fixam *standards* comuns às mercadorias: a exemplo, a diretiva 92/59 CEE sobre a segurança geral dos produtos. Neste novo quadro, para não sacrificar a peculiaridade dos produtos de idêntico setor mercadológico, conquistaram importância as normas para o fim de etiquetagem, de atestados relativos a origem etc.¹²

2. DIRETIVAS E REGULAMENTOS COMUNITÁRIOS: A EFICÁCIA NAS ORDENAÇÕES DOS ESTADOS MEMBROS

As normas jurídicas chamadas a realizar os objetivos de natureza econômica do passado ou do presente estão contidas essencialmente nos regulamentos e nas diretivas. De conformidade com o artigo 189 do Tratado de Roma¹³, estão dentre os atos por meio dos quais as instituições europeias cumprem os seus deveres¹⁴. O regulamento, "equivalente à lei nos ordenamentos estatais"¹⁵, tem importância geral, porque se destina não a sujeitos particulares, mas considerados abstratamente em seu conjunto¹⁶. O regulamento é "diretamente aplicável em cada um dos Estados membros"¹⁷; isto é, dotado de uma eficácia direta. Por sua vez, esta eficácia direta é

¹¹ JANNARELLI, op. Ult. Cit. p. 491

O A ressalta que um dos mais importantes instrumentos técnicos do qual se fez recurso é o assim chamado neoformalismo de negociação. Por formalismo de negociação se entende uma rígida ligação entre a forma escrita do ato e a "recorrência nesse de um específico conteúdo". Como resulta de uma leitura horizontal da disciplina comunitária, o legislador fixou uma grade de cláusulas contratuais, que o proponente deve necessariamente inscrever no contrato, com o intuito de fornecer à outra parte, as informações necessárias ao tratamento jurídico da relação. Uma vez que estas cláusulas podem ser preenchidas pelos vários conteúdos segundo a escolha de cada um dos proponentes ou do êxito da tratativa entre as partes, é evidente que venha restaurado entre as mesmas empresas um correto jogo de concorrência, porque agora o consumidor, removida a nuvem do contrato, com razão, pode aderir, entre as várias propostas, àquela que lhe pareça a mais conveniente, avaliando de maneira adequada o valor compreensivo do negócio sem ser forçado a concentrar-se exclusivamente sobre o preço

¹² JANNARELLI, op. Ult. Cit. p. 491

¹³ TESAURO, *Diritto privato comunitario*, Padova, 1995, p. 104 ss

¹⁴ Estando no mesmo artigo 189 do Tratado Instituidor da CE, a tipologia dos atos compreende também as decisões, as recomendações e pareceres. Sobre o ponto de vista, TESAURO, op. Loc. Ult. Cit.

¹⁵ TESAURO, op. Ult. Cit. p. 89

¹⁶ "*Federation houcherie en gros*" Causas reunidas 19 (22/62, sentença de 14 de dezembro de 1962, *in Raccolta*, p. 915 ss, specie a p. 931

¹⁷ Art. 189, parágrafo 2. do Tratado Institutivo da CE

vertical ou horizontal, a saber, enquanto o regulamento contenha disposições favoráveis aos indivíduos, essas são *ipso iure* geradoras de situações tuteladas, quer em confronto do Estado (eficácia vertical), quer em confronto de um outro sujeito privado (eficácia horizontal). A diretiva é um ato que “vincula o Estado membro ao qual é dirigida, porquanto diz respeito ao resultado a alcançar, ficando a salvo a competência dos órgãos nacionais quanto ao mérito, à forma e aos meios”¹⁸. Por isto se diz tradicionalmente que a diretiva vincula somente os Estados destinatários e, portanto, é dotada de uma eficácia útil, mas não de *direct effect*. Em linhas gerais, a diretiva, impondo aos Estados membros uma obrigação de resultado, deixam-nos livres quanto ao modo e aos instrumentos para alcançá-lo. Todavia, em mais vezes a Corte de Justiça CE reduziu o valor prático desta afirmação comum. De fato, a Corte precisou que existe uma importância vinculante da diretiva, ao menos no que diz respeito ao prazo fixado para a entrada em vigor das medidas internas de atuação¹⁹, além do que, estabeleceu que o instrumento formal pré-escolhido pelo Estado deve satisfazer à exigência de certeza e clareza das situações jurídicas, sobretudo com o intuito de permitir aos interessados de fazer valer os próprios direitos diante dos juizes nacionais²⁰; por conseqüência, foram declaradas inadequadas as simples práticas administrativas, sob o fundamento de que estas, seja por não contradizerem o imposto pela diretiva ou por perfeita adequação ao seu conteúdo, por sua própria natureza, eram modificáveis pela vontade da administração e privadas de publicidade²¹. Com o intuito de assegurar a execução da diretiva e de sancionar a inércia dos Estados renitentes²², a mesma Corte de Justiça editou uma série de decisões que em seu complexo asseguram um certo grau de eficácia direta e também para as diretivas de um determinado tipo. De fato, se a diretiva contém disposições que atribuem direitos claros, precisos e incondicionais, os quais, por isso não requeiram alguma intervenção discricionária de poder do Estado quanto às suas precisas determinações, ou seja, se se trata de uma diretiva detalhada, os juizes estabeleceram, em pri-

¹⁸ Art. 189, parágrafo 3. do Trattato Istitutivo della CE

¹⁹ Commissione c. Italia, causa 52/75, sentença de 26 de fevereiro de 1976, *in Raccolta*, p. 277

²⁰ Commissione c. Germania, causa 29/84, sentença de 23 de maio de 1985, *in Raccolta*, p. 1661, ponto 23

²¹ Commissione c. Irlanda, causa C-384 e 92, sentença de 22 de dezembro de 1993, *in Raccolta*, p. 107055, ponto 5.ª

²² TESAURO, *Diritto comunitario*, cit., p. 114

meiro lugar, que essa é dotada de eficácia direta, mesmo sendo somente vertical²³. A consequência é que a situação subjetiva vem reconhecida e protegida no confronto com o Estado membro. Por exemplo, algumas diretivas estabelecem o princípio da não-discriminação entre sexos em matéria de trabalho²⁴. Estas contêm disposições bem detalhadas ao estabelecer, quantos sejam os direitos das gestantes que trabalham. Se o Estado não dá plena aplicação à diretiva e, por causa de sua inércia, permanecem em vigor regras nacionais, que permitam às partes uma disciplina discriminatória do contrato de trabalho, os trabalhadores, que vêem recusado um determinado tratamento ou que venham a ser licenciados com violação do princípio de igualdade de tratamento, não podem agir diretamente contra o empregador, a fim de fazer valer a diretiva na relação privada de trabalho, mas poderiam agir somente contra o Estado, pedindo-lhe substancialmente que aplique a diretiva. As coisas porém estão destinadas a mudar radicalmente se o empregador é o Estado, mesmo porque contra o Estado a diretiva seria imediatamente aplicável. Ora, o próprio grau de enfraquecimento da tutela dos direitos dos privados, ilustrado no exemplo, conduziu a Corte de Justiça a predispor formas de relação horizontal "indiretas" da diretiva não aplicada. As técnicas das quais os juizes se serviram foram diferentes. A primeira consistiu em afirmar o dever dos juizes nacionais de interpretar as disposições internas vigentes, sejam estas anteriores ou sucessivas à diretiva não acolhida, de maneira o mais possível conforme à própria diretiva²⁵. Para justificar formalmente esta decisão foi citado o art. 5º do Tratado de Roma, o qual obriga todos os Estados membros²⁶ a se empenharem para assegurar a eficácia das disposições comunitárias. Um exemplo ilustra a importância

²³ Faccini Dori c Soc Recreab., causa C 91/92, sentença de 14 de julho de 1994, in *Foro It.*, 1995, IV, c. 38, com nota de DANIELE. "La Corte di giustizia conferma l'efficacia diretta 'intermittente' delle direttive comunitarie"

²⁴ Dir 76/207 CE, dir 97/7 CE

²⁵ Faccini Dori, cit.: "Soc Marleasing c Soc. La Comercial Internacional de alimentacion", causa C 9/89, sentença de 13 de novembro de 1990, in *Foro It.*, 1992, IV, c. 173, com nota de DANIELE. "Novità in tema di efficacia delle direttive comunitarie non attuata"

²⁶ Por Estado a Corte de Justiça entende "qualquer organismo que, independentemente da sua forma jurídica, tenha sido encarregado, com um ato de autoridade pública, de prestar sob o controle desta última um serviço de interesse público" ("Foster e a c British Gas Plc", causa C-188/89, sentença de 12 de julho de 1990, in *Raccolta*, I-3313) Portanto, constituem "Estado" as Prefeituras, as Regiões, as USL e também organismos independentes que desenvolvem serviços públicos sob o controle estatal ("Marshall c Southampton and South West", causa 152/84, sentença de 26 de fevereiro de 1986, in *Raccolta* I-723

desta consolidada tendência jurisprudencial. Em alguns casos italianos era pedida a aplicação direta da dir. 85/577/CEE, a qual, na hipótese de vendas estipuladas fora dos locais comerciais, prevê que o comprador possa desistir do contrato ao término de sete dias a partir da entrega do bem.

A estratégia dos consumidores era ditada pela circunstância de que, no momento da estipulação da venda, a diretiva acima mencionada ainda não havia sido acolhida pelo código italiano²⁷. A Corte de Justiça, no exame da questão de conformidade com o art. 177 do Tratado de Roma, no caso **Faccini Dori**, embora reafirmando, para a desilusão de alguns estudiosos, a inexistência do *direct effect* de uma diretiva não recepcionada nos códigos dos Estados membros, repetia o princípio acima mencionado em matéria de interpretação. Na Itália, a Corte de Cassação, ignorando a orientação da Corte de Justiça, desde o início reafirmou que, na falta de uma providência de aplicação da diretiva, o direito de desistência não podia ser exercido pelo consumidor²⁸, mas depois mudou a orientação com base em um raciocínio que merece ser exposto²⁹. À Corte se pedia que cassasse a decisão com a qual o Conc. Roma em 5 de junho de 1992 tinha decidido conceder com base na equidade (art. 113 do Código de Processo Civil) a rescisão de um contrato estipulado antes que a diretiva fosse aceita. Evocando antigos modelos de coexistência entre os sistemas jurídicos (*common law e equityius civile*) e (*jus praetorium*), a Cassação reteve que a mera existência de uma diretiva, ainda que não atuante, é suficiente para legitimar a decisão do conciliador com base na equidade. Em outras palavras, embora o direito à rescisão não representasse ainda na regra legal da relação, esta se constituiria em regra equitativa, como tal aplicável pelo conciliador³⁰. À parte a peculiaridade da decisão, fundamentada sob os poderes equitativos do conciliador, é preciso sublinhar que, em linhas gerais, a adequação da interpretação de uma norma interna a uma diretiva não atuante pode conduzir à desaplicação da regra doméstica e isto pode abrir as portas para o ingresso

²⁷ A diretiva em questão foi aceita na Itália com d lgs. de 15 de fevereiro de 1992, n.º 50, em G.U. de 23 de fevereiro de 1992, n.º 27, suppl. Ord. n. 22. In argumento, JANNARELLI (a cura di), *Le vendite aggressive*, Napoli, 1995. Sob o direito de desistência, CALDERALE e VITI, *Condizioni e modalità del diritto di recesso*, iv, p. 147 ss.

²⁸ Cass. de 28 de fevereiro de 1995, n.º 2275, in *Giur. It.*, 1995, I, I, c. 99 e de 5 de maio de 1995, n.º 2589, in *Consumer Law Journal*, 1996, p. 10.

²⁹ Cass. de 20 de março de 1996, n.º 2369, in *Foro It.*, 1996, I, c. 1665, com nota de PALMIERI.

³⁰ SCANICCHIOA, *Il diritto privato*, cit., p. 59 s.

de direitos e obrigações das partes que não existiriam se a regra interna viesse a ser aplicada. A título de exemplo se pode citar o caso, tratado em precedência, de atribuição de novos direitos aos trabalhadores dependentes do Estado³¹. Um segundo sistema para dar proteção uniforme aos direitos individuais dos cidadãos foi reconhecer isoladamente a possibilidade de acionar o próprio Estado a juízo para obter o ressarcimento do dano causado pela falta de atuação da diretiva comunitária. **Leading case - Francovich**³²: a dir. 80/87/CEE previu a instituição de um fundo de garantia com o intuito de tutelar os trabalhadores contra eventuais insolvências do empregador. Na Itália a diretiva não foi tempestivamente recebida, de modo que algumas pessoas particulares, trabalhadores de empresas insolventes ou falidas, pediram para fazer valer o direito de obter diretamente do Estado as garantias previstas (na prática o pagamento de salários devidos segundo a diretiva) ou, alternativamente, uma indenização. O primeiro pedido foi negado enquanto, na falta de uma intervenção estatal, não era determinada a pessoa do devedor, ou seja, o Fundo de garantia e, por isso, a diretiva não podia ser oposta ao Estado. Ao invés, foi acolhido o segundo pedido, com a consequência de que os autores foram autorizados a dirigir-se contra o Estado para o reparo da perda patrimonial sofrida, que a Corte pareceu ter fixado na medida mínima prevista pela diretiva. Ao motivar a própria decisão, a Corte se baseou nos artigos 5º e 189 do Tratado de Roma, já ilustrados, anteriormente, e precisou que, entre as obrigações dos Estados, existe também aquela de eliminar as consequências ilícitas de uma de suas violações. Em substância, foi afirmada a responsabilidade do Estado pela falta do exercício da própria atividade legislativa, responsabilidade geralmente excluída em quase todos os países da comunidade³³. Ao comentar a sentença, alguns estudiosos aprovaram o julgamento dos juizes

³¹ JANNARELLI, "Le tecniche giuridiche di attuazione giudiziale del diritto comunitario al bivio. il caso del lavoro notturno femminile", in *marginie a Cass.* de 3 de fevereiro de 1995, n° 1271, in *Giur. It.*, 1996, I, 1, c. 106

³² Corte de Justiça CE, "Francovich c. Repubblica italiana, Bonifaci e altri c. Repubblica italiana" causa C 9/90, sentença de 19 de novembro de 1991, in *Foro It.*, 1992, IV, c. 146, com nota de BARONE e PARDOLESI, *Il fatto illecito del legislatore* e de PONZANELLI, *L'Europa e la responsabilità civile*

³³ As condições sob as quais é acordado o ressarcimento são as seguintes: a) que a providência intenda atribuir ao particular um direito; b) que o conteúdo deste direito seja preciso; c) que haja uma ligação de causalidade entre a violação por parte do Estado e o dano sofrido pelo indivíduo; este último é a única condição "comunitária", que caracteriza o ato ilícito.

comunitários, reafirmando que “a responsabilidade do Estado legislador se impõe com base mesmo na prevalência do direito comunitário. A legislação nacional deve ser adequada a fim de garantir a tutela dos direitos aos cidadãos comunitários”³⁴. Todavia, também é assinalada a opinião dos que teorizam a responsabilidade do Estado sobre bases diversas. A responsabilidade do Estado se apoiaria mais sobre o direito individual ao cumprimento dos comandos comunitários, enquanto que os art. 5º e 189 do Tratado não criariam situações de vantagem em relação aos indivíduos, sobre a violação da específica situação patrimonial privada protegida pela particular diretiva não aplicada. Isto, com respeito ao direito italiano em tema de responsabilidade civil, serve para mudar a base do ressarcimento do dano sofrido pelo comportamento ilícito do Estado para a injustiça do dano sofrido pelo sujeito. O raciocínio assenta-se no pressuposto de que, eliminada a separação entre legislação comunitária e legislação interna, o particular é titular de um direito que a disposição comunitária, dotada pelo menos de eficácia direta, atuante ou não atuante, introduz, nada obstante, em todas as legislações internas³⁵. Em todo caso a solução **di Francovich** foi definida, com razão, como revolucionária no campo do efetivo gozo dos direitos conferidos às pessoas pelas normas da Comunidade³⁶. Em primeiro lugar, a sentença produziu a ampliação da tutela jurisdicional dos direitos privados. De fato, pôs um remédio à ineficácia horizontal das providências comunitárias deslocando para o Estado inadimplente os custos que a aplicação das diretivas teria imputado ao singular cidadão: a não-aplicação da diretiva poupou as empresas do pagamento dos impostos necessários à constituição do Fundo de garantia, mas a poupança da empresa se traduziu em uma despesa por parte do Estado, pois estendeu a legitimidade processual também aos destinatários de disposições não precisas e detalhadas. Além do que a sentença, ao enunciar o princípio em referência, potencializou a proteção dos direitos comunitários porque:

³⁴ KOVAR, “Voies de droit ouvertes aux individus devant les instances nationales en cas de violation des normes et décisions du droit communautaire”, in *Les recours des individus devant les instances nationales en cas de violation du droit européen*. Bruxelas, 1984. p. 274

³⁵ SCANICCHIO, *Il diritto privato*, cit p 77.

³⁶ SCANICCHIO, *op. Ult. Cit.*, p 72 ss

a) Reforçou a obrigação de interpretar o direito nacional à luz do direito comunitário, tornando o cumprimento de tal dever necessário para evitar uma ação de responsabilidade contra o Estado³⁷.

b) Através do ressarcimento do dano, completou a tutela contra o de cumprimento estatal com respeito a situações não diretamente apresentadas.

c) Abriu a estrada ao ressarcimento para a lesão dos direitos comunitários atribuídos aos indivíduos³⁸: tal resultado foi definitivamente alcançado no caso **Brasserie du pêcheur**³⁹, no qual foi enunciada a regra da responsabilidade extracontratual do Estado, concorrente ou alternativa com outros instrumentos de tutela, no caso de violação de normas comunitárias, como a que foi, em uma das situações examinada pela corte, o art. 30 do Tratado de Roma, que precisamente reconhece aos cidadãos da Comunidade o direito de fazer circular livremente as mercadorias⁴⁰.

Como evolução do direito privado europeu, também a afirmação da eficácia horizontal indireta das diretivas responde às exigências da criação de um mercado único. De fato, na fase da construção do mercado comum, a

³⁷ Cfr. nota 75. À luz do quanto foi dito se pode pôr em questão se aos consumidores, aos quais a Corte de Cassação havia negado o direito de desistência dos contratos de venda concluídos fora dos locais comerciais antes que a diretiva 85/577 CEE fosse aceita no código italiano (cfr. a nota n° 75 e o relativo texto), teria podido esperar uma ação de ressarcimento dos danos sofridos por causa da falta de moderação dos juizes da Cassação (órgão do Estado Italiano) a teor do o art. 5° do Tratado.

³⁸ De fato, ao ponto 33 da sentença se diz que a plena eficácia das normas comunitárias seriam postas em risco se cada indivíduo não tivesse a possibilidade de obter um ressarcimento quando os seus direitos fossem lesados por uma violação do direito comunitário. Todavia, uma vez que na causa avaliada pela Corte de Justiça, a obrigação dos Estados membros foi estabelecida pela violação das disposições privadas de efeito direto, era possível sustentar que "nos limites em que uma legitimação de agir seja reconhecida na legislação nacional para fazer valer direitos de que cada indivíduo ostente por força da disposição provida de efeito direto do direito comunitário, seria de fato necessário deferir-lhes em acréscimo um direito ao ressarcimento diretamente fundamentado no direito comunitário em caso de violação destas disposições".

Cfr. n. 18 do caso "Brasserie du pêcheur", infra no texto e a nota seguinte.

³⁹ Corte de Justiça CE, "Brasserie du pêcheur AS c. Repubblica Federale di Germania; The Queen c. Secretary of State for Transport, ex parte Factorame Limited e a.", causas reunidas C-46 e 48/93, sentença de 5 de março de 1996. *in Foro It.*, 1996, IV, c. 185.

⁴⁰ Na causa, a Brasserie du pêcheur, sociedade francesa produtora de cerveja, em 1981 foi forçada a suspender as exportações da bebida para a Alemanha enquanto a cerveja por ela fabricada não estivesse em conformidade com os requisitos de genuinidade prescritos pelos art. 9 e 10 de *Biersteuergesetz* (lei fiscal sobre a cerveja). Tais disposições foram acolhidas pela Corte de Justiça CE em contraste com o art. 30 do Tratado de Roma, que, em geral, proibe restrições às exportações (Commissione c. Germania, causa 178/84, sentença de 12 de março de 1987. *in Raccolta*, p. 1227). Por tal razão o autor havia pedido um ressarcimento do dano que a restrição às importações lhe causaram entre os anos de 1981 a 1987.

técnica de realização deste objetivo foi dada pelo interesse das empresas, que era o de ver reconhecido pelo Estado destinatário o regime jurídico do produto ou serviço fixado no Estado de origem, mas não aquele de alcançar a uniformidade dos regimes jurídicos em cada um dos países e, ainda menos, a identidade dos regimes das relações privadas inerentes à circulação dos bens e serviços, pois uma vez que as normas com as quais se quis construir o mercado comum eram dirigidas a orientar a atividade dos órgãos dos Estados e eram destinadas a valer contra estes, o problema da eficácia das diretivas entre os particulares ficou no cenário. Mas, com a construção de um mercado único, as diretivas, pelas razões de política do direito chamadas a atuar como objetivos congênitos aos regulamentos, não se propõem a regular a atividade econômica considerada em si mesma, mas principalmente sob o perfil de seu desenvolvimento em confronto com terceiros e, deste ponto de vista, o problema da eficácia horizontal tem um significado preciso. Este é o de assegurar uma disciplina uniforme sobre um mercado que compreende todos os países, reforçando de qualquer modo a eficácia das diretivas para evitar que a retardada atuação das regras comunitárias nos exclusivos ordenamentos alterem o correto jogo da concorrência entre as empresas e, em última análise, o correto funcionamento do mesmo mercado⁴¹.

3. A TUTELA JURISDICIONAL DAS SITUAÇÕES SUBJETIVAS

Em defesa das situações subjetivas garantidas pelo direito comunitário, a Corte de Justiça CE criou, nos particulares ordenamentos nacionais, um sistema de tutela jurisdicional, uniforme, cheia e efetiva, da forma como se viu completa com a previsão do ressarcimento do dano por violação do direito comunitário. Resulta, portanto, visível o importante comentário, segundo o qual “houve uma progressiva comunitarização do nível de adequação da tutela jurisdicional e também a introdução nos sistemas nacionais de medidas novas ou mais favoráveis ao indivíduo”⁴². Pelas mesmas razões acima mencionadas deve-se observar que este sistema de tutela acompanhou o processo de estruturação do mercado único. Em extrema síntese, pode-se dizer que o sistema construído pela Corte se baseia sobre os seguintes princípios: o primeiro é que a tutela atribuída a um direito originário de

⁴¹ Nestes termos. SCANICCHIO. *Il diritto privato*. cit. p. 80 s

⁴² TESAURO. *Diritto comunitario*. cit. p. 81 ss

um norma comunitária deve ser ao menos igual àquela reservada à correspondente situação do direito interno. O segundo diz que não é permitida a existência de regras jurisdicionais tais, capazes de tornar, na prática, impossível a realização de uma exigência de ordem comunitária⁴³. Por fim, foi estabelecido que, se não existe um remédio jurisdicional interno apropriado a uma exigência comunitária, este remédio deve ser criado pela jurisprudência local. Sobre tal critério inovador convém reportar as expressões mais significativas. Uma lei inglesa proibia a atividade de pesca a quem não tivesse efetuado a inscrição em um registro específico. Suspeitava-se que esta lei contradizia a diretiva comunitária, que garantia a igualdade de tratamento no exercício de tal atividade. Para verificar a conformidade das disposições inglesas ao direito comunitário, a Corte de Justiça iniciou um julgamento. A pedido dos autores, que lamentavam não poder desenvolver as suas atividades na pendência da sentença comunitária, a Corte estabeleceu que, a extinção do processo e na iminência de um grave prejuízo dos interessados, o juiz interno pode dispor de uma medida provisória de suspensão da disposição de lei suspeita, não obstante o direito interno exclua toda possibilidade de medida do gênero, na espécie porque se tratava de providências a serem emitidas contra a Coroa⁴⁴. Pelo contrário, em um outro caso a Corte afirmou o poder do juiz interno de adotar uma medida provisória, ainda que não prevista pelo direito interno, para suspender a execução dos atos nacionais que davam aplicação ao regulamento comunitário na espera de que fosse resolvida a questão de validade deste último⁴⁵.

4. AS MEDIDAS COMUNITÁRIAS E AS FONTES DO DIREITO ITALIANO

Sabe-se que o sistema das fontes é constituído pelo complexo de normas dirigidas a regular as condições de validade e de eficácia de todas as regras do ordenamento jurídico⁴⁶. O sistema das fontes do direito italiano se

⁴³ Marshall II, causa C-271/91, sentença de 2 de agosto de 1993, *in Raccolta*, p. 1-4367, pontos 24-30. Na causa foi julgado que não era conforme à diretiva comunitária, que proíbe toda discriminação com base no sexo e por isto exige medidas jurisdicionais adequadas e eficazes à norma nacional, que, para dissuadir o empregador a ter comportamentos discriminatórios, fixava um certo limite ao montante do ressarcimento devido ao trabalhador injustamente despedido e, além do mais, não previa que sobre tal soma fossem calculados juros.

⁴⁴ "The Queen c. Secretary of State for Transport ex parte Factorame Ltd", causa C-213/89, sentença de 19 de junho de 1990, *in Raccolta*, I- 2433.

⁴⁵ Zuckerfabrik Suderdithmarschen, causa C-143/88 e C-92/98, sentença de 21 de fevereiro de 1991, *in Raccolta*, I-415.

⁴⁶ Cfr. GUASTINI, "Sulla validità della Costituzione dal punto di vista del positivismo giuridico", *in Riv. Fil. Dir.*, 1986, p. 424 ss.

formou em momentos históricos diversos. Aquele delineado pelo Código de 1942, no art. 1º das leis introdutórias, submeteu-se a uma significativa mudança em 1948: logo após a queda do fascismo e com o advento da República, a Constituição introduziu um ulterior critério de “validade” das normas do ordenamento, com respeito às quais ela se põe como fonte primária e hierarquicamente superior. Logo após a adesão da Itália à Comunidade europeia, a eficácia das disposições internas reconhecidas válidas com base no parâmetro constitucional deve conviver com aquelas outras normas “externas”, que encontram origem e fundamento no ordenamento comunitário. Portanto, no ordenamento italiano coexistem atualmente duas diferentes perquirições de validade das normas⁴⁷. Cada um delas faz referência a regras diversas, pertence a um sistema de fontes diferentes (comunitário e nacional), não é subordinada à outra e é administrada por dois órgãos judiciais distintos (Corte de Justiça CE e Corte Constitucional). Isto deu lugar a problemas muito delicados de coordenação, dos quais foram portadores, a Corte de Justiça e a Corte Constitucional italiana⁴⁸.

Desde seus primeiros pronunciamentos a Corte de Justiça CE afirmou a “a superioridade do direito comunitário” sobre aquele interno e foi decisivamente contrariada pela nossa Corte Constitucional. Com uma sentença de 1964⁴⁹, os juizes da Consultam enfrentaram o problema da eficácia de uma lei nacional em seguida a um procedimento de aplicação de uma regra comunitária, mas conflitante com esta. Eles estabeleceram a supremacia da lei nacional sobre a base do ordinário critério das sucessões das leis no tempo, critério vigente no ordenamento italiano. Como foi justamente observado, tratou-se de um ponto de vista absolutamente incompatível com a supremacia do direito europeu, ponto de vista baseado na idéia de que ambas as leis tivessem o nível de lei ordinária⁵⁰. Esta posição foi recusada pela Corte de Justiça que, com a famosa sentença Costa do mesmo ano de 1964, reafirmou em substância que o direito comunitário prevalece em virtude de uma *força própria* sobre o direito interno⁵¹. Depois de uma dezena

⁴⁷ GALGANO, *Diritto civile e commerciale*, v. I, “Le categorie generali: Le persone, la proprietà”, Padova, 1990, p. 56 ss

⁴⁸ SCANICCHIO, *Il diritto privato*, cit., p. 34 ss

⁴⁹ Corte cost., de 7 de março de 1964, n° 14 *in Giust. Cost.*, 1964, p. 129

⁵⁰ SCANICCHIO, *Il diritto privato*, cit., p. 35

⁵¹ Costa c. Encl. causa 6/64, sentença de 15 de julho de 1964, *in Racc.*, p. 1127.

de anos a Corte constitucional modificou o próprio ponto de vista. Assentada a separação entre o ordenamento italiano e o ordenamento comunitário, a Corte identificou no art. 11 da Constituição⁵² o seguro fundamento da obrigatoriedade da atuação das regras comunitárias e reconheceu o caráter imediatamente vinculante das disposições contidas em um regulamento, isto é, reconheceu não ser necessária uma norma de recepção. Todavia, o conflito entre normas comunitárias e normas de direito interno vinha colocado sobre o plano da compatibilidade entre o art. 11 da Constituição e a lei de adaptação que tivesse recebido a norma comunitária. Assim resultou que, na presença de tal conflito, um juiz ordinário não pudesse, por sua conta, reconhecer a superioridade da norma comunitária, mas devesse submeter a questão à Corte constitucional⁵³.

Também esta posição foi rejeitada pela Corte de Justiça CE.

Entretanto, no famoso caso **Simmenthal**⁵⁴ não só foi confirmada a incompatibilidade da prévia investigação de constitucionalidade com a imediata eficácia do direito comunitário, como acrescentou-se que a existência de uma regra comunitária impedia a *formação* válida de uma norma doméstica incompatível, ainda que sucessiva. Finalmente, nos anos oitenta, a Corte Constitucional operou uma mudança radical em direção à efetiva integração dos dois ordenamentos. Com a sentença **Granital** de 1984⁵⁵, os juízes partem ainda da premissa da distinção dos dois ordenamentos, adequados a várias matérias, mas, desta vez, reconhecem que mesmo tal autonomia faz com que a norma comunitária (invocada no ordenamento interno em virtude do art. 11 Cost.), dotada de imediata aplicação, impeça a aplicação de qualquer previsão subsequente pelo legislador italiano sobre a relação controversa, sendo isto contudo, subtraído à sua competência normativa. Portanto, a previsão nacional superveniente não é *inválida*, como diz a Corte de Justiça CE, mas não pode ser aplicada. Assim permite que o juiz de mérito passa proceder *diretamente* à aplicação da norma comunitária depois de ter *desaplicado* aquela nacional. Coerentemente com este ponto de vista a mesma

⁵² O art. 11 da Constituição prescreve, entre outros que "A Itália permite, em condições de igualdade com os outro Estados, as limitações de soberania necessárias a um código que assegure a paz e a justiça entre as Nações, promove e favorece as organizações destinadas a este fim".

⁵³ Corte cost., de 27 de dezembro de 1973, n.º 183, *in Foro It.*, I, c. 314 e 30 de setembro de 1975, n.º 232, *iv.*, 1975, I, c. 2661

⁵⁴ *Simmenthal*, causa 106/77, sentença de 9 de março de 1978, *in Raccolla*, p. 629

⁵⁵ Corte cost., de 8 de junho de 1984, n.º 170, *in Giur. Cost.*, I, p. 1098

Corte Constitucional estabeleceu sucessivamente que, colocada esta questão nestes termos, o julgamento constitucional sobre a norma interna conflitante se torne inadmissível⁵⁶.

5. O DIREITO CONTRATUAL EUROPEU E A FORMAÇÃO DO MERCADO ÚNICO

Entre as várias normas do direito privado europeu, aquelas que disciplinam os contratos se distanciam profundamente da tradicional estrutura codicística da matéria, ou seja, do *set* de regras que dizem respeito à conclusão, à forma, à causa, ao objeto, aos efeitos, ao adimplemento, à inadimplência, à nulidade e à resolução. A razão é que, enquanto as normas acima citadas disciplinam um mercado já definitivamente formado, as novas regras se propõem a estruturar em tema de concorrência sobretudo os assim denominados mercados finais, ou seja, para dar-lhes a formação e assegurar-lhes uma adequada efetividade. A tarefa não é das mais fáceis, visto que atualmente as relações entre empresas e consumidores, a propósito, os sujeitos protagonistas dos assim chamados mercados finais, tendem a ser desequilibrados em favor dos primeiros. De fato, a par da igualdade de bens ou serviços presente no mercado, a diferença específica é dada pelo regulamento abrangente da operação, vale dizer pelo tratamento jurídico da relação, o qual, pressupostas empresas, baseadas em experiências e conhecimentos técnicos bastantes sofisticados, é dificilmente visível e sobretudo compreensível pelos potenciais compradores. Para dar um exemplo, no caso e para o caso, é mais ou menos indiferente comprar um ou outro videocassete de 4 cabeças, enquanto a diferença pode ser dada pelo diferente regime de garantia. Isto significa que o preço nominal, isoladamente considerado, não está mais em grau de absorver a tradicional função de informar de modo adequado e orientar o consumidor: para a igualdade de bens ou serviços, não é dito por isso que o preço mais baixo seja o mais conveniente, visto que como, no nosso exemplo, depende do pacote de regras que disciplinam a relação contratual. Além do que a posição do consumidor é tida como mais fraca também, ao difundirem-se novos sistemas de vendas que têm colocado a estipulação do contrato fora dos locais comerciais e transferiram ou para o domicílio ou para o lugar de trabalho do consumidor, colhido assim de surpresa pela incursão do vendedor, ou mesmo para a tela da TV ou para as redes telemáticas, o que coloca o potencial comprador distante

⁵⁶ Corte cost. de 26 de março de 1993. n° 115. *in* Giur. It., I. I. c. 2238

do proponente e do próprio objeto da transação, mesmo dando-lhe a ilusão de que este se desenvolve no recinto da casa. Se considerar-se que o mercado é tornado ainda mais opaco pela dificuldade de comparar as diversas ofertas de bens e serviços e, igualmente pelo escasso reconhecimento dos indivíduos com os quais forem ajustadas as relações contratuais, pode-se entender toda a distância que separa o atual modelo de mercado do mercado concorrente clássico, representado pelo exemplo tradicional da feira e caracterizado pela contemporânea presença de todos os protagonistas das trocas e pela homogeneidade dos bens e serviços oferecidos. Somente naquela situação ideal o preço representa um veículo de efetiva informação, idóneo a orientar as escolhas do comprador. Pôr remédio na “falência” do mercado significa, portanto, remover em primeiro lugar as assimetrias informativas que alteram a concorrência e prejudicam o consumidor. Esta tem constituído a tarefa de muitos legisladores nacionais. Isto explica porque o novo direito contratual europeu é o freqüente resultado da cooperação e da elaboração das experiências de diversos países. Assim, por exemplo, a diretiva sobre os contratos de crédito ao consumo (da qual o D.lgs. nº 50/1992 é a atuação) recepciona em muitos pontos o **Consumer Credit Act** inglês; a diretiva sobre as cláusulas abusivas se inspirou no **Unfair Contract Terms Act** e na lei alemã sobre condições gerais de contrato.

Ao propor-se a adequação do mercado único e assinaladamente os múltiplos mercados finais de bens e serviços de modo a tornar efetiva a concorrência e possíveis relações mais corretas entre empresas e consumidores, ou seja, os compradores não profissionais, o direito contratual europeu colocou no centro de sua intervenção a tutela destes últimos. Todavia a importância de tal intervenção será precisada. De fato a este propósito deve-se sublinhar que não foi operada a escolha de proteger mais ou menos paternalmente o consumidor, admitido como parte fraca da contratação, mas, ao invés, aquela de torná-lo árbitro do mercado, enquanto sujeito consciente, ou seja, informado, e de restabelecer por esta via a correta competição entre as empresas.

Tal perspectiva determinou a adoção de instrumentos originais do direito privado. De conseqüência, foi descartada a técnica de editar em favor do consumidor regras uniformes e inderrogáveis relativas a operações contratuais isoladas (por exemplo, preços impostos), o que teria significado uma compressão da autonomia privada, ou a opção de confiar a um ente público a tarefa de difundir as informações necessárias, o que seria muito

difícil. Também sobre o trilho de algumas experiências nacionais, as disposições destinadas a desenvolver o papel de “polícia do mercado” revelaram-se respeitadoras da economia privada quando essa determina o valor do bem e do serviço negociado. O legislador é ao invés interventor, ora para fixar *standards* mínimos em termos de qualidade dos produtos ou dos serviços, essencialmente para preencher o *gap* informativo, que divide as partes relativamente ao tratamento jurídico da relação. Como se verá daqui a pouco, a escolha fundamental foi tornar o mesmo contrato lugar privilegiado pela necessária transmissão destas informações. A este respeito se disse muito eficazmente que de tal modo não se provê somente para reforçar a tutela dos isolados especuladores não profissionais (ou seja, dos indivíduos consumidores), mas também para restabelecer as condições igualitárias entre esses mesmos especuladores profissionais, porque essas, ao propiciarem essas informações, são chamadas a suportar um custo jurídico das operações tendencialmente uniforme, fator este último de grande importância a fim de que se possa ter uma competição efetiva e isto é o correto funcionamento do mercado concorrente.

Nesta perspectiva, pode-se dizer que a disciplina dos elementos estruturais de troca (na espécie do elemento informação) é utilizada pelo legislador comunitário para influenciar por sua vez o exercício e a organização da atividade.

6. AS ESCOLHAS TÉCNICAS DO DIREITO PRIVADO EUROPEU PARA A ESTRUTURAÇÃO DO MERCADO ÚNICO

Entre os instrumentos técnicos dos quais tem-se feito uso, assinalamos a exaltação da forma do contrato e o assim chamado neoformalismo de negociação. Em linhas gerais, a forma é a modalidade determinada pela lei para “a exteriorização” dos atos de autonomia privada, enquanto o formalismo é expressão de uma rígida ligação entre a forma escrita do ato e a “existência neste de um conteúdo específico”⁵⁷. No direito, por assim dizer, comum dos contratos, a forma solene, a qual derroga o princípio da liberdade da forma, tutela sejam as partes contraentes, chamando-lhes a atenção sobre a importância do compromisso, seja sobretudo os terceiros (ou seja os credores dos contraentes e os possíveis diversos adquirentes do pró-

⁵⁷ MASUCCI. “la forma del contratto”. in LIPARI (a cura di). *Diritto privato europeo*. v. II. Padova, 1997. p. 575 ss

prio alienante) interessados na circulação dos bens. Por sua vez, o formalismo, à diferença da forma, serve para tutelar os direitos dos protagonistas da contratação (ainda que haja apenas um somente), seja em relação a determinadas manifestações precedentes à estipulação do ato⁵⁸, seja às específicas situações que intervenham no curso da relação contratual⁵⁹, de modo a reduzir ao mínimo as incertezas e prevenir os litígios⁶⁰.

No direito europeu, ao invés, forma e formalismo, estritamente ligados no sentido em que a primeira é arrastada pelo segundo⁶¹, assumem funções diversas daquelas tradicionais apenas descritas. Como resulta de uma leitura horizontal da disciplina comunitária, de fato, a forma é diretamente destinada a informar (o consumidor) e a consentir que se controle se o conteúdo informativo previsto está respeitado. Nesta lógica, vem justamente evidenciada que “forma e formalismo de negociação assumem para o contrato a mesma função que para os produtos alimentares assume a etiquetagem”⁶². Como iremos ver, o legislador fixou uma grade de cláusulas contratuais que cada parte contratante deve necessariamente inserir no contrato com o intuito de fornecer à outra as informações necessárias ao tratamento jurídico da relação. Uma vez que estas cláusulas podem ser preenchidas pelo mais variado conteúdo, segundo a escolha de cada proponente ou do êxito da tratativa entre as partes, é evidente que fica restabelecido entre as mesmas empresas um correto jogo de concorrência, porque agora o consumidor, removida a nuvem do contrato, pelo motivo visto, pode aderir, entre as várias propostas, àquela que lhe parece mais conveniente, pesando de maneira adequada o valor compreensivo do negócio sem ser forçado a concentrar-se exclusivamente sobre o preço. Portanto, é evidente a diferença entre o neoformalismo de negociação e o formalismo da disciplina codicística, por exemplo, em matéria de condições gerais do contrato ditada pelo art. 1341 do Código Civil italiano. A regra codicística dispõe que as condições gerais unilateralmente estipuladas por uma parte são eficazes nos

⁵⁸ Cfr. Art. 1341 do código civil italiano, que disciplina as condições gerais do contrato.

⁵⁹ Cfr. O art. 1373 do código civil italiano *in* tema de desistência do contrato. De fato, tal disposição estabelece em seu primeiro parágrafo que, se uma das partes é atribuída a faculdade de desistir do contrato, tal faculdade pode ser exercitada até que o contrato não tenha tido um princípio de execução.

⁶⁰ JANNARELLI. “La disciplina dell’atto e dell’attività”, cit., p. 513.

⁶¹ DE NOVA. “Informazione e contratto il regolamento contrattuale”, *in* Riv. Trim. Dir. Proc. Civ., 1993, p. 705 ss.

⁶² JANNARELLI. “La disciplina dell’atto e dell’attività”, cit., p. 513.

confrontos da outra quando o proponente as torna conhecidas com ordinária diligência. Do momento em que é substancialmente indiferente que o contraente a tenha efetivamente conhecido, esta norma representa um ponto de equilíbrio ou de compromisso entre os custos que o proponente deve suportar para pôr à disposição as informações e os custos que a outra parte deve assumir para alcançá-las. Sendo expressão de um mercado já completamente estruturado, tal lógica é completamente superada pela normativa comunitária que, ao invés, visa a estruturar o mercado único. Vêm assim atribuídos exclusivamente às empresas os custos necessários, porque estes devem apresentar-se ao mercado com um contrato destinado a funcionar como veículo necessário a fornecer algumas informações destinadas ao consumidor. Isto explica o regime particular das sanções adotadas para o caso das violações do neoformalismo. Portanto, se previu a nulidade do contrato, deve ser entendida sempre como relativa, ou seja, argüível somente pelo consumidor, enquanto, se fosse absoluta, à evidência, acrescentaria o dano ao escarnecimento. Se o regulamento contratual se apresenta cheio de lacunas, também o problema relativo à eliminação da lacuna é resolvido de maneira original, em relação ao direito geral dos contratos. De fato, a disciplina codicística recorre às normas supletivas, ou seja, a disposições que receberam as soluções afirmadas na *praxis* contratual e portanto receberam uma substancial consagração por parte da autonomia privada, que age em um mercado já operante. Ao invés, no caso da lacuna em cada contrato conseqüente à violação do formalismo e da específica grade das cláusulas contratuais introduzidas pela normativa comunitária, é evidente a ausência de normas supletivas e também a dificuldade em apelar às técnicas da integração legal. Justo porque é próprio à estruturação do mercado o objetivo fundamental, ao qual tende a disciplina privada, a única técnica de intervenção sobre o ato contratual é a integração sancionária: esta é a única a preencher a lacuna e, ao mesmo tempo, a golpear a violação do formalismo. Em outros termos, enquanto no caso da disciplina tradicional, a operação vem reconduzida para a normalidade sobre base dos índices assinalados pelo próprio mercado, no caso da normativa comunitária, o contrato vem colocado fora do contexto do mercado para cuja estruturação deveria ter contribuído⁶³.

⁶³ Nestes claros termos se expressa JANNARELLI. "La disciplina dell'atto e dell'attività", cit. p. 519

Do quanto se já disse é exemplar na Itália a disciplina do crédito ao consumo, contida no Texto Único do crédito de 1993⁶⁴. Inspirando-se nas regras da transparência bancária ditadas também por contratos concluídos com pessoas que não revelam a qualidade subjetiva dos consumidores, a normativa dispõe que, nos contratos de crédito ao consumo, para estipular-se por escrito a pena de nulidade⁶⁵, devem ser indicados determinados elementos⁶⁶, entre os quais a Taxa Anual Efetiva Global (TAEG), o vencimento do contrato, as garantias e as coberturas de seguros em favor do segurador. A sanção para a violação do requisito da forma e do formalismo é a nulidade, mas esta é relativa, ou seja, acionável exclusivamente, pelo consumidor destinatário da proteção (art. 127). Por outro lado, edita o art. 124 que, “nos casos de ausência ou nulidade das cláusulas contratuais, estas últimas são substituídas de direito pelos seguintes critérios”⁶⁷. Lendo-as, é fácil perceber que estas têm um conteúdo claramente punitivo, dado o seu caráter centralizador, a obrigação da informação pode colocar-se também fora do contrato e assinaladamente na fase da tratativa, que neste sentido são também formalizadas. Esta disciplina apresenta igualmente características originais explícitas com a peculiar função atribuída. Para percebermos,

⁶⁴ D lgs. 1º de setembro de 1993, nº 385 (Texto Único delle leggi in materia bancaria e creditizia)

⁶⁵ Art. 117, parágrafo 1º, T.U. del credito: Os contratos são escritos e um exemplar é entregue aos clientes.

⁶⁶ O art. 124 do T.U. dispõe que os contratos de crédito ao consumo devem indicar:

a) O total e a modalidade do financiamento; b) o número, as importâncias e o vencimento de cada prestação; c) TAEG (Taxa Anual Efetiva Global) [Em conformidade com o art. 122 é o custo total do crédito a cargo dos consumidores expresso em percentual anual do crédito concedido. O TAEG compreende os juros e todos os ônus a pagar para a utilização do crédito]; d) o detalhe das condições analíticas segundo o qual o TAEG pode ser eventualmente modificado; e) A quantia e a cláusula dos ônus que estão excluídos do cálculo do TAEG. Nos casos em que não seja possível indicar exatamente tais ônus, deve ser fornecida uma estimativa realística; fora do que por estes nada é devido pelo consumidor; f) As eventuais garantias pedidas; g) As eventuais coberturas de seguros pedidos ao consumidor e não incluídas no cálculo do TAEG. Além disso, os contratos de crédito ao consumo que tenham como objeto a compra de determinados bens ou serviços devem conter a pena de nulidade: a) A descrição analítica dos bens e serviços; b) O preço de compra em dinheiro, o preço estabelecido pelo contrato é o total do eventual pagamento parcial adiantado; c) As condições para a transferência do direito de propriedade nos casos em que a passagem da propriedade não seja imediata, em linhas gerais sobre o crédito ao consumo. cfr. MACARIO, “Il credito al consumo”, *seja in* LIPARI (a cura di), *Diritto privato europeo*, v. II, Padova, 1977, p. 827.

⁶⁷ A) TAEG equivale à taxa nominal mínima dos bônus do tesouro anuais ou de outros títulos similares eventualmente indicados pelo Ministério do Tesouro, emitidos nos doze meses precedentes à conclusão do contrato; b) O vencimento do crédito é em trinta meses; c) nenhuma garantia ou cobertura assegurada é constituída pelo financiador.

pode-se examinar a diretiva CEE de 20 de dezembro de 1985, para a tutela dos consumidores em caso de contratos negociados fora dos locais comerciais, diretiva recebida na Itália em 1992⁶⁸. No caso de vendas, digamos, agressivas comerciais, o comprador é protegido com a possibilidade de desistir do contrato e o vendedor é obrigado a informá-lo da existência de tal direito na fase da pré-negociação. Se, porém, tal informação não é dada ou é dada de modo incompleto, se há expressa estipulação que especifique conseqüências da atividade pré-contratual incorreta, recaem sobre a regulamentação de cada contrato. De fato, o termo para exercer o direito de desistência vem prolongado em evidente dano do empresário⁶⁹. Ele, além disso, submete-se às conseqüências de sua operação também no plano de sua atividade, estando sujeito a uma sanção administrativa destinada a crescer em caso de particular gravidade ou de recidiva⁷⁰. Por outro lado, a construção do mercado é chamada a ser medida não somente com a pouca transparência devida à carência das informações, mas também por uma fragmentação do círculo de concorrentes causada pelo excesso de informações postas mediante a publicidade pelos operadores econômicos desejosos de alcançar o público dos possíveis interlocutores contratuais. O fenômeno assumiu uma importância crescente em relação à progressiva mudança do mesmo conteúdo da mensagem publicitária, que deslocou-se progressivamente da qualidade do produto para a qualidade do contrato, ou seja, o tratamento da operação negocial. De frente a tal situação, revela-se notavelmente inadequada a tradicional resposta preparada por exemplo pelo Código italiano e consistente em uma improvável repressão à publicidade assim chamada enganosa, fadada a anulação *ex post* de cada contrato concluído em presença de um

⁶⁸ D. lgs. de 15 de janeiro de 1992, n° 50 – “Attuazione della direttiva n° 85/577/CEE in materia di contratti negoziati fuori dei locali commerciali” (G.U. de 3 de fevereiro de 1992, n° 27 – suppl. Ord. n. 22) In argomento, JANNARELLI (a cura di), *Le vendite aggressive*, Napoli, 1995.

⁶⁹ Art. 6, parágrafo 2°. D. lgs. de 15 de janeiro de 1992, n° 50: “Qualquer operador comercial que tenha omitido o fornecimento ao consumidor, a informação sobre o direito de desistir, em conformidade com o art. 5°, ou mesmo tenha fornecido uma informação incompleta ou errada que não tenha permitido o correto exercício de tal direito, o termo indicado no parágrafo 1° é de sessenta dias a contar da data da estipulação do contrato, para os contratos que dizem respeito ao fornecimento de bens”. Sobre o ponto, CALDERARE-VITTI, “Condizioni e modalità del diritto di recesso”, in JANNARELLI, *Le vendite aggressive*, cit., p. 147 ss.

⁷⁰ Cfr. art. 11, que prevê como sanção administrativa o pagamento de uma soma de um milhão de liras a dez milhões de liras, limites mínimos e máximos para serem dobrados nos casos em que haja particular gravidade ou imputação de recidiva.

dolus malus ou a uma ação de indenização. A necessária atualização da resposta do Código comunitário a nível da tutela de cada consumidor e do mercado consiste em valorizar a atividade publicitária enquanto tal e em instaurar ainda uma vez uma estreita ligação entre a disciplina de tal atividade e a disciplina do contrato, sobre o evidente pressuposto de que esta última foi concluída por efeito da solicitação desenvolvida pela empresa.

De fato, a diretiva CEE nº 90/314, concernente às viagens, às férias e aos circuitos “tudo incluído”, em vigor na Itália por uma lei de 1995⁷¹, diz que “as informações contidas no opúsculo (eventualmente posto à disposição do consumidor) vinculam o organizador e o vendedor em relação às respectivas responsabilidades” e afirma que as informações fornecidas são fontes de responsabilidade contratual. Em segundo lugar, esclarece que a responsabilidade surge somente por ocasião da estipulação do contrato que evidentemente ignora as condições que foram publicadas e portanto prometidas, frustrando as legítimas expectativas do consumidor que nelas havia confiado (art. 9).

O princípio mínimo de tutela do consumidor é assegurado pela diretiva nº 13 de 1993 sobre as cláusulas abusivas⁷² e recepcionadas pelo Código Civil com a Lei nº 52 de 1996⁷³. No momento, se propõe somente uma breve reflexão. É necessário, isto é, evidenciar que as regras em referência não têm a intenção de distanciar-se do escopo de assegurar o correto funcionamento do mercado. De fato, a avaliação da iniquidade de cada cláusula, com a conseqüente ineficácia não depende de algum modo da avaliação do conteúdo econômico do acordo e em particular de um juízo sobre o preço dos bens ou dos serviços, elemento completamente remetido à apreciação da autonomia privada⁷⁴, nem deriva automaticamente da pura e simples di-

⁷¹ D lgs. de 17 de março de 1995, nº 111 - “Attuazione della direttiva nº 90/314/CEE concernente i viaggi, le vacanze ed i circuiti *tutto compreso*” (G.U. de 14 de abril de 1995, nº 88. In argomento, SALINGARDI e MORANDI, La “vendita di pacchetti turistici”. La direttiva 13 giugno 1990/314/CEE ed il d lgs. 17 marzo 1995, nº 111, 2 ed., Torino, 1998.

⁷² PARDOLESI, “Cláusulas abusivas (nei contratti dei consumatori) una direttiva abusata?”, in *Foro It.* 1994, V c 138

⁷³ No Código Civil italiano o capítulo XIV - bis, *Dei contratti del consumatore*, foi inserido pelo art. 25 pela lei de 6 de fevereiro de 1996, nº 52 *Disposizione per l'adempimento degli obblighi derivanti dall'appartenenza all'Italia alle comunità europee legge comunitaria 1994* Supplemento alla G.U. del 10 febbraio 1996, nº 54

⁷⁴ Art. 1469 Ter: “A avaliação do caráter venatório da cláusula não diz respeito à determinação do objeto do contrato, nem à adequação da correspondência dos bens e dos serviços, desde que tais elementos sejam determinados de modo claro e compreensível”

ferença de poder e de força contratual das partes. A avaliação do abuso diz respeito às cláusulas que regulam os direitos e as obrigações das partes, se estas não foram objeto de uma negociação individual. Trata-se, portanto, daquelas cláusulas contidas nos contratos por adesão pré-estabelecidas, não daquelas redigidas preventivamente pelo operador profissional segundo o esquema do assim denominado pegar ou largar. Em tal caso, a diretiva (e agora o art. 1469 *sexies*) prevêem uma forma de controle que atua a prescindir da estipulação em cada contrato enquanto o julgamento pode ser solicitado por pessoas coletivas legitimadas a tutelar os interesses dos consumidores⁷⁵. Se, ao invés, o controle se dirige a um específico contrato, então, a confirmação do espírito da diretiva acima evidenciada assume uma grande importância, a exceção, pela qual a cláusula salva foi objeto de uma tratativa desenvolvida, em relação às circunstâncias e segundo o critério da boa-fé. Dado que as cláusulas abusivas servem ao proponente para transferir ao aderente determinados riscos cuja superveniente confirmação lhe foi manifestada pelo andamento dos negócios do qual ele é *expert*, é evidente que, ao predispor-las, ele se vale de conhecimentos e de experiências que não são do conhecimento do outro contraente: nesses termos, guardando conformidade com o objetivo de fazer funcionar corretamente o mercado que a cláusula venha a ser salva somente se o empresário *expert* no curso da tratativa tiver preenchido o *gap* informativo, tomando claramente informada a contraparte do risco que assumiria, se subscrevesse uma cláusula deste tipo. ◆

⁷⁵ A lei de 30 de julho de 1998, n° 241, "Disciplina dei diritti dei consumatori e degli utenti" (in G.U. de 14 de agosto de 1998) legitima "as associações dos consumidores e dos usuários inseridos no elenco do qual o art. 5° para agir na tutela dos interesses coletivos, requerendo ao juiz competente, a) inibir os atos e os comportamentos lesivos dos interesses dos consumidores e dos usuários. b) adotar as medidas idôneas para corrigir ou eliminar os efeitos danosos das violações accertadas. c) ordenar a publicação da medida em difusão nacional ou mesmo local nos casos em que a publicidade da medida possa contribuir para corrigir ou eliminar os efeitos das violações accertadas". Sobre o ponto, BASTIANOS, "Brevi osservazioni sulla legge n. 281/1998 in materia di tutela dei consumatori", in Resp. Civ. e Prev., 1999, p. 527 ss "Per un'applicazione giurisprudenziale". Trib. Tonno, 3 ottobre 2000 (ord.). in Corriere Giuridico, 2001, p. 389

O PRIVILÉGIO PÚBLICO DO RECURSO DE OFÍCIO NO PROCESSO CIVIL

HAMILTON CARVALHIDO

Ministro do Superior Tribunal de Justiça. Professor de Direito Penal.

Diversamente das Constituições anteriores¹, a vigente Constituição da República, na letra do inciso I.V do seu artigo 5º, estendeu a garantia do duplo grau de jurisdição ao processo civil, compreendida no direito ao recurso, essencial à ampla defesa, preceituando que “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.”

Trata-se de norma constitucional expressa, com aplicação imediata², que tem como destinatários não mais apenas os acusados, mas também os litigantes, em processo judicial ou administrativo, informando, assim, na força da sua natureza e função dentro do sistema de direito positivo, a validade e a matéria das normas infraconstitucionais de processo.

¹ CONSTITUIÇÃO POLITICA DO IMPÉRIO DO BRASIL, art. 179, 8º “Ninguém poderá ser preso sem culpa formada, exceto nos casos declarados na lei, e nestes, dentro de 24 horas, contadas da entrada na prisão, sendo em cidades, vilas ou outras povoações proximas aos lugares da residência do juiz e nos lugares remotos, dentro de um prazo razoavel, que a lei marcará, o juiz, por uma nota por êle assinada, fará constar ao reu o motivo da prisão, o nome do seu acusador, e os das testemunhas, havendo-as”. CONSTITUIÇÃO DE 1891, art. 72, § 16 “Aos acusados se assegurará na lei a mais plena defesa, com todos os recursos e meios essenciaes a ella, desde a nota de culpa, entregue em 24 horas ao prêso e assinada pela autoridade competente, com os nomes do acusador e das testemunhas”. CONSTITUIÇÃO DE 1934, art. 113, 24 “A lei assegurará aos acusados ampla defesa, com os meios e recursos essenciaes a ella”. CONSTITUIÇÃO DE 1937, art. 122, inciso 11, 2ª parte “Ninguém podera ser conservado em prisão sem culpa formada, sendo pela autoridade competente, em virtude de lei e na forma por ella regulada, a instrução criminal sera contraditoria, asseguradas, antes e depois da formação da culpa, as necessarias garantias de defesa”. CONSTITUIÇÃO DE 1946, art. 141, § 25 “É assegurada aos acusados plena defesa, com todos os meios e recursos essenciaes a ella, desde a nota de culpa, que, assinada pela autoridade competente, com os nomes do acusador e das testemunhas, será entregue ao prêso dentro em vinte e quatro horas. A instrução criminal sera contraditoria”. CONSTITUIÇÃO DE 1967, art. 26, § 15 “A lei assegurara aos acusados ampla defesa, com os recursos a ella inerentes. Não haverá fóro privilegiado nem tribunais de exceção”

² CONSTITUIÇÃO FEDERAL, artigo 5º, parágrafo 1º

Anteriormente, o duplo grau de jurisdição, na ciência do direito processual civil³, era deduzido fundamental e implicitamente do *due process of law*, como garantia dele indissociável, anotando o ilustre jurista J. J. Calmon de Passos, que o seu estudo “como garantia constitucional desmereceu, da parte dos estudiosos, em nosso meio, considerações maiores. Ou ele é simplesmente negado como tal ou, embora considerado como insito no sistema, fica sem fundamentação mais acurada, em que ao alto saber dos que o afirmam, certamente por força da larga admissibilidade dos recursos em nosso sistema processual, tradicionalmente, sem esquecer sua multiplicidade.”⁴

Tal garantia do duplo grau de jurisdição, que se contém no direito ao recurso⁵, essencial à ampla defesa, hoje ampliada aos litigantes em geral, em processo judicial ou administrativo, somente comporta, por óbvio, exceção também de natureza constitucional e se define, na cátedra dos cultores do direito processual civil, como o direito das partes ao reexame da sentença por um tribunal superior ao da decisão prolatada⁶.

³ Direito e Ciência do Direito são aqui distinguidos, definindo-se aquele como norma e esta como conhecimento que a tem como objeto

⁴ *IN ESTUDOS JURÍDICOS EM HOMENAGEM A FACULDADE DE DIREITO DA BAHIA - 1891/1981*, p. 88. Saraiva. São Paulo, 1981.

⁵ V. FERNANDO DE ALMEIDA PEDROSO, *PROCESSO PENAL. O DIREITO DE DEFESA: REPERCUSSÃO, AMPLITUDE E LIMITES*, p. 286/287. Forense. Rio de Janeiro, 1986. “Do Direito Recursal - Na instância cognoscitiva de primeiro grau, esgotou o acusado a sua atividade defensiva, terçando e pugnando para que as provas carregadas não conferissem embasamento a um decreto de preceito condenatório. Contudo, sucumbindo diante da condenação a final prolatada, assoma-se no espírito do sentenciado um sentimento natural de irrisignação. Justo é, por conseguinte, que se lhe abra a perspectiva de ver apreciada essa sua irrisignação, outorgando-se-lhe o ensejo de expor as razões pelas quais se insurge contra o édito condenatório e de provocar o reexame da matéria e, conseqüentemente, da defesa que exerceu no decorrer da relação processual penal. Dai aflorar o princípio do duplo grau de jurisdição, que, em primeiro lugar, visa satisfazer - como nota Moacyr Amaral Santos - uma exigência humana ‘Ninguém se conforma com uma única decisão que lhe seja favorável’. Ou, como pondera João Monteiro, recurso ‘é a expressão legal do instinto que leva todo homem a não se sujeitar, sem reação, ao conceito ou sentença do primeiro censor ou Juiz.’”

⁶ V. ANTÔNIO CARLOS DE ARAÚJO CINTRA, ADA PELLEGRINI GRUNOVER E CÂNDIDO R. DINAMARCO, “Teoria Geral do Processo”, p. 41, *Revista dos Tribunais*, São Paulo, 1984

MOACYR AMARAL DOS SANTOS, *COMENTÁRIOS AO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL*, p. 498, 1ª edição. Fonseca. Rio de Janeiro, 1976. “PRINCÍPIO DO DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO - O princípio do duplo grau de jurisdição, consagrado pela Revolução Francesa, consiste em admitir-se, como regra, o conhecimento e a decisão das causas por dois órgãos jurisdicionais, sucessivamente, o segundo de grau hierarquicamente superior ao primeiro. Nesse princípio se acha um dos alicerces dos recursos e de sua teoria. Trata-se de um princípio posto à disposição da parte vencida, à qual se concede o direito de recorrer da decisão para órgão jurisdicional hierarquicamente superior, a fim de que por este a matéria decidida seja reexaminada e novamente julgada.”

J. C. BARBOSA MOREIRA, *COMENTÁRIOS AO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL*, volume V, 6ª edição. Forense. Rio de Janeiro, 1993

A pluralidade de instâncias não se fez presente nos primórdios, em que a instância única era a regra. A possibilidade de erro ou má-fé introduziu a tendência ao reexame da sentença judicial, que, primeiro, foi função do próprio soberano delegante, somente se oferecendo como firmado o princípio do duplo grau de jurisdição, na Revolução Francesa.⁷

E foi da hierarquização dos graus de jurisdição que a apelação obteve historicamente a essência que hoje ostenta, apresentando-se como o recurso que, por excelência, manifesta o princípio do duplo grau de jurisdição, na força da devolutividade plena que o caracteriza.⁸

No direito brasileiro, cuja teoria dos recursos foi construída segundo princípios peculiares à tradição lusitana, observa Alfredo Buzaid, transcrevendo nota de Liebman às **Instituições de Direito Processual Civil** de Chiovenda, ao lado da apelação voluntária, “há essa figura de apelação, interposta pelo próprio juiz de sua sentença.”⁹

É a apelação *ex officio*, que foi adotada não apenas no processo penal, como por igual no processo civil, e em várias leis especiais com a denominação genérica de recurso *ex officio*.

Presente nas Ordenações Afonsinas¹⁰, Manuelinas¹¹ e Filipinas¹², a apelação *ex officio* foi trazida, pela primeira vez, ao processo civil, pela Lei de 4 de outubro de 1831, que a instituiu no caso de sentença contra a Fazenda Nacional (artigo 90).

Com a unificação do sistema processual, ficou a matéria assim disciplinada no artigo 822 do Código de Processo Civil, de 1939 (Decreto-lei nº 1.608), que entrou em vigor em 1º de março de 1940:

⁷ V. PONTES DE MIRANDA, **COMENTARIOS AO CODIGO DE PROCESSO CIVIL (1939)**, VOLUME XI, 2ª edição, p. 15, Forensc. Rio de Janeiro, 1960

⁸ V. ELIEZER ROSA, **DICIONARIO DE PROCESSO CIVIL**, p. 91, Rio de Janeiro, 1957

⁹ *In ESTUDOS DE DIREITO*, p. 209, Saraiva, São Paulo, 1972

¹⁰ **ORDENAÇÕES DO SENHOR REY D. AFFONSO V.**, LIVRO V, Titulo LVIII, 15 e 16 (Fundação Calouste Gulbenkian, p. 221) “15 - E se os querellosos quiserem acusar, e demandar, vaam per esses feitos en diante, ataa que dem en elles livramento com direito, e se acusar nom quizerem, tomem esses Juizes o feito polla Justiça, e façam essas acusaçoens aa custa dos querellosos, ie beens teverem, e se nom aa custa dos Concelhos, honde os malleficios sejam feitos, segundo he contheudo na Hordenaçom do Regno, e acabados esses feitos, se as partes nom appellarem, appellem elles pera Nós polla Justiça 16 - E em caso, que das querellas suso ditas se mostre, que o querelloso foi mallecioso em obrigar o preso, ou dar a querella, dizendo que foi dos casos suso ditos ou cada hui delles, e se mostrar que foi em reixa nova, appelle o Juz, e mande a appellaçom, e tanto que esto assy acharem, prendam logo o querelloso, e nom o solem atee que venha o desembargo da appellaçom e quando enviarem a appellaçom enviem

“Art. 822. A apelação necessária ou ex officio será interposta pelo juiz mediante simples declaração na sentença.

Parágrafo único. Haverá apelação necessária:

I – Das sentenças que declaram a nulidade do casamento;

II – Das que homologam o desquite amigável;

III – Das proferidas contra a União, o Estado ou o Município.”

(Decreto-lei nº 4.565, de 11 de agosto de 1942, artigo 31).

Em função da sua natureza de condição de eficácia da sentença, objeto de incansável reflexão no âmbito da ciência do direito processual, a apelação necessária ou *ex officio* é matéria do artigo 475 do vigente Código de Processo Civil, do seguinte teor:

“Art. 475. Está sujeita ao duplo grau de jurisdição, não produzindo efeito senão depois de confirmada pelo tribunal, a sentença:

I - que anular o casamento;

II - proferida contra a União, o Estado e o Município;

III - que julgar improcedente a execução de dívida ativa da Fazenda Pública (art. 585, n. VI).

Parágrafo único. Nos casos previstos neste artigo, o juiz ordenará a remessa dos autos ao tribunal, haja ou não apelação voluntária da

dizer como he preso o querrelloso, pera lhe feer dada pena e ao acusado feer julgada emmenda e correjimento da perda e dampno. que por ello recebeu”

¹¹ **ORDENAÇÕES DO SENHOR REY D. MANUEL, LIVRO V**

Titulo 1. 2 (Fundação Calouste Gulbenkian, p. 5) *“E NOMSOOMENTE deuem apellar da sentença definitiva, mas ainda de qualquer interlocutoria que trouga tal agrauo que se nom possa despois reparar no caso d'apellaçam, assi como se o Juiz juiguasse meter o preso a tormento, ca dando loguo sua sentença a execução já nom poderá o preso reparar no caso d'apellaçam aquelle dâno que hi recebesse, se nom for justamente atormentado. E por tanto se de tal sentença a parte apellar, seer-lhe-há recebida apellaçam, e se a parte nom apellar, o Julgador apellará por parte da Justiça”*

Titulo XLII. 3 (Fundação Calouste Gulbenkian, p. 126) *“E em todos os casos sobreditos a Justiça haa lugar, e se appellara por parte da Justiça quando cada hua das partes nom apellar, ou desistir da accusaçam, e isto assi da sentença definitiva dada em cada hua dos ditos casos, como da interlocutoria que aja força de definitiva(.)”*

¹² **ORDENAÇÕES E LEIS DO REINO DE PORTUGAL RECOPIADAS PER MANDADO DO MUITO ALTO CATHOLICO E PODEROSO REI DOM PHILIPPE O PRIMEIRO, LIVRO V, TITULO CXXII (Fundação Calouste Gulbenkian, p. 1282/1283)** *“Dos casos, em que a Justiça ha lugar e dos em que se appellara por parte da Justiça - Em todos os casos em que se receber querrela a Justiça ha lugar e se appellara por parte della quando cada hua das partes não apellar, ou desistir da accusaçam e isto assi da sentença definitiva como da interlocutoria que tenha força de definitiva(.)”*

parte vencida; não o fazendo, poderá o presidente do tribunal avocá-los.”

Tem-se, desse modo, na obediência à letra da lei, que está sujeita ao duplo grau de jurisdição, não produzindo efeito senão depois de confirmada pelo tribunal, “a sentença proferida contra a União, o Estado e o Município; que julgar improcedente a execução de dívida ativa da Fazenda Pública (artigo 585, n. VI).” (inciso III do artigo 475 do Código de Processo Civil).

E a interpretação sistemática dos incisos II e III do artigo 475 do Código de Processo Civil desvela que aquele rege, de forma extensiva, o reexame necessário no processo de conhecimento e este, de forma restritiva, o reexame necessário no processo de execução, admitindo-o, como o admite, apenas na “sentença que julgar improcedente a execução de dívida ativa da Fazenda Pública (artigo 585, inciso VI).”

Por isso, preceitua o parágrafo único do mesmo artigo 475 do Código de Processo Civil:

“Parágrafo único. Nos casos previstos neste artigo, o juiz ordenará a remessa dos autos ao tribunal, haja ou não apelação voluntária da parte vencida; não o fazendo, poderá o presidente do tribunal avocá-los.”

Também por isso, dispõe o artigo 520, inciso V, do Código de Processo Civil que “a apelação será recebida em seu efeito devolutivo e suspensivo”, salvo “quando interposta de sentença que rejeitar liminarmente embargos à execução ou julgá-los improcedentes”, caso em que será “recebida só no efeito devolutivo”.

Longe de incompatíveis, as disposições dos artigos 475, inciso III, e 520, inciso V, do Código de Processo Civil, ajustam-se à perfeição, na exata medida em que o reexame necessário, no processo de execução, é restringido pelo inciso III do artigo 475 do Código de Processo Civil apenas à hipótese de “sentença que julgar improcedente a execução de dívida ativa da Fazenda Pública (artigo 585, inciso VI)” e o inciso V do artigo 520 do Código de Processo Civil suprime o efeito suspensivo à apelação da sentença que “rejeitar liminarmente embargos à execução ou julgá-los improcedentes”, exurgindo manifesta a relação norma especial - norma geral que se estabelece entre as disposições legais processuais em questão.

E tanto mais evidentes se fazem a sustentada restrição do reexame necessário, no processo de execução, e a relação norma especial - norma geral que se estabelece entre os artigos 475, inciso III, e 520, inciso V, do Código de Processo Civil, quanto se tem presente que a alusão “(artigo 585, inciso VI)”, na disposição inserta no inciso III do artigo 475 do Código de Processo Civil, determina que se a recolha como a hipótese legal de sentença que julgar improcedente, não, a execução, mas, sim, os embargos à execução de dívida ativa da Fazenda Pública, o que, mais uma vez, põe na luz da evidência, a sua pertinência exclusiva ao processo de execução e, neste, a restrição do reexame necessário aos embargos à execução de dívida ativa, quando julgados procedentes e, pois, contra a Fazenda Pública.

Não é outro o magistério de José Afonso da Silva, a propósito do inciso III do artigo 475 do Código de Processo Civil:

“Outro problema: é isto que está dito no inciso III: sentença que julgar improcedente a execução de dívida ativa da Fazenda Pública. Mas, na verdade, não se julga mais improcedente a execução no sistema deste Código. O Código agora uniformizou, unificou os meios de promoção da execução. No sistema anterior havia dois modos de promover a execução: o sistema dos artigos 882 e seguintes do Código, para execução das sentenças condenatórias; o sistema das ações executivas do art. 298, para os chamados títulos executivos não sentenciais, e, para a execução do título executivo da Fazenda Pública, o Dec. Lei nº 960.

Ora, nestes casos, propostas as ações executivas, que eram um misto de atos executivos e de processo de conhecimento, havia, realmente, uma contestação (ou os embargos previstos no Dec. Lei nº 960 que tinham a natureza de contestação), daí se inserir, depois de penhora, um procedimento de conhecimento, dentro do processo executivo, pelo qual o juiz deveria julgar a própria procedência da ação. E se a julgasse procedente, aí se prosseguiria nos demais atos da execução com a avaliação, arrematação, etc. Ou se julgava improcedente a ação e aí se tinha um julgamento efetivo contra a Fazenda, e cabia o recurso ex officio. Mas agora isso não ocorre. Por quê? Porque a execução dos títulos extrajudiciais se realiza tal como a execução da sentença e a diferença está apenas na natureza dos títulos executivos, previstos no art. 584 - títulos executivos judiciais; sentenças

condenatórias etc. e no art. 585, os chamados títulos executivos extrajudiciais: promissórias, letras de câmbio etc. No inciso VI, achase a certidão da dívida ativa, como título executivo extrajudicial da execução fiscal, execução que se processa tal como qualquer execução para recebimento de quantia certa, com penhora e demais atos da execução, sem uma decisão de julgamento da execução. O que ocorre? (Nisto é que deve ter entendido o texto). É que depois da penhora, em qualquer execução por quantia certa o executado pode opor embargos, mas estes não são contestação; estes embargos têm a natureza de ação; é uma ação contra os atos de execução, tendente à paralisação dos atos executivos, e, por isso mesmo, é que o recorrente é intimado para impugná-los, formando aqui um processo de conhecimento, visando a paralisar a execução; ação essa conexa com o processo de execução, que pode terminar com acolhimento dos embargos, ou com sua rejeição, isto é, julgando procedentes os embargos, ou julgando-os improcedentes. Ora, é exatamente quando se julgam os embargos procedentes, que envolve o prejuízo para a Fazenda; é neste caso então que a decisão fica sujeita ao duplo grau de jurisdição, e não como se diz aqui; portanto, deve entender-se, na verdade, o julgamento de procedência dos embargos, em vez de julgamento de improcedência da execução.”¹³

Da reflexão, contudo, do reexame necessário resulta, de forma manifesta, que as ações contra o Poder Público e aquelas outras de execução de dívida ativa por ele propostas, em sendo procedentes o pedido inicial, no primeiro caso, e os embargos do executado, no segundo caso, estão, na letra da lei, submetidas à competência funcional¹⁴, com o que se atribui a tais pleitos judiciais uma natureza complexa, enquanto participam, a um só tempo, da natureza dos processos próprios do primeiro grau de jurisdição e da natu-

¹³ *In ESTUDOS SOBRE O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL*, p. 192/194. Resenha Tributária. São Paulo

¹⁴ V. JOSÉ FREDERICO MARQUES, *INSTITUIÇÕES DE PROCESSO CIVIL*, volume I, p. 356, 2ª edição. Forense. Rio de Janeiro, 1962. “Fala-se em competência funcional quando se tem de determinar, num dado processo, os órgãos judiciais que devem participar da relação processual, e sobre a prática dos atos que lhe são atribuídos dentro desse processo. Cuida-se, pois, na competência funcional, de repartir o poder jurisdicional, entre órgãos judiciais, dentro de um mesmo processo. Como diz CHIOVENDA, ha competência funcional quando as diversas funções necessárias num mesmo processo ou coordenadas à atuação da mesma vontade de lei são atribuídas a juizes diversos ou a órgãos judiciário diversos”

reza dos processos da competência originária dos tribunais, por isso que a sentença tem a sua eficácia condicionada à sua confirmação no grau superior da jurisdição.

De tal natureza complexa, decorrem o tratamento desigual das partes, a supressão do direito ao reexame da decisão da demanda, com devolução plena e a impossibilidade de defesa da sentença favorável quando irrecorrida pela parte até então sucumbente, que fundam invencível desconforto às garantias constitucionais do contraditório, da ampla defesa e, em especial, do duplo grau de jurisdição, pura conseqüência, em verdade, da preservação de rematado privilégio outorgado ao Poder Público¹⁵, incompatível com o Estado Democrático de Direito, porque próprio do processo autoritário e marca indelével do obscuro Estado Autoritarista que, a pretexto de segurança, viola garantias fundamentais.

De qualquer modo, diante do elastério que, por vezes, se tem atribuído ao reexame necessário, gize-se que as suas normas, pela afinidade que guardam com o autoritarismo, são de direito estrito e devem ser interpretadas restritivamente, em obséquio dos direitos fundamentais constitucionalmente assegurados, até porque, ao menor desaviso, submeter-se-á o processo a tempos sociais prescritivos, denegatórios do direito a tutela jurisdicional.

Peremptas as razões históricas que sustentavam o duplo grau de jurisdição nas sentenças anulatórias de casamento (Código de Processo Civil, artigo 475, inciso I) e incontornável o desajuste dos privilégios do Poder Público aos direitos da pessoa humana, já tarda o banimento do reexame necessário da sede do processo civil, senão do próprio sistema de direito positivo brasileiro. ♦

¹⁵ V HUBERTO TEODORO JUNIOR, CURSO DE DIREITO PROCESSUAL CIVIL, volume I, p. 534. 11ª edição. Forense, Rio de Janeiro, 1994. *"Quanto ao conteúdo do julgamento que o Tribunal deve pronunciar, por força do reexame ex officio, há de lembrar-se que, quando o duplo grau de jurisdição opera como um remédio processual de tutela dos interesses de uma das partes, como é o caso da Fazenda Pública, não pode a reapreciação da instância superior conduzir a um agravamento da situação do Poder Público, sob pena de cometer-se uma intolerável reformatio in pejus. Dessa maneira, a sentença só poderá ser alterada contra a Fazenda quando, a par da remessa ex officio, houver também recurso voluntário da parte contrária."*

AS CLÁUSULAS ABUSIVAS NOS CONTRATOS COM CONSUMIDORES NO DIREITO BRASILEIRO E NO ITALIANO

LUIZ ROLDÃO DE FREITAS GOMES

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

I - CLÁUSULAS ABUSIVAS

1. Assim se qualificam aquelas dispostas nos diversos incisos do art. 51 do CODECON, que atentam fundamentalmente contra projeções específicas nos respectivos contratos dos postulados da boa-fé objetiva, do resguardo da vulnerabilidade do consumidor e da transparência nos contratos por ele celebrados, que informam o arcabouço de seu sistema. Dir-se-ia, enfim, serem aquelas que ofendem os deveres de lealdade, de correção, de informar, que caracterizam a boa-fé objetiva, seu pilar fundamental, e comprometem o equilíbrio no contrato.

Como em sua quase totalidade apresentam-se os contratos com o consumidor como de adesão, impõe-se, para que não se abalem os alicerces daquele microsistema, que sejam prevenidas as situações que possam pôr em xeque suas diretrizes basilares.

Optou, destarte, o legislador, seguindo, em parte, modelos de outros Países (Alemanha, França, Espanha, Portugal), por inscrever, em caráter exemplificativo no nosso, comportamentos e condutas, que, por se porem em desarmonia com o Código do Consumidor, quando não violarem seus princípios, devam ser privados de efeito.

2. No Direito tedesco, em parte, consideram-se inexistentes, não-escritas ou não-incluídas no contrato (também na lei francesa, respectivamente, de 1976 a 1978 – Cf. Cláudia Lima Marques, “Notas sobre o sistema de proibição de cláusulas abusivas no Código Brasileiro do Consumidor (Entre a tradicional permeabilidade da ordem jurídica e o futuro pós-moderno do direito comparado” -, *in Revista Trimestral de*

Direito Civil, nº 1, v. 1, 2000, pp. 13 e segs.). Menciona a autora que, “no direito comparado, as sanções para evitar a prática da inclusão de cláusulas abusivas são sua ineficácia (*Unwirksamkeit*), como na lei alemã de 1976 (§§ 9, 10, 11, AGBGB), sua declaração como ‘não-escritas’ ou sua não inclusão no contrato (art. 35 da lei francesa de 1978, § 3 da lei alemã), expressão tradicional que alguns consideram semelhante à inexistência e outros aproximam da nulidade e, por fim, sua nulidade (lei portuguesa, luxemburguesa, brasileira)”.

3. Nelson Nery Jr., em texto sobre aquelas “Cláusulas”, no “Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do Anteprojeto”, do qual foi um deles, Forense Universitária, 6ª ed., 1999, pp. 487 e segs., explana que elas não se confundem com o abuso do direito do parágrafo único do art. 160 do Código Civil, interpretado *a contrario sensu*. São sinônimas de *cláusulas opressivas, vexatórias, onerosas* ou ainda *excessivas*. Em sua concepção, são aquelas notoriamente desfavoráveis à parte mais fraca na relação contratual, o consumidor, por expressa definição, aliás, do art. 4º, I, do CDC. Tornam inválida a relação contratual pela quebra do equilíbrio entre as partes, pois normalmente se verificam nos contratos de adesão, “nos quais o estipulante se outorga todas as vantagens em detrimento do aderente, de quem são retiradas as vantagens e a quem são carregados todos os ônus derivados do contrato”. Não se restringem àqueles contratos, mas são encontradas em todo e qualquer contrato de consumo, escrito ou verbal, pois o desequilíbrio contratual, com a supremacia do fornecedor sobre o consumidor, pode ocorrer em qualquer contrato, concluído mediante qualquer técnica contratual. “O CDC visa a proteger o consumidor contra as cláusulas abusivas *tout court* e não somente o aderente do contrato de adesão” Nele são tratadas em seção diversa daqueles.

4. Sua nulidade é regida por sistema próprio. Não se aplicam inteiramente às relações de consumo as correspondentes normas no Código Civil, Comercial, de Processo ou em leis extravagantes.

Reclamam as invalidades microssistemas, como no CDC, para atenderem às suas peculiaridades. Ele se afastou do sistema do Código Civil, pois supera a regra de que as nulidades de pleno direito independem de declaração judicial para se fazerem atuar, e de que as nulidades absolutas precisam de sentença para serem reconhecidas. Não agasalhou a bifurcação: nulidade absoluta e relativa. Só admite a nulidade de pleno direito quando

enumera as cláusulas abusivas, porque *ofendem a ordem pública de proteção ao consumidor*, base de seu sistema (art. 1º).

Deve ser pronunciada judicialmente em ação direta (ou reconvenção), em exceção substancial na contestação ou de ofício. A sentença que a proclama não é declaratória, mas constitutiva negativa (Reporta-se ao entendimento de Kazuo Watanabe, outro autor do Código, in “Breve Reflexão sobre a natureza da sentença de nulidade de casamento”, in RT, 542/25 – *ibidem*, p. 491, nota 127).

II. O ROL DAS CLÁUSULAS ABUSIVAS E SEUS EFEITOS

5. É ele meramente exemplificativo, vindo elas discriminadas no art. 51. Segundo Cláudia de Lima Marques, art. cit., elas podem ser reunidas em três grupos: 1º) *das que limitam os novos direitos do consumidor* (incisos I, II, III, VI, XVI e XV do art. 51; arts. 24 e 25 do CDC); 2º) *as cláusulas criadoras de vantagens unilaterais para o fornecedor* (incisos IX, X, XI, XII e XIII do art. 51 e art. 53 do CDC); 3º) *cláusulas “surpresa”* (incisos VII e VIII do art. 51).

No tocante a estas, o inciso V do art. 51, que as cominava diretamente de invalidade, foi vetado sob o argumento de que já estavam coibidas no inc. IV, do art. 51, verdadeira cláusula geral da abusividade. Preceituava a disposição vetada que elas consistiam nas estipulações que, “segundo as circunstâncias e, em particular, segundo a aparência global do contrato, *vissem a surpreender o consumidor*, após a celebração do contrato”. A elas se reporta Nelson Nery Jr. como “*die Uberraschenden Klauseln*”, da Lei tedesca. Continuam proibidas, porque contrariam a boa-fé, o dever de informar adequadamente ao consumidor e o sistema de sua proteção. Este impõe ao fornecedor o ônus de informar-lhe sobre o conteúdo efetivo do contrato, esclarecendo-o sobre eventuais dúvidas a respeito de estipulação contratual, sob pena de não o vincular.

A proibição da cláusula-surpresa guarda relação com a cláusula geral da boa-fé, inscrita no inc. IV do art. 51. Ambas configuram técnica de interpretação da relação jurídica de consumo e constituem verdadeiros e abrangentes pressupostos negativos de validade e eficácia do contrato de consumo, quer dizer, “as cláusulas contratuais devem obedecer à boa-fé e à equidade e não devem surpreender o consumidor após a conclusão do negócio, pois este contratou sob certas circunstâncias e devido à aparência global do contrato” (*ibidem*, p. 503).

III. A CLÁUSULA GERAL DA BOA-FÉ

6. Vem prevista no inc. IV c/c. o § 1º do art. 51 e recebe a admoestação de que, por sua amplitude, deveria constar de disposição própria (Cláudia de Lima Marques): “é verdadeira norma proibitória de todos os tipos de abusos contratuais, mesmo aqueles já previstos exemplificativamente nos outros incisos do art. 51”.

Pode-se dizer que atua à semelhança do art. 554 do Código Civil, relativamente à fórmula genérica do “mau uso da propriedade” nos direitos de vizinhança (Cf. **Conflito de Vizinhança e sua Composição**, do saudoso Prof. San Tiago Dantas, For. 2 ed.).

É princípio universal, segundo NELSON NERY JR., e figura nos mais importantes sistemas, tutelando o consumidor. É o caso, v.g., do § 9º da AGB-Gesetz alemã; do art. 16 do Decreto-Lei português nº 446/85; do art. 10, 1, c, da lei espanhola de proteção ao consumidor (Lei nº 20/1984, de 19 de julho).

Radica-se, porém, em fontes mais remotas no **Treu und Glauben**, do § 157 do BGB, passando, pela amplitude de seu conceito, ao longo da doutrina e jurisprudência de outros países (França, Itália, Portugal), vindo a receber consagração nos Códigos Civis dos dois últimos (a regra *della correttezza* – nos arts. 1.175, 1.337 e 1.358 no Código Civil italiano).

É a base das relações jurídicas (LARENZ, *apud* RUI DE ALARCÃO, *in* “Direito das Obrigações”, texto elaborado com base nas lições do 3º Ano Jurídico, Coimbra, 1983).

É hoje norte e fundamento de todo o Direito, inclusive nas Obrigações (Cf. a excelente obra de JUDITH MARTINS COSTA, “A Boa-fé no Direito Privado”, RT, 2000). Impregna de conteúdo os sistemas abertos, a que se inclinam as legislações contemporâneas.

IV. AS CLÁUSULAS ABUSIVAS NO DIREITO ITALIANO

7. Nele, a expressão “contratos de consumidores” é muito vasta, porquanto compreende os contratos de crédito ao consumo, os de viagem, os de aquisição de bens e serviços, certos contratos bancários e outros (Cf. GUIDO ALPA e MICHELE DASSIO, “Les contrats de consommateurs et les modifications du Code Civil italien”, *in* **Revue Internationale de Droit Comparé**, 1997, nº 3, p. 629 e segs.)

São objeto de disciplina nos arts. 1.469 *his sexies*, inseridos no título dedicado ao contrato em geral, no Código Civil, para integrar, no plano interno, as normas da Diretiva comunitária nº 93/13.

Mediante o art. 25 da Lei de 6 de fevereiro de 1996 - nº 52, o Estado italiano recepcionou aquela Diretiva. Suas normas introduziram no sistema civilístico uma particular disciplina geral da categoria dos contratos dos consumidores, diferenciando-os dos outros contratos de massa e individuais, que continuam regidos pelos preceitos antes vigentes.

Assinala o Prof. Pietro Maria Putti, in “Codice del Consumo e del Risparmio”, a cura de GUIDO ALPA, Giuffrè, 1999, em ensaio sobre *Le clausole vessatorie nei contratti dei Consumatori*, p. 374 e segs., que a opção do legislador italiano foi de renovar o Código Civil em lugar de editar uma norma especial: teve específica intenção de conferir ao novo regramento um significado ulterior com referência àquele, setorial, da eliminação das cláusulas *vexatórias* nos contratos dos consumidores. Afirmaram-se ou se reafirmaram princípios velhos e novos, capazes de assumir eficácia no interior do ordenamento como valores de referências gerais. Têm-se como enucleados nas novas regras os princípios da tutela do consumidor, da boa-fé, do equilíbrio e da transparência contratual. Preferiu o termo *vessatorie* a abusivas, em respeito à tradição italiana, para qualificar as cláusulas, que malgrado a boa-fé, trazem a cargo do consumidor um desequilíbrio significativo dos direitos e das obrigações que lhe concernem. O caráter de *vexatório* se determina com referência à natureza do bem ou do serviço objeto do contrato, em relação às circunstâncias da estipulação, assim como a outras condições do contrato ou de outros contratos a ele coligados (que poderiam equilibrar as conseqüências jurídicas da cláusulas em questão).

8. O art. 1.469-*bis* do Cód. Civil fornece uma relação (mais ampla em confronto com a Diretiva) de cláusulas que se presumem *vexatórias* até prova em contrário (ao passo que o elenco da Diretiva tinha finalidade puramente indicativa).

O art. 1.469-*quinques*, § 2º, contém uma segunda relação (chamada lista negra) de cláusulas consideradas em qualquer caso *vexatórias*. Trata-se daquelas que excluem a responsabilidade do profissional (lá se emprega “profissionalista”, em lugar de fornecedor do bem ou do serviço) pela morte do consumidor; que excluem a oposição de exceções de inadimplemento; e que vinculam o consumidor a condições que ele não pode conhecer. São ineficazes, no sentido do último parágrafo do mesmo artigo, as cláusulas que prevêm a aplicabilidade ao contrato territorialmente coligado com um Estado da União européia, pela legislação de um país extracomunitário, na qual se priva o consumidor da tutela prestada pelas normas em exame.

O elenco contém algumas cláusulas já conhecidas e disciplinadas no sistema jurídico italiano. Em particular, as cláusulas contempladas no § 2º do art. 1.342 C.C., se introduzidas nos contratos dos consumidores, serão presumivelmente ineficazes ainda que hajam sido aprovadas.

As cláusulas consideradas vexatórias no art. 1.469-*bis*, em número de vinte, assemelham-se às dispostas no art. 51 do CDC. Assim se presume até prova em contrário aquelas que, v.g., têm por objeto ou por efeito impor ao consumidor, em caso de inadimplemento ou de atraso no cumprimento, o pagamento de soma em dinheiro a título de ressarcimento, cláusulas penais ou outro título equivalente de importância manifestamente excessiva (nº 6); prevêm a extensão da adesão do consumidor a cláusulas que não teve a possibilidade de conhecer antes da conclusão do contrato (nº 9); permitem ao profissional modificar unilateralmente as cláusulas do contrato, ou as características do produto ou do serviço a ser fornecido, sem motivo justificado indicado no contrato (nº 11).

9. A verificação de tratar-se, ou não, de cláusula vexatória reside em dois critérios de natureza substancial: o *desequilíbrio* entre as partes e a existência ou não de uma tratativa. A alusão à boa-fé, no conceito geral da abusividade, segue, à letra, a tradução italiana da Diretiva 93/13 e pode ser interpretada no sentido de que a cláusula que acarreta um desequilíbrio no contrato é vexatória, mesmo se o profissional estiver de boa-fé, ou no sentido de que a cláusula é vexatória se contraria o requisito da boa-fé.

10. A valoração da cláusula como vexatória, ou não, não concerne ao aspecto econômico da operação. De acordo com o art. 1.469-*ter*, § 2º, de fato esta não pode investir contra o objeto do contrato ou a adequação do correspondente dos bens ou serviços fornecidos pelo profissional. Requer-se, entretanto, que as cláusulas relativas aos elementos mencionados sejam formuladas com clareza, dando ingresso ao princípio da transparência da operação contratual: em outras palavras, não se vão indagar as escolhas substanciais do consumidor (estipular um dado contrato com certas prestações), mas se deseja assegurar que ele possa compreender aquilo que esteja realizando.

11. Consoante o art. 1.469-*quinques*, §§ 1º e 3º, as cláusulas vexatórias são *ineficazes*, ao passo que o contrato permanece eficaz quanto ao mais e a ineficácia só se reconhece em favor do consumidor e pode ser pronunciada de ofício pelo Juiz. É assim no art. 6º, § 1º, da Diretiva. A opção pela ineficácia, em vez da nulidade, tem como objetivo evitar problemas

interpretativos, que possam originar-se de sua associação com a disciplina codicística da nulidade parcial. A ineficácia é imprescritível.

V. BREVES CONCLUSÕES

12. Vê-se que, por influxo direto da Diretiva nº 93/13 da CEE, diferenciado, ao menos nas conseqüências, revela-se o tratamento das cláusulas abusivas (vexatórias) no Direito brasileiro e italiano.

Em ambos sua proscrição atende aos princípios da boa-fé, transparência, vulnerabilidade do consumidor (mais acentuada em nosso Diploma) e da preservação do equilíbrio do contrato. Lá se prevêem duas relações de cláusulas daquele teor: uma, contendo aquelas que geram, por si, uma presunção relativa; outras, em menor número, que irrefragavelmente são vexatórias.

A determinação do caráter de abusiva naquele Direito se dá em função da natureza do bem ou do serviço objeto do contrato fundamentalmente, a atentar contra a boa-fé, na medida em que acarreta, para o consumidor, desequilíbrio contratual (verificação de ordem mais objetiva). Recorre-se menos ao conceito de hipossuficiência, presente na nossa legislação, para invocarem-se as normas protetivas do consumidor. A boa-fé subjetiva pode mesmo coexistir com o caráter vexatório da cláusula, se o fornecedor do bem ou serviço, ainda assim, desconhece as conseqüências que vai projetar no recinto do contrato.

13. Entre nós, como assinala Cláudia Lima Marques (art. cit.), os princípios básicos do CDC, que afetam diretamente o novo direito contratual brasileiro, são o da vulnerabilidade, o da boa-fé e o do equilíbrio contratual. O primeiro vem expresso no art. 4º, I, como princípio orientador da interpretação da própria lei.

No direito italiano, dá-se sobretudo ênfase à ruptura do equilíbrio no contrato. NELSON NERY JR., no trabalho cit., p. 504, confere relevo, entretanto, àquele desvio na configuração das chamadas cláusulas “surpresa”, que logram vedação na cláusula geral da boa-fé, no art. 51, IV.

CLÁUDIA LIMA MARQUES acentua também que a abusividade da cláusula, por ofensa à regra genérica de tutela da boa-fé, é concomitante com a formação do contrato, nenhuma ligação tendo com as chamadas causas de revisão dos contratos por atuação de fatores supervenientes. “A identificação desta abusividade, exercício de aplicação/subsunção da lei e de interpretação do contrato como um todo e das práticas comerciais, é que

pode ser posterior à formação do contrato, como a fotografia atual de um fato já existente”. GUIDO ALPA e MICHELE DASSIO explanam, no ensaio referido, que se deve estimar o caráter abusivo, levando-se em conta dois elementos: a oposição à boa-fé objetiva e o desequilíbrio dos direitos e obrigações que decorrem do contrato. Este deve apresentar dois aspectos: ser significativo e concernir aos direitos e obrigações das partes, a saber, deve ter uma natureza jurídica, não econômica. O Juiz não pode apreciar o valor econômico da contrapartida do preço, mas deve examinar se a cláusula resulta em detrimento do consumidor, sem corresponder à outra que surta a mesma consequência para o profissional. A cláusula é inserida em um contexto, que, interpretado no conjunto, em função das outras cláusulas estipuladas, não justifica o desequilíbrio em prejuízo do consumidor.

14. Nesta seara, há de recorrer-se, inelutavelmente, ao poder discricionário do Juiz, no avaliar se a cláusula encerra, ou não, aquele caráter. Os dois últimos juristas o ressaltam, falando no papel criador da Jurisprudência, cerne de toda a matéria. Sem pretensão de ser exaustiva, a integração da diretiva oferece ocasião de abrir debate doutrinário e de atrair a atenção dos magistrados sensíveis à idéia da função criativa da jurisprudência. O problema não é novo na literatura jurídica: duas tentativas que provêm de culturas jurídicas diversas – a francesa e a inglesa – já assumiram a discussão. Cláudia Lima Marques consigna que três são as bases instrumentais para combater as cláusulas abusivas no CDC: prioridade ao *controle judicial do conteúdo do contrato*, sem excluir um controle administrativo; opção pela nulidade absoluta como sanção da abusividade da cláusula; e elaboração de uma lista exemplificativa de cláusulas consideradas nulas, permitindo sua regulamentação (ob. cit., p. 34). Alude à missão de integrar as cláusulas abusivas concedida ao poder discricionário do Juiz, na tutela da boa-fé objetiva. Tem por meta a almejada justiça e equidade contratual.

Tudo promana, no fundo, da aceção em que se tenha o contrato hoje, não mais como ato que encerre interesses apenas contrapostos, mas que os harmonize em busca de fim comum. Esta, a concepção que melhor se coaduna com sua função social (Cf. nosso livro *Contrato, Renovar*, 1999, p. 51), consoante a qual, nas palavras do Mestre Caio Mário da Silva Pereira (*Instituições de Direito Civil*, v. III, p. 4/5), “aproxima os homens e abate as diferenças”. Neste sentido, a Prof^a. da Faculdade de Direito de Orléans, CATHERINE THIBIERGE-GUELFUCCI, em profícuo ensaio sobre “Libres propos sur la transformation du droit des contrats”, na *Revue*

Trimestrielle de Droit Civil, nº 2, abril/junho de 1997, p. 358 e segs., fala na emergência de novos princípios, a ultrapassarem os esquemas tradicionais do contrato. Indica o da igualdade contratual, o do equilíbrio e o da fraternidade contratual. Este implicaria em servir o contrato de instrumento de colaboração entre os homens, de modo que, mediante a assunção de obrigações, possa, por exemplo, o devedor obter aquilo de que carece e a que precisa atender.

15. Em excelente estudo sobre “l principi Unidroit e L’eccessivo equilibrio del contenuto contrattuale (Gross Disparity)”, o Dr. FABRIZIO VOLPE, na **Revista do Instituto Ítalo-Brasileiro de Direito Privado e Agrário Comparado**, nº 3, p. 115, mostra como, a partir inclusive do comércio internacional, chega-se à indeclinável manutenção do equilíbrio do contrato, que plasma seu conteúdo.

16. Com suma razão, proclamam, pois, os Profs. GUIDO ALPA e M. DASSIO que “une nouvelle époque naître dans le domaine du contrat, conforme à des principes plus équitables, où les limitations à la liberté contractuelle seront compensées par l’introduction de rapports plus équilibrés, fondés sur une nouvelle et plus satisfaisante *éthique des affaires*” (Rev. cit., p. 650). ◆

A TUTELA DE URGÊNCIA NA JURISDIÇÃO DE FAMÍLIA. CAUTELARES. TUTELA ANTECIPADA*

LUIZ FUX

Desembargador TJRJ

A tutela de urgência está intimamente ligada à tutela dos direitos de família na medida em que esse ramo versa sobre direitos fundamentais, direitos indisponíveis. É exatamente um campo onde a urgência se faz presente a exigir uma pronta atuação do Poder Judiciário. Recordo-me de que há mais de duas décadas atrás nas Jornadas Americanas de Direito Processual, realizadas no Rio de Janeiro, o Professor Egas Muniz de Aragão referia-se à tutela de urgência, na época com vocabulário ainda ortodoxo, apenas contemplando a tutela cautelar, como sendo uma tutela capaz de ser manejada de ofício pelo juiz, nas hipóteses relativas a direitos indisponíveis, notadamente os direitos de família, os direitos inerentes aos menores e aos incapazes em geral.

Realmente essa é uma singularidade no nosso sistema jurídico, a partir do momento que temos como regra básica o princípio de que nenhum juiz deve prestar a tutela jurisdicional sem que ela seja provocada, é deveras *sui generis* poder o juiz agir *ex officio*, independentemente de provocação das partes, afastando o mito da neutralidade do juiz que não pode agir sem provocação para atuar exatamente no campo tão sensível da atividade humana, como no campo do Direito de Família. Deferindo uma providência que ele reputa mais justa e adequada para o menor, uma providência capaz de conjurar um *periculum in mora* em razão da falta de percepção momentânea dos cônjuges, aqueles momentos mais afetados da vida conjugal. Essa hoje é realmente uma questão muitíssimo elegante, até porque não se conseguiu explicar ainda por que o Poder Legislativo e o Executivo agem de ofício e o Poder Judiciário não pode, naquelas hipóteses em que se faz mais do que necessária a intervenção judicial imediata. Então, a tutela de urgên-

* Palestra proferida em 27/09/2000 na 24ª reunião do Fórum Permanente sobre o Direito de Família

cia e os direitos de família, em razão desses valores fundamentais que gravitam em torno desse ramo da ciência jurídica, representam uma simbiose mais do que expressiva no estudo dos novos fenômenos judiciais.

Quando aduzimos à tutela de urgência, o que nos vem à mente é uma prestação de justiça imediata que não pode aguardar cumprimento daquelas solenidades inerentes ao procedimento ordinário. Se a tutela é urgente, há uma situação de perigo, de tal sorte que ou o juiz provê ou então haverá, infelizmente, uma denegação de justiça. Na realidade, a tutela de urgência tem como fundamento os princípios constitucionais do irrestrito acesso à justiça e da obediência ao princípio do devido processo legal, porque se é verdade que a todo direito corresponde uma ação que o assegura, é preciso que diante do caso concreto o juiz possa prover sob medida de maneira urgente de tal forma que possa conjurar aquela situação de perigo, resolvendo o problema dos jurisdicionados à luz desse princípio maior, ainda que não haja uma consagração textual na legislação ordinária, porque, a bem da verdade, se uma lei ordinária, se uma portaria do Ministério da Saúde ou se uma portaria do Banco Central entra em vigor imediatamente, por que a Constituição Federal, que é Lei Maior, não entra em vigor imediatamente? Sempre tive uma dificuldade científica em entender essa história de que a Constituição tem que ficar esperando alguma regulamentação e a Lei Ordinária, a Lei Estadual, entra em vigor imediatamente. A Constituição não, ela tem eficácia limitada, eficácia contida, é uma norma programática, quando não se quer aplicar. Às vezes, a Constituição diz tudo e não há necessidade de absolutamente mais nada. Entendo que a tutela de urgência, essa prestação de justiça imediata, aplicável a todo e qualquer ramo da ciência jurídica, tem como fundamento à própria Constituição Federal.

O Legislador Constitucional, quando assegura o acesso à ordem jurídica, afirmando que nenhuma lesão ou ameaça deve escapar à apreciação judicial, faz no sentido de que o Judiciário é acessível e deve prover de acordo com o caso concreto. Um grande doutrinador do Direito Processual Constitucional Italiano, Ticoló Trocker, afirma que o juiz deve adaptar à realidade prática a realidade normativa, porque, do contrário, essas garantias transformam-se em promessas e seduções meramente ideológicas, em letras mortas enquanto inseridas na Carta Constitucional. É preciso tornar realidade, a regra de que todos nós temos acesso à Justiça, e este há de ser adequado, efetivo, por isso é que se o que a parte pretende é uma prestação jurisdicional urgente, o juiz não pode se recusar de decidir sob alegação da

lacuna da lei, ele deve prover sob medida, segundo esse preceito de que a todo direito corresponde uma ação que o assegura e de que nenhuma ameaça ou lesão ao direito deve escapar a apreciação do Judiciário. Há casos em que a situação submetida à apreciação Judicial pode aguardar aquele processo de amadurecimento natural, através do qual o juiz avalia o direito, os fatos e depois decide, mas há casos de urgência que reclamam a tutela de urgência e não deferi-la significa denegação de Justiça, rompimento das regras constitucionais que até embasam um recurso extraordinário pelo descumprimento mesmo desse preceito maior.

Toda análise da Constituição Federal é principiológica. A interpretação de toda e qualquer norma jurídica começa pela declaração fundamental dos direitos do Homem, passa pelas garantias fundamentais da Constituição para depois ser esmiuçada nos demais artigos da Constituição e por último na legislação ordinária que complementa essa ordem maior. Evidentemente que, em primeiro lugar, a tutela de urgência reclama como um pressuposto inafastável o perigo da demora, o *periculum in mora*, porque do contrário a parte pode aguardar o cumprimento das solenidades até que advenha a resposta final. O pressuposto fundamental da tutela de urgência é uma situação de perigo, entretanto, o legislador brasileiro verificou que, além das situações de perigo a demandar uma resposta imediata sob o nome *iuris* de tutela de urgência, também fazia-se mister o surgimento de instrumentos capazes de agilizar a prestação judicial, porquanto a parte que ingressa em juízo e exhibe um direito líquido e certo merece também uma proteção imediata que até pode se denominar, também pela sua agilidade, de tutela imediata. Com isso o legislador brasileiro fez inserir um novo elemento no campo dessa tutela de urgência, qual seja a possibilidade de uma prestação de justiça imediata não só diante dos casos de *periculum in mora*, mas também diante de casos em que a parte exhiba em juízo um direito líquido e certo. Em bom momento, o legislador entendeu que se o particular tem um direito líquido e certo contra a administração pública e pode obter uma liminar em um mandado de segurança, impõe-se o mesmo raciocínio quando ele tem um direito líquido e certo contra outro particular, como se *mutatis mutandis*, tratar-se de de um mandado de segurança de particular em face de outro particular.

Qual é a diferença de a pessoa ter um direito líquido e certo contra a administração pública e ter um direito líquido e certo contra um outro adversário? Em ambos os casos de direito líquido e certo não é justo que

aquele jurisdicionado que reclama prestação da justiça porque não pode fazê-lo pelas próprias mãos, mas que exiba um direito líquido e certo, suporte as delongas da ordinariedade, a demora do tempo do processo, que é necessário à outra parte, para que ela possa comprovar eventualmente seu próprio direito. Quando há certeza, deve cessar a atividade especulativa do juiz. O legislador imaginou o procedimento ordinário, e o fez partindo da premissa de que o juiz necessitaria de amadurecer as idéias, de avaliar os fatos, o direito aplicável para depois, então, decidir. Sucede que quando uma parte exhibe o direito líquido e certo, a outra é que precisa da demora para eventualmente opor-se àquele pedido. Portanto, nada mais justo do que prover imediatamente, não só em favor daquele que está em uma situação de perigo, como também naquelas hipóteses em que o direito da parte é líquido e certo.

O legislador brasileiro nesse particular deu um passo à frente na matéria e diferentemente dos europeus e isso nos coloca basicamente no mesmo patamar dos direitos germânico, italiano, francês – criou mais um caso de tutela imediata, que é a possibilidade de a parte pleitear e o juiz deferir uma prestação de justiça *incontinenti* diante de uma situação de perigo ou de um direito líquido e certo, que a lei preferiu encampar sob a denominação de um direito que não é passível de defesa séria. Por isso o artigo 273 do Código de Processo Civil, que fez surgir a tutela antecipada, admite a antecipação de tutela quando a “defesa é meramente abusiva ou protelatória”. A defesa só é meramente abusiva, quando ela não tem consistência em razão dessa energia do próprio direito afirmado pelo autor. Quando se aduz à figura da tutela de urgência, temos que levar em consideração que esta é gênero do qual participam duas espécies de tutela diferente: a *tutela cautelar urgente* e a *tutela satisfativa urgente*. A base comum da tutela de urgência é sempre o perigo, por isso que a tutela de urgência precisa ser promovida imediatamente. Agora, para a tutela cautelar essa situação de perigo é constante, o juiz só defere uma medida cautelar quando há uma situação de perigo; quando não há situação de perigo a parte recorre às vias ordinárias e vai discutir o seu direito.

Quando a tutela de urgência é para satisfazer a parte, além do perigo há esse outro elemento que é o direito líquido e certo. Então, didaticamente, hoje, podemos destacar no campo do Direito de Família - e isso é uma concepção genérica interdisciplinar, mas estamos aqui em um debate de direito de família - a tutela de urgência. Neste segmento da ciência jurídica,

aditem-se as seguintes modalidades: a tutela cautelar urgente e uma tutela satisfativa urgente. Esta vai depender sempre do *periculum in mora*. Sucede que a tutela cautelar tem uma finalidade muito específica, qual seja, preservar a utilidade de futuro processo. Por isso, o juiz quando determina o arrolamento de bens antes que o casal proceda àquela partilha decorrente da separação, ele o faz para preservar a utilidade do processo de separação. Então, a tutela cautelar urgente é uma tutela servil ao processo principal, é um instrumento a serviço do processo principal.

O velho Calamandrei já afirmava que, se o processo é um instrumento, a tutela cautelar é um instrumento ao quadrado, um instrumento ao serviço de outro instrumento - o processo principal. A tutela satisfativa é uma tutela que se opera no campo do direito material, é uma tutela que dá à parte aquilo que ela obteria com o provimento efetivo que ela busca em juízo, porque quando se ingressa com um processo cautelar, promete-se a propositura de ação principal; ali não é a sede para se discutir nem a definição nem a realização de direitos. Na tutela satisfativa, o que a parte quer é uma providência que resulte em algo prático que faça reverter o bem da vida. Assim, v.g., ela quer alimentos, ou ela quer o adiantamento dos efeitos da separação que é a separação de corpos, ou ela quer tirar o filho do poder de um dos pais por castigo imoderado, tudo isso são satisfações antecipadas. Na realidade, a tutela satisfativa difere da tutela cautelar, porque a tutela satisfativa é bastante por si só, ela antecipadamente coloca a parte no gozo daquele bem da vida que ela pretende e que, em princípio, obter-se-ia no final do processo. Hoje é muito importante, em razão do surgimento da tutela antecipada satisfativa, que se trace esse divisor de águas, até porque aquele livro terceiro do Código de Processo Civil estava tão desprestigiado e hoje voltou a adquirir a sua eminência, porque é nitida a distinção entre o que é cautelar e o que não é cautelar. É muito diferente a parte pleitear o arrolamento de bens para não frustrar o processo de separação, e pedir alimentos porque não pode aguardar o término do processo, sob pena de sofrer as conseqüências da inanição. Quando se pedem alimentos provisionais, pleiteia-se a antecipação dos alimentos definitivos. Quando se pleiteia entrega de bens de uso pessoal do cônjuge, o que se quer antecipar é uma satisfação do direito substancial à entrega. Não guarda conteúdo cautelar. Não se protege futuro processo. Protege-se o direito da parte. O direito de família convive com a tutela cautelar urgente e com a tutela satisfativa urgente. Deveras interessante é que o legislador brasileiro já tinha dado conta

desse recado da tutela de urgência, mas quando surgiu o Código de 1973 tudo era uma grande novidade. Os Códigos estrangeiros não tinham uma sistematização do processo cautelar, o que havia sob essa ótica na Europa era a obra do início do século de Piero Calamandrei sobre a introdução ao estudo sistemático do processo cautelar que influenciou toda a doutrina cautelar. Calamandrei imiscuiu figuras cautelares com figuras não cautelares, criou uma série de categorias de procedimentos cautelares que hoje sabemos que não são cautelares. Isto não é uma discussão meramente acadêmica, uma vez que se a ação é cautelar, o âmbito de cognição do juiz é diferente, ele pode contentar-se com o *fumus boni juris* porque ele terá o processo principal e vai investigar a fundo se a parte tem o direito ou não. Se a tutela é satisfativa, não se pode obter uma providência com base em mero juízo de aparência. O juiz não pode antecipar uma satisfação com base em mero juízo de plausibilidade, porque tutela antecipada significa execução antecipada. A tutela antecipada começa por onde termina o processo de execução. Imagine-se, por exemplo, a tutela antecipada de entrega de soma. Na tutela antecipada que impõe a entrega de um dinheiro, efetiva-se da maneira como termina o processo de execução por quantia certa, na fase de pagamento depois de transcorrida toda aquela *via crucis* da apreensão, avaliação, arrematação, pagamento etc.

Não é, portanto, acadêmica essa distinção e, por outro lado, esta linha divisória necessária trazida pelo legislador acaba com a promiscuidade que havia entre o que era e o que não era cautelar. Aquele uso epidêmico das cautelares inominadas que nós, juizes, sentimos na pele através dos advogados que, em prol da atuação quanto ao direito dos seus clientes, testam a capacidade e a sensibilidade dos juizes. Refiro-me a quantos juizes não receberam numa sexta-feira, no final do expediente, advogados com uma cautelar inominada pedindo uma providência urgente, para que o juiz decidisse imediatamente sob pena de passar uma profunda angústia no seu final de semana? Isso é o *dolus bonus* com que agiam os advogados. Nós, juizes, sabemos que temos que decidir, só que, há bem pouco tempo, havia uma utilização absolutamente imoderada de medidas cautelares inominadas para situações não cautelares. Até porque a parte, quando promovia as cautelares inominadas, não tinha nem o que dizer depois, nem prometia promover qualquer ação futura. Pretendia, na verdade, uma solução rápida através de um procedimento rápido. O procedimento mais rápido que o legislador prometia era o sumarríssimo e que era, na verdade, o mais demorado de todos.

Então o advogado utilizava-se da cautelar inominada para obter uma liminar e depois daquela liminar nada mais acontecia. Em consequência, o direito de família hoje, assim como todos os ramos, convive com tutela de urgência de natureza cautelar, aquela que visa à preservação da utilidade do processo principal, e a tutela satisfativa de urgência, na qual o juiz antecipa a satisfação em razão de fortes elementos de convicção. Ai está a grande diferença e a grande preocupação do profissional em geral desta área de atuação: de não promiscuir essas figuras, porque se o que a parte quer é uma providência cautelar, ela até pode se contentar em levar elementos superficiais ao juízo, prometendo em ação futura uma discussão mais vertical. Mas se o que a parte pretende é uma providência de cunho satisfativo, ela precisa levar muito mais que *fumus boni iuris* para que o juiz possa dar a ela aquilo que só daria no final do processo se ela vencesse. Observem como é diferente a capacidade de persuasão que o profissional tem que ostentar através de elementos objetivos para obter a tutela de satisfação e para obter a tutela cautelar.

O Direito de Família convive com todas essas figuras e com mais essa característica. O legislador, quando criou o Livro do Processo Cautelar, tinha em mente o estudo de Calamandrei que misturava as figuras. Ele considerava cautelares medidas de constrição, de cognição como, por exemplo, a sentença declaratória de falência que para ele era uma medida cautelar porque preservava todos os credores para receberem dentro da mesma massa. A ação declaratória para Pedro Calamandrei era uma ação cautelar, porque preventividade e cautelaridade estavam sempre presentes, quando sabemos que, v.g., o mandado de segurança preventivo é satisfativo e não é cautelar, assim como o Interdito proibitório é uma medida satisfativa de cunho preventivo. Hoje não há menor dúvida: temos as duas figuras e o Direito de Família tem mais de duas figuras. Então o legislador de 1973 sistematizou o processo cautelar, depois inseriu um artigo deferindo um poder cautelar genérico ao juiz, posteriormente criou medidas cautelares específicas e por fim, no artigo 888, arrolou uma série de medidas cautelares, que no fundo não são cautelares. Acaso nos detenhamos para verificar, vamos observar que essas medidas do artigo 888 são todas medidas de satisfação, de urgência e na grande maioria medidas de direito de família. Algumas já em desuso em razão do surgimento da tutela antecipada. Hoje não há mais necessidade de a parte promover uma ação de separação de corpos, não há mais necessidade de promover autonomamente alimentos

provisionais, propõe-se ação de alimentos e uma liminar para se fixarem os alimentos provisionais. Propõe-se uma ação de posse e guarda de filho e pleiteia-se uma liminar para regular essa posse provisória dos filhos para que fique com um dos cônjuges, regulamentando direito de visita provisoriamente. Tudo isso é antecipação de tutela satisfativa, não tem nada de cautelar, tem que levar prova robusta para obter a antecipação daquilo que se pretende.

O Direito de Família convive com a tutela cautelar, satisfativa e a tutela antecipada. A tutela cautelar do Direito de Família não é diferente de nenhuma outra tutela cautelar a não ser em alguns aspectos. As medidas cautelares *stricto sensu* são medidas que visam à preservação da utilidade de um futuro processo, e são adotadas com base na fumaça do bom direito. Onde há fumaça, há fogo, mas às vezes as aparências enganam, e depois chega-se à conclusão de que aquilo não era verdade. Então a situação é provisória e superficial, em primeiro lugar.

Em segundo lugar, mesmo com base no juízo de mera probabilidade, o juiz às vezes defere medidas liminares que são extremamente enérgicas. Evidentemente que a medida é adotada com base no juízo de mera probabilidade e mesmo assim, enérgica. Ora, a parte não pode se acomodar e, tem obrigação de promover a ação principal no prazo de trinta dias. Por outro lado, essas medidas cautelares de restrição acarretam a prevenção do juízo. Ademais, se essas medidas cautelares referem-se a alguns bens, eles tornam-se afetados aos fins do processo, e se houver qualquer alienação haverá fraude de execução. Sabemos que a fraude de execução não ocorre no processo de execução. Se o bem foi arrestado no juízo de família e um dos cônjuges o alienar, vai gerar uma fraude à execução. Mas há peculiaridades e singularidades no Direito de Família. Imagine-se a situação da parte que obtém a separação de corpos e descuida-se do prazo e não propõe a ação principal. Imaginem a cena daquele cônjuge varão com mala e cuia voltando para casa, dizendo que voltou porque a medida perdeu a eficácia. O outro cônjuge que não entende de direito, não saberá nem o que significa aquela alegação. Mas na verdade não se pode imaginar que nenhum juiz de família determine que um cônjuge retorne ao lar litigioso pelo fato de a ação principal não ter sido proposta. Não é só porque perdeu prazo ou porque o Direito de Família é peculiar, mas porque a medida não é cautelar, a medida é satisfativa. Por outro lado, se não propuser a ação principal no prazo legal, nenhum juiz de família vai deixar ao abandono um incapaz nem vai mandar unir corpos que se odeiam. Então, a tutela cautelar reclama os mesmos

pressupostos; como ela é cautelar, o juiz pode se contentar com uma mera aparência que se denomina de *fumus boni iuris*. Quando a tutela é satisfativa (separação de corpos, alimentos, entrega de bens de uso pessoal, posse provisória de filhos, guarda de filhos, regulamentação de direito de visita etc.) o juiz não pode se contentar com uma mera aparência, deve exigir a “evidência do direito”, porquanto ele estará deferindo à parte aquilo que ela somente obteria no caso de procedência transitada do pedido. De sorte que não se pode pretender, com base em *fumus boni iuris* obter uma providência satisfativa. É por isso que o legislador, ao trazer para o nosso sistema, a tutela antecipada, fez inserir o pré-requisito da prova inequívoca conducente à verossimilhança das alegações. Essa prova nada mais é do que a prova do direito líquido e certo.

A prova inequívoca é aquela que leva ao julgador a tranqüilidade necessária para que ele possa fazer algo absolutamente excepcional: antecipar aquela satisfação. É por isso que o legislador exigiu esta nova categoria de elementos de convicção, denominando-a de prova inequívoca conducente à verossimilhança da alegação, porque uma coisa é verdade, outra é verossimilhança e outra coisa é plausibilidade. A verossimilhança propende para certeza, só que se nós, juizes, ficarmos procurando a certeza e a verdade, nunca vamos chegar ao fim do processo. Nós trabalhamos com a verdade suficiente, aquilo que está nos autos, e o que não está nos autos, não está no mundo. Finalmente, a tutela de urgência, também no direito de família, traz uma característica que em breve há de se tornar uma regra comum das sentenças condenatórias. Hoje a sentença condenatória - perdoem-me o radicalismo - é um nada jurídico, porque não acontece nada com o réu condenado e a sentença condenatória não deixa de ser uma mera declaração. O advogado depois tem de percorrer uma *via crucis* para executar a sentença. A condenação por si só nem satisfaz a parte.

A sentença declaratória e a sentença constitutiva são provimentos judiciais que atendem muito mais aos jurisdicionados do que a sentença condenatória, porque elas se bastam, mas a condenação para se tornar realidade demanda a execução de sentença. A tutela de urgência não se concilia com a idéia de uma execução solene, ela não se executa, a tutela de urgência se efetiva. O que é urgente não pode aguardar. Não se pode imaginar, por exemplo, um provimento urgente deferido com um recurso com efeito suspensivo, porquanto situações absolutamente inconciliáveis. A característica interessante da tutela de urgência é exatamente a sua

mandamentalidade, a sua autoexecutoriedade. Na própria relação em que o juiz decide, ele torna realidade aquela sua decisão, rompendo completamente o dogma de que o juízo da condenação não pode ser o juízo da execução. Até bem pouco tempo, nós assistimos a isso, todo aquele que obtinha uma sentença condenatória tinha necessariamente que percorrer à execução de sentença. A tutela antecipada permite que o juiz torne realidade a sua decisão, ele não condena, ele ordena. Nesse caso, a sua postura é muito diferente daquela do magistrado que se limita a concitar o vencido a cumprir obrigação, sob pena (para outra parte) de iniciar-se o processo de execução. Na tutela de urgência, o juiz ordena sob pena de cometimento do crime de desobediência. Se desobedecermos um guarda arbitrário que diz que paramos em um local errado, cometemos o crime de desobediência, se a parte descumpra uma ordem de um magistrado, estará também cometendo um crime de desobediência? O juiz também não é um funcionário público? Se ela é mandamental, evidentemente o juiz não se limita a solicitar que o vencido cumpra a sua obrigação e nesse particular há um detalhe interessantíssimo, porque nós, juizes do sistema do *civil law* nos distinguimos dos magistrados do sistema do *common law*, porquanto eles, com a criatividade bastante reduzida em relação a nós, vivem num sistema baseado na justiça e na razão, e só por isso, não podem competir com o nosso sistema baseado na justiça e na moral. Somos mais criativos doutrinariamente nas decisões etc.. Em contrapartida, eles não têm a mesma postura dos juizes do sistema do *civil law*. Nós assumimos uma postura burocrático-judicial. Nos países do *common law* ninguém é preso por dívida, mas se o Judiciário condenar a pagar uma obrigação e a parte não a cumprir, poderá ser detida por cometer um atentado contra a dignidade da Justiça. Nesse particular, a tutela antecipada nos aproxima do sistema do *common law*, que, como disse, tornar-se-á uma regra geral, uma nova realidade da reforma do Código de Processo Civil. Aguarda-se, apenas, a superação dos embates entre as cúpulas políticas, para ser votada essa reforma, pois constará que o não-cumprimento de uma sentença condenatória, implicará em atentado à dignidade da Justiça, tal como se opera no direito anglo-saxônico. E com isso, principalmente os senhores que atuam na área de família, vão poder obter aquilo que tanto perseguimos, que é a Justiça efetiva. Porque obter uma decisão e não efetivá-la, não adianta absolutamente nada. Esse valor Justiça é o maior precursor dos nossos debates, é a razão pela qual estou aqui hoje. As mentes mais privilegiadas do mundo debruçaram-se

sobre esse tema em todas as épocas, de Platão, Kant a Jesus Cristo, que morreu na cruz em nome desse princípio. E, nós estamos aqui para debater, para que consigamos, quem sabe através desses instrumentos enérgicos, cumprir o postulado da sagrada escritura e que é saciar aqueles que têm sede e fome de justiça. ◆

AS MICROEMPRESAS NOS JUIZADOS ESPECIAIS*

LUIS FELIPE SALOMÃO

Juz de Direito do TJ/RJ. Integrante da Comissão Estadual dos Juizados Especiais e Adjuntos Cíveis e Criminais.

I. APRESENTAÇÃO

O estudo que ora se apresenta pretende abordar, de maneira ampla, os diversos aspectos jurídicos e práticos da questão relativa à possibilidade conferida às microempresas de figurarem no pólo ativo das demandas nos Juizados Especiais.

Como é cediço, o art. 8º, § 1º, da Lei nº 9.099/95, estabelece que “somente as pessoas físicas capazes serão admitidas a propor ação perante o Juízo Especial Cível”. Por força do dispositivo legal previsto no art. 38 da Lei nº 9.841/99, ficou determinado que “aplica-se às microempresas o disposto no § 1º do art. 8º da Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995, passando essas empresas, assim como as pessoas físicas capazes, a serem admitidas a proporem ação perante o Juizado Especial, excluídos os cessionários de direito de pessoas jurídicas”.

O exame das questões que daí decorrem, tanto quanto possível, será acompanhado de dados estatísticos e abordagem de temas conexos advindos da novidade prevista no Estatuto da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte.

II. INTRODUÇÃO

II.1) Os Tribunais de Pequenas Causas como instrumento eficiente da democratização do acesso à Justiça

A inigualável obra de **Mauro Cappelletti e Bryant Garth**¹ menciona as instituições e procedimentos especiais para determinados tipos de causas

* Palestra proferida durante o IX Simpósio Nacional de Direito, ocorrido de 9 a 11 de maio de 2001, no Rio de Janeiro

¹ *Acesso à Justiça* (tradução Ellen Gracie Northfleet, Editor Sergio Antonio Fabris, 1988)

de “importância social”, destacando as demandas pequenas, figurando como tendências novas no uso do enfoque do acesso à Justiça.

No sistema da *common law*, já há Cortes especializadas em pequenas causas há mais de um século, como é o caso da Inglaterra, sendo que sua criação está fortemente vinculada aos interesses de *pequenos negociantes* que se sentiram preteridos nos tribunais comuns.

Assim também surgiram as **Small Claims Courts** americanas (década de 30).

A partir da década de 70, houve uma grande reformulação no sistema dos Tribunais de Pequenas Causas nos diversos países do mundo.

A reclamação da sociedade era de que, como até então estavam organizados, os tribunais pareciam atender mais às empresas e grandes corporações do que as demandas de pequenos negociantes e cidadãos. Acresciam-se ao problema o desenvolvimento do consumo e a explosão dos litígios envolvendo consumidores.

II.2) A pessoa jurídica litigando como autora nos Tribunais de Pequenas Causas. A experiência do Direito Comparado.

A obra de **C.J. Whelan**² oferece visão panorâmica dos diversos sistemas de Tribunais de Pequenas Causas espalhados pelo mundo, quer no campo da *common law* (onde foi buscada sua origem), quer no da *civil law*, como é o caso brasileiro.

Parece nítido que a maioria das Cortes, no direito comparado, veda que as pessoas jurídicas ingressem com demandas nos Tribunais, sob o argumento de que haveria a transformação do sistema em instrumento de cobranças de dívidas.

Também há uma grande discussão quanto à representação legal, ora proibindo-se a presença de advogado, em qualquer demanda, ora permitindo-se até um determinado valor.

O Canadá, recentemente, em diversas regiões do país, apresentou soluções inovadoras. Permitiu a presença de advogados, ampliou o valor (entre 500 e 3.000 dólares canadenses) e admite a propositura de demandas por pessoas jurídicas. Inclusive, permite também as ações coletivas, com o que vem conseguindo desafogar a Justiça comum.

² **Small Claims Court: A comparative study.** Clarendon Press Oxford. 1990

III. A PESSOA JURÍDICA COMO AUTORA NOS JUIZADOS ESPECIAIS BRASILEIROS

III.1) Brevíssimo histórico legislativo dos Juizados Especiais no Brasil:

Os Juizados Especiais no Brasil nasceram da experiência pioneira e exitosa dos Juizados de Pequenas Causas, previstos na Lei nº 7.244/84.

Com o êxito destes, sobreveio a regra constitucional. O art. 98, I, da Constituição Federal, estabelece:

“Art. 98: A União, no Distrito Federal e nos Territórios, e os Estados criarão:

I – juizados especiais, providos por juízes togados, ou togados e leigos, competentes para a conciliação, o julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo, mediante os procedimentos oral e sumaríssimo, permitidos, nas hipóteses previstas em lei, a transação e o julgamento de recursos por turmas de juízes de primeiro grau;”.

E a Lei nº 9.099/95 veio dispor sobre as regras gerais para a criação dos novos órgãos, pela União, Distrito Federal e Territórios, além das normas para implantação dos Juizados nos Estados.

III.2) A vedação de acesso da pessoa jurídica aos Juizados Especiais

O art. 8º, § 1º, da Lei nº 9.099/95 (com exatamente a mesma redação do art. 8º da revogada Lei nº 7.244/84), usando cláusula afirmativa, dispõe que somente as pessoas físicas capazes serão admitidas a propor ação perante o Juizado Especial, excluídos os cessionários de direito de pessoas jurídicas.

O dispositivo está inserido na Seção III, com o título “Das Partes”; e topograficamente apresenta defeito, pois a *regra* está no parágrafo e uma das *exceções* no *caput*.

O conceito de parte, em direito processual, é o de quem pede ou em face de quem se pede a tutela jurisdicional. Autor e Réu estão entre os sujeitos principais do processo.

O dispositivo, no *caput* (art. 8º), retira de determinadas pessoas a capacidade de ser parte, pressuposto subjetivo para constituição válida do processo³.

³ Conforme Luis Felipe Salomão. *Roteiro dos Juizados Especiais Cíveis*. Editora Destaque. 2ª Edição. p. 41

Não se trata, convém assinalar, de incapacidade processual, que resultaria em defeito na participação da relação jurídico-processual, nem também é uma questão relacionada à legitimidade (titularidade) à causa.

A lição de Araken de Assis³ é bem elucidativa, nesse particular:

“Por tal motivo, o pressuposto sob exame constitui problema diverso, e mais concreto, do que a simples aptidão para, em tese, figurar em relação processual. Designa-se de capacidade de ser parte, ou personalidade processual, semelhante aptidão genérica, que investiga quem se mostraria capaz de figurar, abstratamente, em todo e qualquer processo. Neste sentido, a capacidade processual pressupõe a personalidade processual, mas representa conceito mais exigente e específico.

Essas considerações aventam a possível correspondência desses pressupostos processuais, diferentes que sejam entre si, com categorias do direito material, respectivamente a capacidade de direito (ou de gozo), prevista no art. 2º do CC, relacionada à personalidade, e a capacidade de obrar (ou de exercício). Mas a sugestiva analogia, amiúde exposta, se mostra antes acidental e contingente do que real e efetiva, porque a falta de personalidade, naquele plano, não impede o reconhecimento da capacidade de ser parte. Conforme acentua FRANCISCO RAMOS MENDEZ, a personalidade implica, automaticamente, a capacidade para ser parte, mas há casos em que, mesmo faltando personalidade, o direito processual confere esta última.

Frequentes exemplos põem à vista as discrepâncias. O art. 12, VII, dotou a sociedade de fato de personalidade processual. Esta norma, em virtude de seu caráter genérico, revogou o disposto no art. 20, § 2º do CC, que vedava a tal ente acionar seus membros ou terceiros; por conseguinte, a aptidão é ativa e passiva. Também órgãos de pessoas jurídicas de direito público, como a Câmara de Vereadores, porque lhe tocam direitos próprios suscetíveis de defesa em juízo, ou a Mesa do Senado Federal, habilitada a propor a angusta ação direta de inconstitucionalidade (art. 103, II, da CF 88), ostentam personalidade judiciária.

³ “Suprimento da incapacidade processual e da incapacidade postulatória”. Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil – nº 7

Por esse prisma, a personalidade processual se mostra mais ampla do que a capacidade de direito e, por necessária decorrência, a capacidade processual regula número maior de situações do que a capacidade de obrar.”

Assim, está colocada a questão no campo da capacidade para ser parte, especificamente no pólo ativo da relação processual no Juizado.

A Lei nº 9.099/95 admitiu apenas a pessoa física capaz como autora. De acordo com a exposição de motivos da Lei nº 7.244/84⁵, em dispositivo idêntico ao que ora se comenta (art. 8º, § 1º), dois foram os motivos para essa postura: a) busca da conciliação das partes, mais viável com as pessoas físicas; b) o Juizado objetiva, segundo os legisladores, defesa de direitos individuais do cidadão.

Mas o certo é que há, na verdade, grande temor entre os operadores do direito e do sistema de Juizados em facilitar a iniciativa da demanda às pessoas jurídicas, pois os novos órgãos poderiam servir como grande “balcão de cobranças de dívidas”, oprimindo a quem deveria servir precipuamente: o cidadão que não tem acesso à Justiça.

Por esse sentimento, e tentando obviar o problema da possível explosão de demandas, sustentei mesmo que a exclusão da possibilidade de ser autor no Juizado atinge também os entes despersonalizados (v.g: condomínios, espólios, dentre outros)⁶.

IV. A QUESTÃO DA MICROEMPRESA

IV.1) Evolução do conceito

Nos idos de 1979, em curso a necessidade de redemocratização do país, o governo brasileiro tentou apresentar inovação na Administração Pública, e sair do contexto antiquado e viciado em que se encontrava. Lançou um plano nacional de “desburocratização”, buscando atingir o setor público e despertar o setor privado. A tarefa era conduzida pelo Ministro **Hélio Beltrão**, com ramificações em todos os setores da sociedade.

No campo das empresas (civis e comerciais), ensejou uma verdadeira cruzada para acabar com um cipal de legislação que, em diversos ramos

⁵ Exposição de motivos nº 007/83, mensagem 313/83, itens 14 a 16, publicado no P Congresso Nacional de 26 de agosto de 1983, p. 8013 e seguintes

⁶ Conforme Luis Felipe Salomão, *Roteiro dos Juizados Especiais Cíveis*, Editora Destaque, 2ª Edição, p. 42

(tributário, fiscal, organizacional e outros), servia apenas para entrar seu desenvolvimento. Tencionava, com isso, esvaziar a sonegação de tributos e legalizar inúmeras relações de emprego, com amplo reflexo na economia.

Primeiro veio a Lei nº 7.256/84 (Estatuto da Microempresa), aglutinando em um só conjunto legislativo os diversos assuntos e estabeleceu tratamento diferenciado, simplificado e favorecido para as microempresas, nos campos administrativo, tributário, previdenciário, trabalhista, creditício e de desenvolvimento empresarial.

Depois, a proteção à microempresa e empresa de pequeno porte foi alçada ao texto constitucional. Assim, é que o art. 179, da Constituição Federal, dispõe:

“Art. 179 - A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios dispensarão às microempresas e às empresas de pequeno porte, assim definidas em lei, tratamento diferenciado, visando a incentivá-las pela simplificação de suas obrigações administrativas, tributárias, previdenciárias e creditícias, ou pela eliminação ou redução destas por lei.”

Em 1994 sobreveio a Lei nº 8.864, que alterou o estatuto anterior e o ampliou para abrigar também as empresas de pequeno porte, atendendo à determinação constitucional. No entanto, vários dispositivos da lei não foram regulamentados, o que comprometeu sobremaneira sua eficácia.

A Lei do Simples (Lei nº 9.317) foi editada em dezembro/96, estabelecendo tratamento diferenciado, simplificado e favorecido, aplicável às microempresas e, às empresas de pequeno porte, relativo aos impostos e contribuições que menciona. Na prática, reduziu, consideravelmente, a carga tributária e simplificou a forma de recolhimento dos tributos federais, além de possibilitar a adesão de Estados e Municípios para concessão de benefícios do ICMS e do ISS, respectivamente.

A Lei do Simples revogou alguns dispositivos da Lei nº 7.256/84, especialmente o capítulo que dispunha sobre o tratamento fiscal da microempresa, e da Lei nº 8.864/94, pois incompatíveis com as novas disposições.

Desta forma, a Lei do Simples conviveu pacificamente com estas leis, pois dispôs sobre matéria distinta das previstas nas Leis nº 7.256/84 e 8.864/94, ou seja, enquanto o Simples concedeu benefício na área tributá-

rio-fiscal, dispondo sobre um novo regime tributário das ME e das EPP, as outras estabeleciam benefícios não regulados por esta.

Recentemente, sobreveio o Estatuto da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte (Lei nº 9.841/99), regulamentada pelo Decreto nº 3.474/2000, que revogou expressamente os estatutos anteriores (Leis nº 7.256/84 e 8.864/94), passando a regular toda a matéria relativa às micro e empresas de pequeno porte, a exceção das regras da Lei do Simples (Lei nº 9.317/96), que continuam em vigor – porquanto tratam de matérias diferentes, vale dizer, tratamento diferenciado nos campos de impostos e contribuições.

11.2) A situação atual

A legislação que regula as micro e empresas de pequeno porte é o Estatuto (Lei nº 9.841/00) na parte relativa à estrutura, tratamento administrativo, previdenciário, trabalhista, creditício e de desenvolvimento empresarial e regras gerais de tributo, e a Lei do Simples (Lei nº 9.317/96) quanto ao aspecto de impostos e contribuições.

O SEBRAE (Serviço Nacional de Apoio à Pequena Empresa) estima que são aproximadamente 3,5 milhões o número de micro e pequenas empresas no Brasil. Estudo desse órgão indica que cerca de 90% dos estabelecimentos do país são microempresas (50% no comércio).

A pesquisa desenvolvida e organizada por Armando Castelar⁷, no capítulo que trata do exame relativo ao Judiciário e as micro e pequenas empresas no Brasil, traça um retrato doloroso de descaso e de absoluta falta de democracia no acesso à Justiça de um contingente responsável por uma considerável (para não dizer vital) parcela de nossa economia – que são as micro e pequenas empresas.

V- AS MICROEMPRESAS COMO AUTORAS NOS JUIZADOS ESPECIAIS

1.1) Previsão legal

A Lei nº 9.841/99 (Estatuto da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte) permitiu às microempresas (e só elas, não as empresas de pequeno porte⁸) ingressarem nos Juizados Especiais Cíveis como autoras.

Dispõe o art. 38:

Judiciário e Economia no Brasil. Editora Sumaré. 2000

⁷ Enunciado nº 49 do Fórum de Coordenadores de Juizados Especiais do Brasil

“Aplica-se às microempresas o disposto no § 1º do art. 8º da Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995, passando essas empresas, assim como as pessoas físicas capazes, a serem admitidas a proporem ação perante o Juizado Especial, excluídos os cessionários de direito de pessoas jurídicas.”

O dispositivo não foi técnico. O art. 8º, § 1º, da Lei nº 9.099/99 não será aplicado por extensão. A proibição de ser parte para as microempresas (pessoas jurídicas, comerciais ou civis), é que deixou de existir. Teria sido melhor que o legislador assim explicasse, pois a expressão do art. 38 está tecnicamente incorreta e gera ainda mais confusão, não fosse o esclarecimento que se seguiu “... passando essas empresas, assim como as pessoas físicas capazes, a serem admitidas a proporem ação perante o Juizado Especial...”.

V.2) Conceito de Microempresa para fins do art. 38 da Lei nº 9.841/99

O art. 2º da Lei nº 9.841/99 estabelece no inciso I que microempresa é aquela pessoa jurídica e a firma individual que tiver receita bruta anual igual ou inferior a R\$ 244.000,00 (duzentos e quarenta e quatro mil reais), com as ressalvas eventuais do art. 3º (pessoa física com domicílio no exterior ou de outra pessoa jurídica, e de pessoa física que seja titular de firma mercantil individual ou sócia de outra empresa que receba tratamento jurídico diferenciado na forma desta lei, salvo se a participação não for superior a dez por cento do capital social de outra empresa desde que a receita bruta global anual ultrapasse os limites de que tratam os incisos I e II do art. 2º).

O Decreto 3.474/2000 prevê que a receita bruta anual é o produto da venda de bens nas operações de conta própria, o preço dos serviços prestados e o resultado auferido nas operações de conta alheia, não incluídos as vendas canceladas, os descontos incondicionais concedidos e os impostos não cumulativos cobrados, destacadamente, do comprador ou contratante, dos quais o vendedor dos bens ou prestador dos serviços seja mero depositário.

No primeiro ano de atividade (início ou reinício de atividades de pessoas jurídicas ou firma mercantil individual), os limites da receita bruta são proporcionais ao número de meses de atuação, desconsideradas as frações de mês (art. 2º, § 1º, Lei nº 9.841/99 c/c art. 2º, III, Decreto 3.474/2000).

Antes da edição do Decreto 3.474/2000, havia discussão para saber se autoaplicável o art. 38 da Lei nº 9.841/99. Muitos Juizados não recebiam

demandas de microempresas. Agora, com o Decreto que estabeleceu executividade à Lei, não há mais dúvidas.

V.3) Conceito de microempresa no Estatuto (Lei nº 9.841/99) e na Lei do Simples (Lei nº 9.317/96)

Para o Estatuto, microempresa é aquela que tem receita bruta anual até R\$ 244.000,00.

Já a Lei do Simples estabelece critério diferente (microempresa é a que tem receita bruta igual ou inferior a R\$ 120.000,00).

Qual a que prevalece, para fins de aplicação da possibilidade de ingressar com demanda em sede de Juizado Especial Cível?

Parece claro que o conceito de microempresa, para fins do art. 38 da Lei nº 9.841/99, é o da própria lei que criou o Estatuto. Depois de registrado (arquivado), o benefício deflui dessa própria condição.

É que o enquadramento na Lei do Simples apenas confere os benefícios que dela decorrem (tratamento diferenciado para impostos e contribuições), enquanto que o enquadramento como microempresa, nos termos do Estatuto (Lei nº 9.841/99), cria realmente a condição para fruição das demais condições diferenciadas, inclusive no que toca o art. 38 da mesma lei (acesso aos Juizados Especiais como autores).

V.4) Prova da condição de microempresa, para os fins do art. 38 da Lei nº 9.841/99

A lei chama de enquadramento a situação de microempresa, para todos os fins decorrentes do Estatuto. A pessoa jurídica ou firma individual que já possuía as condições legais antes do Estatuto, apenas requererá o enquadramento à Junta Comercial ou Registro Civil das Pessoas Jurídicas, para fins de registro, instruindo com alguns documentos (art. 4º).

Em sendo empresa em constituição, os sócios afirmarão tal condição de receita bruta (sob as penas previstas no art. 32), bem como as ressalvas quanto às hipóteses de exclusão (art. 3º).

O registro – *rectius* arquivamento, na linguagem comercial – e, evidentemente a certidão a ele relativa - constituirá prova bastante da condição de microempresa (art. 3º, parágrafo único do Decreto 3.474/2000).

No II Encontro dos Juizados Especiais Cíveis e Turmas Recursais do Rio de Janeiro⁹, os Juizes deliberaram a esse propósito:

⁹ (Conservatória – Valença, dc 24 a 26/novembro/2000). Enunciado nº 13.

“As microempresas poderão propor ação nos Juizados Especiais Cíveis, bastando, para a comprovação de sua condição, a apresentação do original ou cópia autenticada da declaração de enquadramento feita junto ao órgão de registro.”

Dispensaram, portanto, o registro e passou-se a aceitar a apresentação do original ou cópia da *declaração de enquadramento*.

Já o Enunciado nº 47 do Fórum de Coordenadores de Juizados Especiais do Brasil prevê:

“A microempresa para propor ação no âmbito dos Juizados Especiais deverá instruir o pedido com documento de sua condição.”

De qualquer modo, convém salientar que a certidão do registro (ou melhor, do *arquivamento*) é prova *iuris tantum* da condição de microempresa, podendo ser contrariada por outros documentos em sentido oposto. Nesse caso, o Juiz da causa decidirá sobre a capacidade da empresa para figurar no pólo ativo.

V.5) Igualdade de tratamento e a questão da microempresa no pólo ativo

Admitida que foi a propositura de demandas à microempresa, penso que se lhe deve estender todas as disposições processuais do sistema dos Juizados e dos microsistemas que lhe são peculiares (v.g., Código de Defesa do Consumidor - Lei nº 8.078, de 11/09/1990)¹⁰.

Assim é que, segundo penso, não há qualquer restrição para propositura da demanda prevista no art. 3º da Lei nº 9.099/95. Há a faculdade de esco-

¹⁰ Assim decidiu a Turma Recursal Cível do Rio de Janeiro, tendo como Relatora a Juíza Cristina Tereza Gaulha, processo nº 2000 700 009371-7 “Microempresa no pólo ativo da relação processual – Possibilidade – Empresa-autora que adquire veículos mediante contrato de alienação fiduciária em garantia e faz o pagamento com uma entrada à vista financiando o restante do valor em 36 prestações mensais – Parte autora que face a dificuldades só logra pagar 16 parcelas – Veículo retomado pelo banco e levado a leilão – Valor apurado que somado à entrada e às prestações pagas pela autora é superior ao valor à vista do veículo na ocasião da aquisição pela empresa Banco que cobra da empresa-autora débito que considera pendente – Possibilidade de retomar a financeira o bem móvel vendido e ainda cobrar suposto débito remanescente que vulnera os princípios e dispositivos da Lei 8 078/90 – Princípios da vulnerabilidade e boa-fé – Art 51 inciso IV Dispositivo legal que permite tal prática inserido em vetusto Decreto-lei promulgado no período de inexistência de direitos asseguradores da cidadania e da democracia que está ab-rogado pelo Codecon, lei hierarquicamente superior – Sentença que julga improcedente o pleito autoral de declaração de inexistência de débito e indenização, que se reforma em parte”

lha do foro, prevista no art. 4º, I e II; é facultativa a assistência por advogado nas causas até 20 salários mínimos e aplica-se a possibilidade de nomeação de advogado, nas hipóteses do art. 9º, § 1º¹¹; a microempresa poderá ajuizar pedido contraposto (art. 31).

V.6) A representação em Juízo da microempresa

Figurando como autora ou ré, a microempresa (pessoa jurídica ou empresa individual) será representada por quem seus estatutos estabelecerem.

A Lei permite, ainda, que sendo o réu pessoa jurídica ou titular de firma individual, possa ser representado por preposto credenciado (art. 9º, § 4º, Lei 9.099/95).

Parece que a regra deve ser ampliada para atingir a nova situação da microempresa, que também pode litigar como *autora*.

Assim, como ré ou como autora, a microempresa poderá se fazer representar (ou apresentar, no dizer elegante de Pontes de Miranda) por preposto credenciado.

Mas há de ser preposto com vínculo empregatício, não apenas e somente o advogado contratado para a causa (salvo se com a empresa houver celebrado contrato regular de emprego). Além do mais, aquele que outorgou a carta de preposição deve estar autorizado pelos estatutos da empresa, comprovando-se tais elementos no ato da audiência.

A omissão quanto ao autor implica extinção do processo sem julgamento do mérito (art. 51, I, Lei 9.099/95); quanto ao réu, revelia (art. 21).

V. 7) O desenquadramento da microempresa

Se, por qualquer motivo, houver o desenquadramento da microempresa (v.g. porque excedidos os limites da receita bruta, por dois anos consecutivos ou três alternados, dentro do prazo de cinco anos – art. 8º, Lei 9.841/99), não poderá mais a microempresa figurar no pólo ativo da demanda.

Haverá perda superveniente da capacidade de ser parte no Juizado Especial Cível, como autora. A consequência será a extinção do processo, sem exame do mérito (art. 51, IV, Lei 9.099/95).

O problema será mais grave se, mesmo não estando mais enquadrada como microempresa, não vier prova aos autos do desenquadramento.

¹¹ Enunciado nº 48 do Fórum de Coordenadores dos Juizados Especiais do Brasil

Se, não obstante, prosseguir a demanda e for prolatada sentença, o fato poderá ser arguido em grau de recurso e a sentença será anulada, se provada a perda da capacidade de ser parte.

No entanto, após o trânsito em julgado, nada mais poderá ser feito, pois descabe ação rescisória no Juizado Especial (art. 59) e não creio possa haver simples ação anulatória para a questão.

VI. ESTATÍSTICAS

Apenas para se ter uma idéia, foi feito um levantamento, por amostragem, nos Juizados Especiais Cíveis do Fórum Central da Comarca da Capital do Rio de Janeiro (I, II, III, VII e XXIII), segundo o qual constatou-se que o número de petições iniciais distribuídas em um período de 16 dias úteis (mês de abril/2001), foi de 15 ações nas quais figuram, como parte autora, microempresas, significando um percentual de 0,64% do total de processos distribuídos no mesmo período (2.347).

VII. À GUIA DE CONCLUSÃO

Houve real avanço para a democratização do acesso à Justiça com a ampliação do rol de pessoas que podem ingressar com ações nos Juizados Especiais Cíveis para as microempresas.

A previsão contida no art. 38 da Lei 3.841/99 traz inúmeros reflexos que necessitam estudo acurado, de sorte a não desvirtuar sua finalidade nem amesquinhar seus propósitos.

A jurisprudência e o acompanhamento da evolução prática da inovação servirão de guias para possíveis aperfeiçoamentos ou maiores amplitudes (como eventual abrangência de empresas de pequeno porte), resguardando-se, por certo, a estrutura e o sistema eficaz dos Juizados Especiais. ◆

SOCIEDADE ANÔNIMA, SUBCAPITALIZAÇÃO, DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA DA SOCIEDADE ANÔNIMA

JOAQUIM ANTONIO DE VIZEU PENALVA SANTOS
Desembargador TJ/RJ

Em nosso trabalho “A aplicação do Princípio da Desconsideração da Personalidade Jurídica ao Direito Brasileiro nos Estudos”, em homenagem ao Professor Arnoldo Wald, arrolamos oito casos de desconsideração da personalidade jurídica de uma sociedade mercantil.

Na oitava hipótese, mencionamos a subcapitalização da sociedade, precisamente aquela na qual o capital é manifestamente insuficiente para o exercício da atividade empresarial, observada a tendência para configurar o abuso da personificação jurídica e do crédito e constituição ou fundamento da companhia com volume de capital próprio evidentemente insuficiente para os seus negócios e com grau de endividamento temerário.

Qual a razão de ser do fenômeno da subcapitalização?

A insuficiência do capital próprio é invocada para excluir a limitação da responsabilidade dos acionistas pelas dívidas da sociedade, pela simples razão de a sociedade, por se encontrar defasada no seu capital, não ter mais condições de desenvolver a sua normal atividade empresarial.

Em análise da questão, o Professor Fábio Konder Comparato, na obra **O Poder de Controle na Sociedade Anônima**, ed. p. 136 e 140, já assinalara com propriedade que, nos casos de capitalização insuficiente, a jurisprudência americana não tem admitido que o controlador, no caso de insolvabilidade da companhia, oponha o princípio da separação patrimonial para evitar a execução sobre os seus bens, pois um dos deveres do controlador é o de prover a sociedade, adequadamente, de capital.

Com a habitual proficiência, o comercialista Lamartine Correa de Oliveira na obra **A Dupla Crise da Pessoa Jurídica**, ed. Saraiva, 1797 p. 412 e ss. expõe a situação da subcapitalização (item 4.10), considerada como

a desproporção entre o âmbito ou o volume dos negócios (*Geschäftsumfang*) e o capital próprio, de forma a que o capital seja demasiado pequeno, gerando perigo de iliquidez .

Distingue o Professor Lamartine entre subcapitalização originária não intencional e subcapitalização intencional .

Entre os casos de subcapitalização em geral, citando Kalter, podem ser arrolados: o empréstimo de sócio à sociedade, quando se trate de sociedade intencionalmente dotada de capital inferior às suas necessidades e o caso em que sociedades de controle sucessivo, algumas dessas sociedades v.g., controladas, não integralizaram o restante dos respectivos capitais.

Em havendo desfalque de capital nessas sociedades, a responsabilidade pela sua integralização compete ao controlador da sociedade de controle.

Anota o jurista Lamartine que, à figura da subcapitalização não intencional é necessária a prova da culpa do acionista, na admissão de sua responsabilidade na integralização do capital da sociedade.

O risco, como evidente, é o de prejuízo aos credores (p. 413).

A responsabilidade do sócio que dotou a sua sociedade de capital próprio insuficiente surgirá somente quando os sócios deveriam ter reconhecido se aplicada a diligência necessária aos negócios que a sociedade estava descapitalizada e que portanto havia perigo de prejuízos para os credores.

A consequência da subcapitalização é precisamente a do estabelecimento de uma desproporção entre o âmbito e o volume dos negócios em relação ao capital, em consequência de crescimento das necessidades de capital ou de fortes perdas de capital.

O risco de subcapitalização pode ser eliminado se e quando o controlador da sociedade de controle fizer integralizar o capital das controladas.

O motivo está na imputação do controlador pelo princípio da desconsideração da personalidade jurídica das sociedades nas dividas destas.

Para exemplificar, podemos mostrar o caso em que o controlador atribui valor excessivo aos bens na formação do capital social, fato que cria um descompasso entre o capital real e o capital aparente.

Na subcapitalização intencional, hipótese prevista no caso em exame, o fato de o controlador da *holding* não promover a integralização das ações das sociedades controladas leva à conclusão de se pôr em risco a

viabilidade da empresa, sendo a subcapitalização superveniente, no entendimento de J. Lamartine Correa de Oliveira (op. cit. p. 414) “responsáveis serão apenas os que tenham tido a possibilidade jurídica ou fática de afastar a subcapitalização através de elevação do capital nominal ou através de empréstimos, ou através de adaptação do âmbito de negócio ao capital existente e, além destes, os que, embora sem a mencionada possibilidade jurídica ou fática, tenham tido a possibilidade estatutária de promover a dissolução, ou da sociedade se retirarem.”

Agrega o mesmo autor o fato de a responsabilidade do sócio de uma sociedade subcapitalizada enquadrar-se como caso de penetração direta imputação a sócio de dívida da sociedade.

Arrola, ainda, Lamartine o caso relativo à super-avaliação dos bens, hipótese que refoge do exame do caso em estudo.

Essa regra se aplica, por extensão, às sociedades controladoras, *holdings*, na hipótese de o seu controlador não promover a capitalização adequada das sociedades controladas.

Em Resumo:

Se bem entendemos a hipótese, a partir do momento em que os acionistas que se encontram no controle da sociedade *holding* não levam a efeito a integralização das ações das sociedades controladas estarão a pôr em risco a estabilidade econômico-financeira destas, por força do fenômeno de sua subcapitalização, a menos que se retirem da sociedade ou tragam para as mesmas sociedades substanciais recursos que lhes dêem viabilidade suficiente para desenvolverem a sua atividade econômico-financeira.

De tal fato pode chegar-se à conclusão de serem os sócios co-responsáveis pelas obrigações sociais, dentro da linha de pensamento da teoria da descon sideração da personalidade jurídica das sociedades, caso seja esta aplicável.

Mais grave, ainda, se, por ventura, a subcapitalização é temerária, fato que poderia levar à inviabilização da empresa .

Essa figura foi por nós estudada no referido trabalho (p. 68), ao citarmos um estudo da Dra. Tania Negri Pascoal, “Sociedades Unipessoais”, **RF** 287/147) a qual se louvou em outro do ilustre Professor Bulhões Pedreira (“Noções de Economia e Finanças para Advogados”, p. 598).

A conclusão daqueles autores foi a seguinte: “sendo o capital manifestamente insuficiente para configurar o abuso da personificação jurídica

e do crédito e constituição ou fundamento da companhia com volume de capital próprio evidentemente insuficiente para os seus negócios e com grau de endividamento temerário, parece-nos que a situação merece exame acurado no que tange à *sua situação econômico-financeira*".

A nosso ver, a regra aplica-se aos grupos de fato (leia-se, ainda, Wilson de Souza Batalha, "Direito Processual Societário", R.F. 1986, p. 431-4).

O ilustre comercialista Rubens Requião, no trabalho "A Desconsideração da Personalidade Jurídica da Sociedade", p. 296, foi enfático:

*"Tão logo se verifique ou evidencie que, nas suas relações com terceiros - acionistas ou credores - o grupo societário se queira valer da autonomia das sociedades isoladamente consideradas que o compõem para, através dessa autonomia, obter vantagens indevidas ou descabidas, deve a personalidade ser desconsiderada, para se tratar o grupo como uma unidade econômica, sem distinções, como de fato é. Em suma: o fenômeno da subcapitalização de uma sociedade pode ser causa da aplicação da teoria da desconsideração da sua personalidade jurídica e, em razão disso, pode o credor levantar-lhe o véu da personalidade jurídica, a fim de responsabilizar o controlador da sociedade, por ter causado danos a terceiro, pela sua prática ilícita, designadamente pelo controlador da **holding**, o qual não forneceu o devido capital à sociedade controlada, deixando-a subcapitalizada"* ◆

ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA – UMA VISÃO CRÍTICA –

LUIZ ROBERTO AYOUB
Juiz de Direito TJ/RJ

I – INTRODUÇÃO

A Constituição da República, promulgada aos cinco dias do mês de outubro de 1988, mostrou-se claramente preocupada com a proteção de determinados bens jurídicos levando o legislador constituinte originário a prestigiar, dentre outros, a propriedade, a liberdade, a dignidade do ser humano, erigindo-os a dogmas constitucionais, conforme preceituam os art. 5º, LV, LIV; 170, *caput*, II; 1º, III e 5º, XXXII, todos da citada Carta Magna.

Apoiado no sentimento de bem-estar social e os fins perseguidos pelo constituinte originário, diversos diplomas legais, até então vigentes, não foram recepcionados pela nova ordem jurídica, considerando que seus preceitos não se adequaram aos balizamentos resultantes do nascimento do novo Estado.

Com esta visão protetiva conferida pela Magna Carta, algumas vezes se levantaram na doutrina e na jurisprudência, objetivando afastar do mundo jurídico determinados diplomas descompromissados com os valores protegidos pela nova Constituição.

Como tal, destaca-se o Decreto-lei nº 911/69 que, tratando da alienação fiduciária em garantia, registra um modelo híbrido, contendo preceitos de ordem pública e privada que, editado em um momento conturbado da história do nosso país, desperta a necessidade de profundas reflexões diante da aparente incompatibilidade com os princípios constitucionais já antes citados.

Neste sentido, este ensaio objetiva enfrentar questões como a da prisão civil do depositário infiel; a ação autônoma de busca e apreensão; a limitação da matéria a ser deduzida em constestação; a permissão da alienação extrajudicial do bem apreendido, e as conseqüências que dela resultam, tecendo comentários que, repita-se, servirão tão somente para reflexão dos

operadores do direito, fomentando-os a uma nova visão diante do quadro constitucional estabelecido a partir de outubro de 1988, onde a primazia do homem se destaca no cenário mundial.

II – DA PRISÃO CIVIL DO DEPOSITÁRIO INFIEL

Diz o art. 5º, LXVII, da Constituição Federal:

“não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel”

Como consequência do disposto no artigo antes citado, conclui-se que em nosso ordenamento jurídico, a prisão civil só se faz possível em se tratando de devedor de alimentos e depositário infiel, sendo inadmissível ampliar o preceito constitucional, considerando tratar-se de uma norma restritiva do direito à liberdade.

Quanto a esta última figura, ou seja, do depositário infiel, a controvérsia resulta de duas questões distintas, a saber:

A) natureza jurídica do depositário noticiado pelo art. 4º, do Decreto-lei nº 911/69;

B) Pacto de São José da Costa Rica, art. 7º, item 7.

Vejamos em separado, os itens destacados:

Segundo a redação do art. 4º, do Decreto-lei 911/69, “se o bem alienado fiduciariamente não for encontrado ou não se achar na posse do devedor, o credor poderá requerer a conversão do pedido de busca e apreensão, nos mesmos autos, *em ação de depósito*, na forma prevista no Capítulo II, do Título I, do Livro IV, do Código de Processo Civil”. (grifos nossos).

Da leitura do respectivo dispositivo legal, chega-se à conclusão de ser possível a convação da ação de busca e apreensão em ação de depósito, ultimando-se pela prisão do devedor que inadimplir com sua obrigação, porque considerado depositário infiel.

Como questão preliminar e relevante para o deslinde da controvérsia, repita-se, que a prisão, como norma excepcional, merece interpretação restritiva sendo inadmissível sua ampliação considerando que a vida e a liberdade se constituem no objeto tutelado pelo direito.

Neste sentido, a figura do depósito noticiado pelo art. 5º, LXVII, da Carta Política, é aquela que se caracteriza pela guarda e manutenção da

coisa entregue ao depositário, ultimando-se com sua devolução, sob pena de propositura de ação tipificada nos art. 901, 902, § 1º e 904, Código de Processo Civil.

A contrario sensu, o depósito elencado no art. 4º, do Decreto-lei 911/69, se constitui em uma figura *atípica* de depósito, não sendo passível de prisão, segundo posicionamento dominante do Egrégio Superior Tribunal de Justiça, valendo trazer à colação, o entendimento esposado no aresto HC 138787/DF.

(HC 13878/DF de 11/12/00 – Min. Carlos Alberto Menezes Direito)

Habeas corpus. Prisão civil. Depositário infiel. Alienação fiduciária. Liminar não deferida em habeas corpus anterior. Tribunal de Justiça.

1. *Admite-se nesta Corte, excepcionalmente, na hipótese de flagrante ilegalidade ou abuso, a impetração de habeas corpus contra despacho de Relator que indefere liminar em outro writ.*

2. *A jurisprudência deste Tribunal (EREsp nº 149.518 GO, Relator o Senhor Ministro Ruy Rosado de Aguiar, julgado em 05 05 99, e HC n.º 11.918 CE, Relator o Senhor Ministro Antônio de Pádua Ribeiro, julgado em 20 10 2000, ambos da Corte Especial) firmou-se no sentido de não admitir a prisão civil de depositário infiel vinculado a contrato de alienação fiduciária.*

3. *Habeas corpus concedido.*

Em sentido contrário ao que foi demonstrado, a jurisprudência firmada no C. Supremo Tribunal Federal, dá notícias de que o depósito elencado no Decreto-lei 911/69, deve ser considerado típico, porquanto o legislador remeteu o leitor ao capítulo próprio do referido instituto.

Para tanto, destaca-se o aresto RE 274183/GO que tem a seguinte redação:

(RE 274183 Go - Min. Moreira Alves)

EMENTA: Recurso extraordinário. Alienação fiduciária em garantia. Prisão civil.

- Esta Corte, por seu Plenário (HC 72131), firmou o entendimento de que, em face da Carta Magna de 1988, persiste a constitucionalidade da prisão civil do depositário infiel em se

tratando de alienação fiduciária, bem como de que o Pacto de São José da Costa Rica, além de não poder contrapor-se à permissão do artigo 5º, LXVII, da mesma Constituição, não derogou, por ser norma infraconstitucional geral, as normas infraconstitucionais especiais sobre prisão civil do depositário infiel.

- Esse entendimento voltou a ser reafirmado recentemente, em 27.05.98, também por decisão do Plenário, quando do julgamento do RE 206.482.

Dessa orientação divergiu o acórdão recorrido.

- Inconstitucionalidade da interpretação dada ao artigo 7º, item 7, do Pacto de São José da Costa Rica no sentido de derrogar o Decreto-Lei 911/69 no tocante à admissibilidade da prisão civil por infidelidade do depositário em alienação fiduciária em garantia.

- É de observar-se, por fim, que o § 2º do artigo 5º da Constituição não se aplica aos tratados internacionais sobre direitos e garantias fundamentais que ingressaram em nosso ordenamento jurídico após a promulgação da Constituição de 1988, e isso porque ainda não se admite tratado internacional com força de emenda constitucional. Recurso extraordinário conhecido e provido.

Ultrapassada a questão da natureza jurídica do depósito da alienação fiduciária em garantia, passa-se a analisar o art. 7º, item 7 do Pacto de São José da Costa Rica, diante do texto consagrado no art. 5º, LXVII, da Constituição Federal, considerando, ainda, a inteligência contida no § 2º, do referido art. 5º, da Magna Carta.

Em primeiro lugar, faz-se necessário destacar que o Brasil, no ano de 1992, aderiu ao denominado Pacto de São José da Costa Rica, ao ratificar os seus termos.

Da leitura do art. 7º, item 7, chega-se à conclusão de que não há previsão para a prisão do depositário infiel, mantendo-a exclusivamente para os casos de inadimplemento do devedor de alimentos.

Assim, a controvérsia se instaurou diante de um aparente conflito entre o texto constitucional e a redação do referido tratado internacional que, mesmo se situando em patamar inferior à Constituição Republicana, não afasta a incidência das normas que tratam de direitos e garantias fundamentais dos cidadãos, considerando o preceito contido no art. 5º, § 2º, da Carta Política, que assim prescreve:

“Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrente do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”(grifos nossos)

Neste contexto, estabelecido o aparente conflito entre as normas que se situam no mesmo patamar, mostra-se prevalente no Superior Tribunal de Justiça a disposição contrária à prisão do depositário infiel, respeitando o princípio da primazia do homem.

Em sintonia com este posicionamento, destaca-se o aresto REsp 238372 RS, com a seguinte ementa:

(REsp 238372/RS de 15/05/00 – Min. Eduardo Ribeiro)

Recurso especial. Dissídio. Súmula 13 - STJ. Não conhecimento.

Alienação fiduciária. Prisão civil.

A incorporação a nosso ordenamento jurídico das disposições constantes do Pacto de São José de Costa Rica elimina a possibilidade de prisão civil, tratando-se de alienação fiduciária.

Concessão, de ofício, de habeas corpus.

Não obstante, o Supremo Tribunal Federal, esposando uma tese oposta, sustenta que o estabelecido no Pacto de São José da Costa Rica não tem o condão de afastar os preceitos constitucionais que garantem a prisão do depositário infiel, sob pena de se negar a Soberania Estatal, esclarecendo que a prisão de depositário infiel é uma técnica processual de coerção, e que a norma do art. 5º, § 2º, da Constituição Federal não se aplica aos tratados internacionais sobre direitos e garantias fundamentais que ingressaram em nosso ordenamento jurídico após a promulgação da Constituição de 1988, ao argumento de que não se admite tratado internacional com força de emenda constitucional, bastante reprimir o acórdão trazido à colação em fls 6.

Demonstrada a divergência havida nos tribunais superiores, cumpre chamar a atenção dos operadores do direito que, por se tratar de uma questão de índole constitucional, a matéria desembocará no Supremo Tribunal Federal onde prevalece, por ampla maioria, a constitucionalidade da prisão civil do depositário infiel

III – DA AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO E SUAS CONSEQÜÊNCIAS – ART. 3º, DO DECRETO-LEI 911/69

Demonstrando nítida preocupação em evitar a ocorrência do denominado perdimento de bens, a Constituição da República, em seu art. 5º, incisos LIV e LV, garante a todos os cidadãos o direito do exercício da ampla defesa através do contraditório, no devido processo legal.

Vê-se que as normas processuais constitucionais, enquanto princípios, objetivam a proteção da liberdade e de bens que não poderão, em nenhuma hipótese, sofrer privações senão depois de instaurada a litigiosidade.

É nesta perspectiva que se faz menção ao art. 3º, § 6º do Decreto-lei 911/69, que permite uma ação denominada de busca e apreensão que, dada a sua satisfatividade, não se amolda a nenhuma medida cautelar, tratando-se de ação autônoma, conforme preceitua a lei.

Segundo a redação do art. 3º, do Decreto-lei 911/69, a comprovação da mora do devedor fiduciário é suficiente para autorizar a propositura de uma ação de busca e apreensão, de natureza satisfativa conforme preceitua o seu § 6º, permitindo que o credor consolide a propriedade do bem apreendido, restando ao devedor oferecer sua contestação no prazo reduzido de três dias, sendo-lhe lícito purgar a mora, desde que já tenha sido pago 40% do preço financiado.

Outrossim, vê-se que a matéria a ser deduzida em contestação só é aquela elencada no parágrafo 2º do referido dispositivo, sendo lícito ao credor alienar extrajudicialmente o bem apreendido, antes do término do processo, conforme o preceito contido em seu parágrafo 5º.

Com respeito aos que defendem este diploma legal, entendo que a figura da ação de busca e apreensão se revela violenta e desrespeitadora de princípios consagrados na Carta Política de 1988, porque desautoriza o devedor de oferecer sua defesa antes da apreensão do bem alienado fiduciariamente, restando-lhe uma resistência que não se coaduna com o princípio constitucional inscrito no art. 5º, LIV da Constituição Federal.

O devedor, nestas condições, suportará uma violenta agressão em seus direitos fundamentais, devendo-se destacar, pela importância que representa, que se mostra cabível a incidência dos preceitos contidos no Código de Defesa do Consumidor, de forma que o devedor, na qualidade de consumidor, hipossuficiente técnico, fático e financeiro, não pode se ver privado de seu direito em razão de uma medida liminar *inaudita altera pars*.

O mesmo raciocínio se empresta à redução da matéria da contestação, porquanto a ampla defesa, princípio consagrado na Carta Política, é incompatível com a referida limitação, devendo-se destacar que a permissão de purgação de mora, somente àqueles que já tiveram pago 40% do preço financiado, parece estar contaminada pela inobservância do princípio de isonomia encartado em todo texto constitucional.

III.1 – Da Alienação do Bem, Objeto da Alienação Fiduciária

Como dito anteriormente, o bem retomado através da ação autônoma de busca e apreensão, pode ser alienado judicial ou extrajudicialmente, conforme preceitua o art. 3º, § 5º, do Decreto-lei 911/69, considerando que o recurso de apelação é recebido somente no efeito devolutivo e a lei afirma expressamente que o recurso não impedirá a venda extrajudicial.

Primeiramente, cumpre esclarecer que a execução, como ato de império, é exclusivo do Poder Judiciário, de forma que a permissão legal da alienação extrajudicial parece comprometer a ordem jurídica, valendo registrar que os mais modernos diplomas legais, como por exemplo a Lei 9.307/96, que trata da arbitragem, reserva a execução da sentença arbitral ao Poder Judiciário, exatamente em respeito ao já citado ato de império.

Assim, a alienação extrajudicial, por ser incompatível com a ordem jurídica pátria, não se mantém viva entre nós, registrando, para tanto, a seguinte ementa:

“A alienação extrajudicial é inconstitucional. Se permitido ao credor fazer essa alienação, estará ele exercendo a atividade jurisdicional de execução, que é privativa do judiciário.”
(Lex – JTA 153/55)

Ainda em relação à referida alienação extrajudicial do bem apreendido, é bom destacar que eventual saldo remanescente em favor do credor não autoriza a tutela executiva, porquanto a ausência da chancela do Estado, que não participou da venda do bem, retira a indispensável liquidez do título, tornando-o inexecutível.

Para tanto, a título de ilustração, trago à colação o seguinte acórdão:

(REsp 63392/MG de 16/03/98 – Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira)
CIVIL. E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL.
ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA.

BUSCA E APREENSÃO. VENDA EXTRAJUDICIAL DO BEM
DADO EM GARANTIA.

EXECUÇÃO DO SALDO REMANESCENTE. IMPOSSIBILIDADE.
ILIQUIDEZ DO TÍTULO. ORIENTAÇÃO DA TURMA. EMBARGOS
DECLARATÓRIOS. CARÁTER PROTELATÓRIO NÃO
EVIDENCIADO. ART. 538, PARÁGRAFO ÚNICO, CPC.

RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

I - NOS TERMOS DA ORIENTAÇÃO ADOTADA POR ESTA
QUARTA TURMA, DE FORMA MAJORITÁRIA, "A VENDA
EXTRAJUDICIAL DO BEM, INDEPENDENTEMENTE

DE PRÉVIA AVALIAÇÃO E DE ANUÊNCIA DO DEVEDOR
QUANTO AO PREÇO, RETIRA AO EVENTUAL CRÉDITO
REMANESCENTE A CARACTERÍSTICA DE LIQUIDEZ, E AO
TÍTULO DELE REPRESENTATIVO, EM CONSEQÜÊNCIA, A
QUALIDADE DE TÍTULO EXECUTIVO. EM CASOS TAIS, PELO
SALDO DEVEDOR SOMENTE RESPONDE PESSOALMENTE,
EM PROCESSO DE CONHECIMENTO, O

DEVEDOR PRINCIPAL" (**RESPS 4.605-SP, 2.997-SC E 2.432-CI**).

II - NÃO CONSTANDO DO ACÓRDÃO PROFERIDO EM SEDE
DE EMBARGOS DE DECLARAÇÃO FUNDAMENTAÇÃO HABIL
A AMPARAR A CONCLUSÃO DE HAVEREM SIDO MANEJADOS
COM INTUITO "MERAMENTE PROTELATORIO" E EXISTINDO
EVIDÊNCIAS QUE INDICAM A AUSÊNCIA DE TAL PROPÓSITO
POR PARTE DA EMBARGANTE, E DE SER AFASTADA A
IMPOSIÇÃO DA MULTA PREVISTA NO PARÁGRAFO ÚNICO DO
ART. 538, CPC.

III.2 Da Alienação Extrajudicial e o Garantidor

Segundo a redação do art. 6º, do Decreto-lei 911/69, o garantidor ou terceiro que pagar a dívida do alienante ou devedor, se sub-rogará no crédito e na garantia constituída pela alienação fiduciária.

Ocorre que, se da alienação o garantidor não teve prévia ciência, estará exonerado da obrigação, porque lhe foi frustrado o legítimo direito de se sub-rogar, na conformidade da Lei.

À propósito, destaca-se:

“A venda extrajudicial do bem, independente da prévia avaliação ou da anuência do devedor quanto ao preço retira ao crédito a característica de liquidez, e ao título, em consequência, a característica de título executivo. Pelo saldo somente responde o devedor principal, e não o fiador” (RT 708/147).

Outrossim, vejam-se os seguintes acórdãos:

(Resp 178255/PR de 28/08/00 – Min. Eduardo Ribeiro)
Alienação fiduciária. Cobrança de saldo residual. Garantes. A venda extrajudicial do bem alienado fiduciariamente não leva, por si, à extinção da responsabilidade dos garantes pelo pagamento do saldo devedor remanescente. Indispensável, entretanto, que o credor dê a eles prévia ciência de que vai alienar o bem, por determinado preço.

(REsp 49086/MG de 10/11/97 – Min. Ruy Rosado de Aguiar)
ALIENAÇÃO FIDUCIARIA. FIADOR. ALIENAÇÃO DO BEM.
- APÓS A VENDA EXTRAJUDICIAL DO BEM, SEM A PARTICIPAÇÃO DO DEVEDOR, A OBRIGAÇÃO DE PAGAMENTO DO SALDO E PESSOAL DO DEVEDOR, DESAPARECENDO A GARANTIA DA FIANÇA. ART. 66, PAR. 5. DA LEI 4.728 1965.
- EMBARGOS PROVIDOS.

IV – CONCLUSÃO

Este trabalho, como visto, objetivou demonstrar que vários dispositivos do Decreto-lei 911/69, estão em total desarmonia com os preceitos contidos na Carta Política de 1988, em especial os arts. 1º, III, 5º, XXXII, LIV, LV; e 170, *caput* e inciso III. De forma que a nós, enquanto operadores do direito, toca a responsabilidade de provocar profundas reflexões a fim de que se estabeleça uma nova visão nas relações constituídas sob a égide do Decreto-lei 911/69, sem que nos afastemos dos preceitos contidos na Lei 8.078/90, considerando tratar-se de uma relação consumerista. ◆

DUPLICATA - ASPECTOS JURÍDICOS E DISCUSSÕES ATUAIS*

RONALD AMARAL SHARP JUNIOR
Professor de Direito Comercial

1. Na lição do professor Rubens Requião, a duplicata é “um título de crédito formal, circulante por meio de endosso, constituindo um saque fundado sobre crédito proveniente de contrato de compra e venda mercantil ou de prestação de serviços, assimilando aos títulos cambiários por força de lei”. (*Curso de Direito Comercial*, 2 v. p. 428, Editora Saraiva, 1982). A duplicata pode, assim, ser mercantil ou de prestação de serviços, correspondendo a um título cambiárfome, isto é, que possui causa específica de emissão, situando-se à margem do atributo da abstração, embora se lhe apliquem as normas de direito cambiário.

2. Trata-se de título genuinamente brasileiro de larga utilização, a ponto de ser a duplicata chamada por Tullio Ascarelli de “príncipe do direito brasileiro”, em razão de sua contribuição para o desenvolvimento do comércio nacional. Fran Martins, comparando a duplicata com títulos similares existentes no direito estrangeiro, sustenta, com apoio em outros autores, que, na Argentina, ela exerceu sua influência na criação da *Factura conformada*.

3. A duplicata recebeu essa denominação porque consiste na cópia, na reprodução, da fatura, que é o documento obrigatoriamente emitido nas vendas com prazo de pagamento superior a 30 dias contados da entrega das mercadorias - a venda, por isso, presume-se à vista até 30 dias - ou quando emitida nota fiscal-fatura, por força do Convênio de Criação do Sistema Nacional Integrado de Informações Econômico-Fiscais, de 15.12.70, ou, no caso de prestação de serviços, da fatura facultativamente expedida de-

* Palestra proferida no dia 10 de maio de 2001, em Buenos Aires, por ocasião do seminário “Jornada de Actualización sobre la factura Duplicata”, organizado pela Embaixada do Brasil na Argentina e Associação de Bancos da Argentina

pois de executado o serviço (Lei de Duplicatas, art. 1º c/c art. 3º, § 2º, e art. 20, §§ 1º e 2º).

4. Recorre-se com frequência à afirmação de que a duplicata constitui a letra de câmbio comercial brasileira, em confronto com a letra de câmbio propriamente dita, de caráter eminentemente financeiro. Rege a duplicata a Lei n.º 5.474/68 (Lei de Duplicatas - LD) e, subsidiariamente, a legislação sobre letras de câmbio (LD, art. 25), bem como demais normas que disponham sobre títulos de crédito e protestos, como a Lei n.º 9.492/97. Acrescente-se que, em virtude do disposto no art. 27, da Lei de Duplicatas, a Resolução n.º 102/68, do Conselho Monetário Nacional, estabeleceu o modelo padronizado para as duplicatas.

5. Aplicam-se à duplicata os dispositivos cabíveis da letra de câmbio sobre emissão, circulação e pagamento (LD, art. 25), explicando-se daí as semelhanças estruturais entre dois títulos. Contudo, o professor Luiz Emygdio da Rosa Junior aponta, com propriedade, as seguintes diferenças, em sua obra **Títulos de Crédito**, Editora Renovar, 2000, p. 639/640:

a) a letra de câmbio é título de crédito próprio e abstrato; a duplicata é título impróprio e causal (cambiariforme);

b) na letra de câmbio o aceite é facultativo; na duplicata o aceite é obrigatório, somente admitindo sua recusa especificamente diante de vícios, divergências nos prazos e condições ou não-recebimento das mercadorias ou sua avaria (LD, arts. 7º, 8º e 21);

c) o aceite na letra de câmbio somente ocorre de modo expresso; na duplicata pode dar-se de modo tácito ou presumido (LD, art. 15, incs. I e II);

d) o beneficiário da letra de câmbio pode ser o próprio sacador ou terceiro; na duplicata o beneficiário é sempre o sacador, por se cuidar de título causal;

e) a letra de câmbio nasce com três figuras intervenientes distintas (sacador, sacado e tomador), embora possam ser coincidentes; a duplicata admite apenas as figuras do sacador e sacado;

f) a letra de câmbio pode apresentar vencimento à vista, a tempo certo de vista, a dia certo e a tempo certo de data; o vencimento da duplicata será exclusivamente com data certa ou à vista (LD, art. 2º, § 1º, inc. III)

6. Em virtude de a duplicata ser título causal, que pressupõe compra e venda mercantil efetivamente realizada ou prestação de serviços, resultam ainda as seguintes conseqüências:

a) o sacador não poderá emitir qualquer outra espécie de título para documentar o saque do vendedor pela importância faturada ao comprador (LD, art. 2º). Todavia, a norma proibitiva tem como destinatário o vendedor e, com isto, não se veda que a emissão de nota promissória ou cheque, que são títulos emitidos pelo comprador;

b) o aceite da duplicata é obrigatório, uma vez que pressupõe a venda mercantil realizada ou a prestação de serviços, somente podendo ser recusado no prazo e nas condições previstas na lei (LD, arts. 7º e 8º);

c) por identidade de razões, a duplicata não comporta aceite parcial, porque perderia a correspondência com os valores da fatura, a qual deve refletir;

d) não se admite emissão de duplicata com base em contrato de compra e venda para entrega futura, pois a fatura, da qual ela é extraída, condiciona-se à entrega real da mercadoria ou à concreta prestação do serviço. Muitos contratos de compra e venda de combustível entre distribuidoras e postos de gasolina prevêm o faturamento e a extração de duplicata, mesmo quando não adquirida a quota mínima de combustível, o que a jurisprudência considera ilegal;

e) não se autoriza a expedição de duplicata com fundamento em contrato de *leasing*. Somente venda mercantil ou prestação de serviços justifica a expedição de duplicatas;

f) a duplicata não pode representar mais de uma fatura, embora o pagamento parcelado admita o saque de duplicata única com diversos vencimentos ou de uma duplicata para cada vencimento, discriminadas por letras do alfabeto (LD, art. 2º, § 3º);

g) é ilegal o saque de duplicatas para cobrança de acessórios da dívida, como atualização monetária e juros decorrentes de pagamento em atraso.

7. Os requisitos da duplicata acham-se previstos no § 1º, do art. 2º, da Lei de Duplicatas e são considerados essenciais, já que essa lei não menciona os requisitos supríveis, ao contrário do diploma aplicável às letras de câmbio e notas promissórias - a Lei Uniforme de Genebra. São, então, seus requisitos:

a) a expressão "duplicata", data de emissão e número de ordem, conforme escrituração efetuada no Livro de Registro de Duplicatas, de adoção obrigatória somente no caso de serem emitidas duplicatas;

b) número da fatura ou nota fiscal-fatura a que corresponder;

c) data certa do vencimento ou de menção de ser o título à vista, embora o art. 11 da Lei de Duplicatas permita a sua prorrogação mediante declaração do vendedor ou do endossatário;

d) nome e domicílio do comprador e do vendedor, restringindo-se a emissão de duplicatas às partes domiciliadas em território brasileiro (art. 1º da LD);

e) importância a pagar em moeda nacional, em algarismos e por extenso, vedado o saque em moeda estrangeira, por serem inaplicáveis o Decreto-Lei 857/69 e as Leis 9.069/95, art. 28, e 10.192/2001 art. 1º e 2º;

f) praça de pagamento;

g) cláusula “à ordem”, a fim de que necessariamente a duplicata possa vir a ser objeto de endosso, admitindo-se, contudo, a cláusula “sem responsabilidade”, pela qual o endossante não se tornará devedor cambiário;

h) declaração do reconhecimento de sua exatidão e obrigação de pagá-la, a ser assinada pelo comprador, como aceite:

i) assinatura do emitente, de próprio punho, por intermédio de procurador com poderes especiais ou por chancela mecânica (Lei n.º 6.304/75).

8. Ao contrário do que sucede com a letra de câmbio, na duplicata o aceite é obrigatório, tendo em conta a vinculação à sua causa. A recusa de aceite somente é admissível diante de avaria ou não-recebimento de mercadorias, vícios de qualidade ou quantidade, divergência no preço ou nos prazos. O aceite da duplicata pode ocorrer das seguintes formas:

a) aceite expresso ou ordinário, resultante de assinatura lançada no título pelo comprador;

b) aceite por comunicação, resultante de retenção da duplicata pelo sacado, autorizado por instituição financeira cobradora, e de comunicação escrita do aceite (LD, art. 7º, § 1º);

c) aceite tácito ou presumido, resultante da prova de recebimento das mercadorias, da falta de recusa justificada do aceite, no prazo de 10 dias, e do protesto do título (LD, art. 15, inc. II).

9. Em caso de perda ou extravio de duplicata, permite a lei ao vendedor sacar uma triplicata, nas condições e efeitos daquela (LD, art. 23). Esses casos se referem à impossibilidade de utilização do título e, desse modo, se admite, por um critério aberto, que a sua retenção indevida pelo sacado também autorize a criação da triplicata. Rara tem sido a extração de triplicata, uma vez que o portador legitimado do título pode promover o seu protesto

por indicações, garantindo-lhe a exigibilidade (LD, art. 13, § 1º, e Lei n.º 9.492/97, art. 8º, parágrafo único).

10. A duplicata é sujeita a protesto por falta de aceite, de devolução ou de pagamento (LD, art. 13). Compreende-se por protesto “o ato formal e solene pelo qual se comprova a inadimplência e o descumprimento de obrigação originada em títulos e outros documentos de dívida” (Lei de Protesto, art. 1º - Lei n.º 9.492/97). O protesto por falta de pagamento deve ser efetuado no prazo de 30 dias a contar do vencimento. A falta de protesto acarreta a perda do direito de regresso cambial, isto é, decai o portador do direito de cobrar a duplicata dos endossantes (o sacador também é endossante) e dos avalistas dos endossantes. Como é de regra, o protesto não é necessário para a cobrança cambial do sacado e de seus avalistas.

11. Pode o protesto efetuar-se por indicações do apresentante da duplicata, arredando-se, de certa maneira, o atributo da cartularidade dos títulos de crédito (LD, art. 13, § 1º; Lei de Protesto, art. 21, § 1º e 3º). Admite-se igualmente a indicação a protesto por meio magnético ou de gravação eletrônica de dados, abrindo o caminho para a introdução da *duplicata virtual*. Em se tratando de duplicata de serviços, a Lei de Duplicatas exige a prova da prestação de serviços e do vínculo contratual de que se originam (LD, art. 20, § 3º).

12. Problemas têm surgido a partir do título levado a protesto pelo Banco que desconhece ou não tem como saber da inexistência de justa causa para o saque da duplicata. De um lado, o banco precisa protestá-la, a fim de garantir o direito de regresso exercitável contra o endossante que lhe apresentou o título para eventual desconto bancário. De outro lado, põe-se o suposto sacado, apontado na duplicata, que não deseja a exposição de seu nome e o abalo de crédito gerado pelo protesto indevido de um título em relação ao qual nada deve. Mesmo assim, a jurisprudência vem admitindo a sustação judicial do protesto e a responsabilização dos bancos por danos materiais e morais, fundado em que o recebimento de títulos inidôneos insere-se no risco próprio da atividade bancária (Superior Tribunal de Justiça - Recurso Especial. 195.842/SP, Rel.: Min. Ruy Rosado de Aguiar, D.J.U. de 29/03/99). Embora não efetuado o protesto, por força de decisão judicial, os Tribunais, de qualquer forma, asseguram aos bancos o direito de regresso contra o endossante.

13. Na decisão citada, afirma o Superior Tribunal de Justiça que “(...) quando a duplicata não tem causa, prevalece o interesse do terceiro de boa-

fé, que nenhuma relação tem com o título que o Banco aceitou descontar e recebeu por endosso, e por essa razão se impede a prática do ato que seria extremamente prejudicial à sacada, sabendo-se que o protesto é ato cujos efeitos extravasam a simples consequência cambial que a lei lhe atribuiu”. No confronto entre as duas posições jurídicas, a do sacado e do banco, predomina a do sacado, que não está obrigado a suportar danos para proteger os riscos da atividade profissional alheia.

14. Acima se referiu à *duplicata virtual*, como passou a ser chamada a duplicata sem suporte material ou cédula, mas apenas com base em registros efetuados por meio eletromagnético. Trata-se do fenômeno da desmaterialização dos títulos de crédito. Luiz Emygdio da Rosa Junior descreve a mecânica da *duplicata virtual*: “O vendedor, via computador, saca a duplicata e a envia pelo mesmo processo ao banco, que, igualmente, por meio magnético, realiza a operação de desconto, creditando o valor correspondente ao sacador, expedindo, em seguida, guia de compensação bancária, que, por correio, é enviada ao devedor da duplicata virtual, para que o sacado, de posse do boleto, proceda ao pagamento em qualquer agência bancária” (op. cit., p. 726).

15. A exigibilidade da duplicata virtual é assegurada pelo protesto efetuado por indicações feitas por meio eletromagnético, acompanhado da prova da entrega da mercadoria ou da prestação do serviço. Ressalte-se que a própria Lei de Duplicatas, que data do ano de 1968, em seu art. 15º, § 2º, já dispensava a cédula para a execução do crédito, admitindo aceite tácito pelo protesto por indicação, e o que fez a Lei de Protesto, que é de 1997, foi apenas possibilitar o protesto por indicação a partir de meio magnético ou eletrônico de dados. Ademais, a recusa do aceite, que retira a exigibilidade do título, há de ser alegada e provada pelo devedor na oportunidade de sua defesa. A ausência de recusa, por ser prova negativa, não cabe ao credor.

16. A cobrança judicial da duplicata ou triplicata, aceita, protestada ou não, será processada pela forma de ação de execução, garantindo-se ao credor a penhora dos bens do devedor para a imediata satisfação do crédito (LD, art. 15). Para cercar-se da mesma força executiva, a duplicata não aceita precisa estar protestada - mediante exibição do título ou por indicação do credor - acompanhada da prova da entrega da mercadoria e o devedor não haver recusado motivada e tempestivamente o aceite (LD, art. 15, inc. II, alíneas “a”, “b” e “c”).

17. Registra Fábio Ulhôa Coelho, em sua obra **Curso de Direito Comercial**, ditadora Saraiva, 6ª ed., p. 278, que o requisito da ausência de recusa de aceite deve ser compreendido como “condição negativa de exigibilidade do crédito cambiário representado por duplicata. Ou seja: cabe ao executado, em embargos, a alegação da prova desta condição. Se acaso o aceite foi regularmente recusado, ou seja, no prazo, forma e pelos motivos da lei (LD, arts. 7º e 8º), o comprador, demonstrando isto em embargos, verá desconstituído o título executivo do credor”.

18. Se preferir o credor, e na hipótese de duplicata mercantil, poderá ser requerida a falência do sacado, nos mesmos casos em que se atribui força executiva ao título. Assim dispõe a Lei de Falências em seu art. 1º, inclusive com o acréscimo representado pelo § 3º.

19. A prescrição da ação de execução - 3 anos para devedor principal e seus avalistas, 1 ano para o sacador, endossantes e respectivos avalistas, e 6 meses para o exercício do direito de regresso comum - possibilita a cobrança por meio de ação ordinária ou ação monitória, espécie de ação de conhecimento de processamento abreviado, em que o devedor já é convocado ao pronto pagamento, embora lhe seja dado opor-se a ordem judicial mediante embargos e sem sofrer apreensão de bens. Se o devedor não se opuser e deixar de apresentar embargos, ficará livre de responder por custas e honorários judiciais (Código de Processo Civil, art. 1.102, com a redação dada pela Lei n.º 9.079/95).

20. A ação monitória também será cabível quando o credor perder a prova de entrega da mercadoria ou quando, por qualquer motivo, a duplicata não dispuser de eficácia executiva (1º Tribunal de Alçada Cível de São Paulo, acórdão publicado na **Revista dos Tribunais** 747/279).

21. O Código Penal, no seu art. 172, tipifica como crime a conduta de quem emite fatura, duplicata ou nota de venda que não corresponda à mercadoria vendida, em quantidade ou qualidade, ou ao serviço prestado. Também comete o mesmo crime aquele que falsificar ou adulterar a escrituração do Livro de Registro de Duplicatas. A pena prevista é de detenção, de 2 a 4 anos, e multa.

22. Feitas essas observações, e encerrando o objetivo proposto, deixamos registrada a crença de que juntos, Argentina e Brasil, têm muito a aprender um com o outro e que somente a união de esforços constituirá os alicerces fundamentais para o desenvolvimento de nossas instituições.

Se a duplicata já foi considerada “príncipe do direito brasileiro”, nada impede, e tudo recomenda, que ela também venha a integrar a nobreza dos reinos do Brasil e da Argentina. ◆

JUIZADOS ESPECIAIS MUNICIPAIS COM JUÍZES ELEITOS - UMA PROPOSTA

GABRIEL DE OLIVEIRA ZEFIRO

Juiz de Direito TJRJ

I. INTRODUÇÃO

Em meados de 1996 a revista semanal *News Week* produziu matéria jornalística (de capa) acerca de um fenômeno jurídico-social que alarmava as autoridades judiciárias dos EUA. Em Los Angeles, a maior cidade horizontal do mundo, na qual existem imensos condomínios fechados, que funcionam como verdadeiros pequenos municípios, estava em andamento uma nova forma de aplicação da justiça, de caráter privado, *a latere* do poder público.

Nesses condomínios, como em todos os outros, são comuns os litígios de vizinhança, pequenas desavenças que, se não "tratadas" convenientemente, como se doenças fossem, se agravam, transformando-se em problemas de convivência graves a dificultar a vida da comunidade.

A busca da jurisdição civil naquele país (assim como em quase todos do ocidente), é no mais das vezes cara e demorada, desestimulando a ida ao judiciário, permitindo que o conflito aumente de proporções com o passar do tempo ou fique em estado latente, pronto para de novo eclodir quando as condições a tanto se apresentarem.

Na intenção de não permitir a eternização desses conflitos, com as nefastas conseqüências que lhes são próprias, alguns condomínios horizontais criaram "tribunais internos", compostos por moradores eleitos. O procedimento é simples, barato, desburocratizado, e aí a questão juridicamente relevante: o resultado é imperativo para as partes. Como é cediço em todo o mundo civilizado, somente a jurisdição estatal tem o poder da imperatividade das decisões, realizando-as através da coação advinda do poder emanado da lei.

A experiência dos juzados condominiais frutificou de tal modo que os "tribunais" dos condomínios chegaram a ponto de expedir mandados.

cumpridos por moradores ou empresas de segurança, garantindo, assim, a coercitividade das suas decisões. Ao final de algum tempo causas atinentes a direito de família foram igualmente levadas a julgamento naquelas “cortes” e até mesmo mandados de prisão domiciliar foram expedidos.

Nesse ponto “soou o alerta” das autoridades constituídas. Mandado de prisão já era um exagero, e houve intervenção do estado para delimitar as áreas de atuação das “autoridades judiciárias condominiais”.

A reportagem tratava do ponto efetivamente crucial do fenômeno: o evidente descrédito no sistema judiciário. É bem verdade que a sociedade americana se encontrava sob o impacto da decisão judicial do caso **O. J. Simpson**. O sistema legal estava em cheque e era alvo dos mais diversos ataques¹. Mas o fato é que os “tribunais condominiais” existiram, e a experiência parece haver sido positiva nas comunidades.

As reclamações contra o sistema judiciário americano são rigorosamente as mesmas daquelas por aqui formuladas em relação ao nosso: dificuldade de acesso, morosidade, alto custo, burocratização, corrupção.

Os “tribunais condominiais” trouxeram à tona uma necessidade premente da sociedade ocidental: uma revolução do sistema judiciário, capaz de satisfazer as expectativas do cidadão na realização do direito que sabe possuir. A sociedade se moderniza na direção da velocidade, seja de informação, de decisão, de locomoção etc. Não é admissível aos olhos do homem do terceiro milênio que a solução de um conflito levado à barra dos tribunais demore quatro, cinco, seis anos. O judiciário está se tornando uma peça de museu, algo inútil sob o aspecto prático. O comum é que o autor de uma ação na justiça, após longa espera, se arrependa de haver recorrido ao tribunal.

Assim como lá, por aqui urge uma mudança radical. Não creio que uma reforma vá resolver a questão. Talvez diminua o problema. A solução passa por uma revolução no processo - instrumento da jurisdição para a aplicação do direito na solução dos conflitos de interesses.²

¹ Logo após o julgamento de O. J. Simpson, que resultou na absolvição do mais famoso atleta de futebol americano de todos os tempos, acusado de assassinar sua ex-esposa e um pretenso namorado, eclodiram discussões públicas acerca do sistema judicial americano em universidades, televisões, rádios etc. O Juiz do Julgamento de O. J. foi duramente criticado pela condução dos trabalhos, principalmente por haver permitido o televisualização do julgamento, transformando-o em um verdadeiro espetáculo televisivo.

² Não há dúvida de que as recentes alterações no CPC são benfazejas. Contudo, assemelham-se a pequenos diques construídos na intenção de conter maremotos, se olharmos sob o prisma dos resultados práticos. A avalanche de feitos em todos os tribunais civis do país, nos dois graus de jurisdição e nas cortes superiores, inviabilizam a presteza indispensável ao serviço judiciário.

O presente trabalho propõe-se a desenvolver a idéia do Professor Carreira Alvim, apresentada em uma de suas aulas de mestrado, acerca da criação de Tribunais Populares Municipais com competência para julgar pequenas causas, aparentemente uma revolução por estas plagas.

II. RAIZES HISTÓRICAS

A revolução fica apenas aparente quando se analisam as raízes históricas da jurisdição no Brasil. Nossos primeiros assentamentos foram feitorias, meros estabelecimentos comerciais, que evoluíram para vilas e posteriormente cidades. As instituições políticas portuguesas foram transplantadas estruturalmente para a nova terra com suas características básicas imunes a qualquer alteração. Portugal era, como ainda é, essencialmente municipalista.

Sob várias legislações esparsas, concentradas nas Ordenações Filipinas, a justiça estava afeita aos “Juizes da Terra”, eleitos pelo povo, como os vereadores, ao contrário dos “Juizes de Fora”, de origem régia, nomeados pelo poder central. Até a entrada em vigor das Ordenações Filipinas, em 1603, estes eram os Juizes dentre nós. A administração da justiça era então preponderantemente municipal. A partir de 1603 a jurisdição ganhou novos contornos.

O Ouvidor ganhou atribuição jurisdicional, assemelhando-se a um verdadeiro Corregedor da Justiça colonial.

Os Juizes da Terra, também denominados ordinários, foram mantidos, com competência para conhecer e julgar causas Cíveis e Criminais, exercer as atribuições de Juizes de Órfãos, onde não os houvesse, e conhecer e julgar, juntamente com os Vereadores, e sem recurso, as injúrias verbais. Nestes casos havia a possibilidade de recurso, e o julgamento era singular (sem a participação dos vereadores), quando se tratasse de fidalgo. Por fim, julgar as apelações e agravos das decisões dos almotacéis. Sua competência era limitada pela alçada: três mil-réis nas vilas de população superior a 200 habitantes e de mil e oitocentos réis em móveis e mil e duzentos em imóveis nos lugares menos populosos. Das suas sentenças cabiam recursos para o Ouvidor ou para a Relação, conforme a alçada (Ord. I, 67 e Alvará de 12/11/1611).

Havia os juizes de vintena, eleitos, anualmente, pelas Câmaras, um para cada vinte vizinhos, distantes da sede, no mínimo, uma légua. Julgavam em processo verbal, sem possibilidade de recurso, as pequenas causas,

com exclusão daquelas relativas a imóveis e a posturas municipais (Ord. Livro I, Tit. 65, parágrafos 73 e 74 e alvará de 16/09/1814).

Os juízes almotacéis, dois em cada município, julgavam questões relativas a servidões urbanas e nunciações de obra nova (Ord. I, 65 e alvarás de 20/10/1809 e 16/09/1814).

Os Juízes de Fora, como já frisado, eram nomeados pelo poder central, e tinham como distintivo a vara branca, da qual eram inseparáveis por imposição legal, possuindo competência para causas de determinada alçada (Ord. I, 65).

Os Juízes de Órfãos eram eleitos ou nomeados, cabendo-lhes processar e julgar os inventários, partilhas, as causas deles decorrentes e naquelas em que fossem partes menor ou incapaz, assim como as causas relativas à tutela e curatela (Ord. I, 88 e IV, 99).

Esta estrutura jurisdicional manteve-se, com pequenas alterações ao longo do tempo, até 1828.

A justiça comum era desempenhada desde os primórdios, na sua maioria, por juízes eleitos pelo povo, vinculados ao município, com exceção dos Juízes de Fora. Estes adquiriram mais destaque a partir de 1696 e foram concentrando em si as atribuições judicantes. Os cursos jurídicos, primeiramente na metrópole e posteriormente na colônia, passaram a prover a burocracia judiciária de mais bacharéis. Em razão de um natural magnetismo profissional, a jurisdição, a partir daí, foi se profissionalizando, e pouco a pouco os juízes eleitos foram sendo postos em segundo plano, até deixarem de existir com a Independência e a Constituição de 1824.

A primeira Constituição manteve os juízes municipais juntamente com os juízes de direito, tanto uns como os outros, bacharéis e nomeados pelo poder central. Findou o processo eletivo para a composição da judicatura. No período imperial iniciou-se a tendência centralizadora da nossa administração, defeito do qual não nos curamos até hoje.

Como se vê, a jurisdição no Brasil tem profundas raízes municipais, e os nossos primeiros juízes foram arregimentados pelo processo eletivo. Por essa razão, frisamos acima que a proposta era uma revolução aparente. Trata-se, isto sim, de um retorno à nossas raízes jurisdicionais.

III. A COMPOSIÇÃO DO ÓRGÃO JULGADOR E SUA COMPETÊNCIA

Antes de continuarmos, é preciso frisar que nossas futuras considerações apenas partem da idéia inicial esposada na palestra do Mestre Carreira

Alvim, e formaram-se a partir de meditações pessoais sobre o tema. Desta forma, o Mestre não pode ser responsabilizado pelas ousadias que serão cometidas.

O órgão jurisdicional municipal será composto por juizes eleitos através de votação não obrigatória, no mesmo período da eleição para os vereadores. Várias considerações devem ser feitas em relação ao processo eletivo. Primeiramente, a judicatura por eleição deve ser obrigatoriamente temporária. O período de quatro anos nos parece razoável e permitirá uma coincidência com a eleição da vereança. É um período de agitação na política municipal, que atrairia interesse na eleição dos juizes do municipio. Nos grandes municípios os tribunais municipais serão divididos por áreas, correspondentes a bairros, eventualmente aglutinados, dependendo do número de moradores. Cremos que um tribunal a cada cinquenta mil habitantes seja um número razoável. É importantissimo estabelecer que somente poderão concorrer ao cargo de juiz municipal moradores na respectiva área há pelo menos cinco anos. O novo sistema só tem sentido se os juizes estiverem em perfeita consonância com os anseios dos jurisdicionados e deles merecerem total confiança.³

Juntamente com o sistema eletivo, deve ser instituído um modelo que permita o controle por parte dos cidadãos da atuação do juiz municipal. Na justiça tradicional, técnica por excelência, o controle se dá neste campo basicamente através dos recursos e outros meios de impugnação de decisões. Pelos recursos os órgãos superiores da Magistratura aquilatam o trabalho do juiz sob o aspecto técnico. O controle comportamental cabe às Corregedorias e aos Conselhos da Magistratura dos respectivos tribunais.

O juiz municipal será eleito pelo povo, exercerá mandato. Como tal, poderá ser submetido a um processo de *impeachment*, que se iniciará com requerimento assinado pela metade do número de eleitores que hajam nele votado. O processo e julgamento do impedimento caberá ao Órgão Especial do tribunal estadual, composto pelos Desembargadores mais antigos e portanto mais experientes da Magistratura do Estado. Uma vez afastado das funções, não poderá mais concorrer ao mesmo cargo.

³ Talvez o modelo incentive a discussão acerca da instituição do voto distrital. a nosso ver medida que significaria grande evolução no nosso sistema eleitoral

Os candidatos devem ser alfabetizados, parecendo-me essa a única exigência cultural de um juiz leigo⁴. Uma vez eleito, o juiz fica impedido de concorrer a qualquer outro cargo eletivo pelo prazo de 10 anos. Isso impedirá a tentativa da utilização do poder jurisdicional em favor de futuras candidaturas políticas. Da mesma forma, o candidato não poderá ser filiado a partido político há pelo menos 5 anos. Trata-se de tentativa de evitar a politização da função jurisdicional municipal.

O órgão judicante será composto por três juizes. Parece-nos que o julgamento monocrático não se coaduna com a judicatura leiga. A legitimidade da decisão em tais circunstâncias tem como base o bom-senso, acima de tudo. Este é melhor identificado pelo cidadão comum na decisão colegiada.

Não ficará o juiz municipal adstrito ao princípio da legalidade. O julgamento por equidade será permitido expressamente. É claro que a lei poderá, e certamente será, a principal fonte de inspiração dos julgamentos, mas a decisão leiga sempre está mais afeita ao razoável que a letra da lei.⁵

A competência deve ser limitada ao conhecimento e julgamento de causas atinentes a direito de vizinhança, com expressa exceção de ações possessórias e nunciação de obra nova. Causas referentes ao direito do consumidor estarão igualmente dentro da competência do órgão, mas apenas aquelas com alçada de até 40 salários-mínimos. Os acidentes de trânsito são perfeitos para este tipo de julgamento, valendo igualmente a alçada de 40 salários-mínimos.

Em todos os casos o juiz leigo está plenamente apto a decidir. No município todos conhecem os bons e os maus vizinhos, e os comerciantes honestos e desonestos. A injustiça será rara.

Na competência relativamente ao consumo há superposição com os Juizados Especiais e o procedimento sumário. É oportuno neste momento tratar dos Juizados Especiais. A criação dos Juizados Municipais não im-

⁴ Tal exigência, a alfabetização, já existe no campo político para a candidatura a cargo eletivo. Deve ser frisado que no caso dos juizes eleitos a exigência não deve ficar no abstrato. A lei deve instituir um critério de avaliação, que não estará ligada ao conhecimento jurídico, mas ao razoável domínio do idioma. Um juiz, seja eleito ou concursado, deve saber comunicar-se por escrito com alguma facilidade.

⁵ O artigo 6º da Lei 9.099/95 já dispõe que o juiz naquele rito não se encontra limitado pelo princípio da legalidade estrita, princípio este consagrado pela artigo 126, do CPC.

portará no seu desaparecimento. Mas o sistema da opcionalidade deve ser deixado para trás. A competência da justiça municipal será absoluta para as ações de sua competência.

A Lei 9.099/95, instituidora dos Juizados Especiais Cíveis e ao mesmo tempo do rito especial para as causas cuja competência estabelece no seu artigo 3º, foi recebida pela maioria dos operadores do direito como uma lufada de ar benfazeja, talvez o primordial fator de mudança para uma justiça mais ágil, coerente com os anseios de uma sociedade ávida por entrar no terceiro milênio não apenas no calendário.

Como hoje se verifica após quase seis anos de prática na aplicação da lei, nem todos os anseios foram honrados. Ao contrário da expectativa inicial, não ocorreu o desafogo das Varas Cíveis da Justiça tradicional. A idéia inicial consistia em que a criação dos Juizados Especiais atraísse como um ímã os processos antes distribuídos inexoravelmente para aquelas Varas, já totalmente saturadas.

O que se observou de fato foi o inchaço dos Juizados Especiais imediatamente após a sua criação, atingidos por uma imensa gama de ações que anteriormente não iriam parar na barra dos Tribunais. A justiça grátis e a promessa de rapidez e simplicidade seduziram grande número de litigantes de “pequenas causas”. Resultado: os Juizados encontram-se hoje tão saturados quanto as Varas Cíveis, e estas, por sua vez, não experimentaram qualquer melhoria significativa no tocante ao número de processos e ao tempo médio de julgamento dos feitos.

A criação dos Juizados Especiais serviu como uma mola propulsora para uma até então dissimulada demanda reprimida pelos serviços judiciários. Grande número de litígios relativos a pequenos prejuízos, quanto aos quais não valia a pena o trabalho da busca de um advogado e o ingresso em Juízo, com todas as conseqüentes aborrecimentos daí resultantes, acabaram por lá desaguar, literalmente, implodindo o sistema. Em resumo, continuamos num “beco sem saída”.

Essas causas relativas a pequenos prejuízos seriam o alvo dos Juizados Municipais, desafogando os Juizados Especiais, que ficariam com a competência para as causas superiores a 40 e até o máximo de 200 salários-mínimos, além daquelas cuja competência se dá em razão da matéria. A propósito, já tramita no Congresso Nacional projeto de lei que pretende estabelecer a alçada máxima dos Juizados exatamente em 200 salários-mínimos.

Outra questão de suma importância a ser decidida é a da competência no que concerne à complexidade da matéria objeto do julgamento. Assim como nos Juizados Especiais, somente matérias de menor complexidade poderão ser objeto de conhecimento e julgamento nos tribunais municipais. Mas o conceito de complexidade deve ser ampliado. Nos Juizados Especiais a complexidade impeditiva da utilização daquele procedimento é meramente probatória. Quando a lide depende de intrincada produção de prova não está apta ao procedimento informal e célere previsto pela Lei 9.099/95.

Nos tribunais municipais o conceito vai além. Não apenas as matérias que necessitam de perquirição probatória mais profunda deles ficam afastadas, mas também aquelas que dependam de alta indagação jurídica. Não se pode esquecer que os juizes serão leigos. Questões envolvendo profunda análise jurídica a eles naturalmente não estarão afeitas.

Resta saber de que forma a eventual incompetência será argüida e decidida. O réu poderá fazê-lo na AIJ, como tese de defesa, e qualquer dos três juizes poderá suscitá-la de ofício. A decisão, sempre colegiada, que reconhecer a incompetência, extinguirá o processo, como nos Juizados Especiais. A que mantiver a competência enfrentará o recurso adequado contra a decisão final, quando cabível algum recurso, tema que será desenvolvido adiante.

IV. O PROCEDIMENTO

Talvez seja o ponto mais delicado a ser abordado, esse sim afeito a uma revolução.

Concordando com o Professor Carreira Alvim, o principal problema do processo nos dias de hoje não é de acesso à justiça, não é de entrada, mas de saída. A grande dificuldade para o homem médio não é ingressar em juízo com uma ação, mas sim realizar o direito correspondente à pretensão trazida à juízo. O caminho entre o início da ação, com a distribuição da petição inicial, e a realização do direito, há de ser encurtado, de forma urgente e contundente.

Desta forma, só há sentido em criar uma justiça municipal leiga se o procedimento lá utilizado como instrumento da jurisdição for o mais rápido e menos burocratizado possível, até porque, uma justiça leiga não se coaduna com os meandros e miríades do processo tradicional.

Os Juizados Especiais demonstraram a primeira experiência nesse sentido. Indubitavelmente o rito da Lei 9.099/95 é bem mais célere e marca-

do por um desejo de informalidade, mas podemos ir mais longe. Refiro-me à utilização da oralidade total: requerimento oral, resistência oral e decisão oral.

O procedimento terá início com a apresentação de uma petição, nos termos do que acontece nos Juizados Especiais, podendo ser o pleito deduzido oralmente e reduzido a escrito por funcionário do tribunal. O réu será citado para uma audiência de instrução e julgamento, com expresso aviso de que poderá levar até três testemunhas para provar os fatos que alegar, sendo-lhe permitida a apresentação de documentos para exame dos juizes no momento do julgamento. Se a intimação das testemunhas for necessária, o requerimento para tal deverá ser feito em até 10 dias antes do julgamento pelo réu, e na inicial, pelo autor.

Apregoadas as partes, estando todas presentes, proceder-se-á à tentativa de conciliação. Não sendo ela possível, ouvir-se-á o autor, depois o réu, pelo prazo de, no máximo, 5 minutos cada um; proceder-se-á, se necessário, às oitivas das testemunhas e exame dos documentos, com imediata decisão.

Trata-se de oralidade pura.

Será permitido aos juizes, durante todo o julgamento, até o momento da decisão final, inquirir as partes ou os advogados acerca dos fatos da causa. A direção dos trabalhos ficará a cargo do juiz mais antigo no cargo, ou do mais velho em caso de empate no tempo de serviço, devendo este zelar pela isonomia na distribuição do período para as alegações das partes e das indagações dos juizes. Este método é o utilizado pelos julgamentos nas Supremas Cortes dos Estados nos EUA. O prazo de exposição conferido às partes será de 10 minutos para cada um, podendo ser alargado por mais 10, se houver necessidade, reconhecida pelo órgão julgador. A oitiva de testemunhas e análise da prova não terá tempo predeterminado, assim como as deliberações. Todo o julgamento será gravado em fita para o caso de ser necessária sua reprodução. Hoje em dia a gravação em fita é muito mais econômica e célere do que o vetusto método da redução a termo, sistema realmente irritante, demorado e falho.

Deve ser ressaltada a figura do advogado no procedimento em estudo. Creio que deve ser aperfeiçoado o método estabelecido pela Lei 9.099/95. A própria natureza do julgamento realizado por juizes leigos aponta para a desnecessidade da presença de causídicos. O que se pretende é uma justiça menos técnica e mais justa. O advogado é sempre bem vindo, mas

não essencial neste tipo de julgamento. Desta forma, não haverá obrigatoriedade da sua presença, porém, quaisquer das partes poderá se valer de acompanhamento técnico. Neste caso, na petição inicial deverá o requerente informar que se fará acompanhar de causídico, e o réu, quando citado, disso será informado, para que o mesmo faça, se quiser. O réu, por sua vez, se se valer da assistência de advogado, deverá informar ao juízo até dez dias antes da AIJ, providenciando-se a intimação do autor.

Deve ser deixado ao alvitre da parte se necessita ou não de advogado. Os direitos em litígio serão sempre patrimoniais, e as causas de menor complexidade técnica.

Não haverá espaço, ao menos em regra, para decisões interlocutórias. Porém, é possível que aconteça, já que as partes sempre podem requerer, valendo-se do direito constitucional de petição, provocando uma decisão. Ainda que tal aconteça, não haverá recurso cabível.

O incidente mais provável será a argüição de impedimento ou suspeição. É a única situação na qual deverá ser adotado o método do CPC. A lei deverá frisar que somente neste caso o CPC será utilizado subsidiariamente⁶. Em todos os outros nos quais a lei criadora dos tribunais municipais for omissa, o bom senso guiará a decisão, respeitados os princípios informativos da legislação, os mesmos dos Juizados Especiais.

Se não houver o acatamento por parte do órgão julgador da argüição de incompatibilidade com a causa, a decisão caberá ao órgão com competência para conhecer e julgar os recursos contra as decisões do tribunal leigo - o juiz dos Juizados Especiais - tema que será desenvolvido adiante.

IVA. DOS RECURSOS

Os recursos, dada a sua importância no procedimento, merecem um subtítulo próprio.

Podemos identificar no sistema recursal pátrio a maior contribuição para a morosidade da justiça. Trata-se do arquiinimigo da velocidade da prestação jurisdicional, quase imbatível diante da equivocada visão de que a existência de uma miríade de recursos dificulta a ocorrência de erro judiciário.⁷

⁶ O CPC não é aplicado na Lei 9 099/95, a não ser na execução, havendo expressa determinação nesse sentido no artigo 52 do referido diploma legal.

⁷ A Turma Recursal do Rio de Janeiro, composta de seis Juizes, julga aproximadamente 1.000 recursos nominados por mês, número que vem aumentando gradativamente. Há um evidente afunilamento no procedimento, que o inviabilizará no futuro se alterações procedimentais não forem providenciadas a tempo

Partindo dessa premissa, consideramos que a decisão unânime dos Juizados Municipais não deve enfrentar qualquer possibilidade de recurso. Três serão os juizes a decidir. Se o bom senso comum apontar um determinado caminho, é de se presumir que é o razoável, devendo prevalecer imediatamente. É incomensurável o tempo que se ganhará com este tipo de procedimento na fase de conhecimento. Todavia, se a decisão não for unânime, seja de mérito ou não⁸, caberá recurso dirigido ao juiz togado com competência para decidir as causas dos Juizados Especiais, mais próximo de uma justiça definitivamente informalizada e ágil.

Não haverá necessidade de advogado para a interposição de tal recurso, ao contrário dos Juizados Especiais. A interposição poderá ser oral, reduzida a termo por membro da secretaria, como a petição inicial.

Somente este recurso será cabível, lembrando ainda que a decisão acerca da competência será proferida sempre na AIJ. Se o reconhecimento da competência for fracionado, caberá o recurso, ainda que no mérito seja unânime.

É imprescindível que haja expressa proibição de interposição de recurso especial ou extraordinário. Se assim não for cairemos no velho vício da formalidade excessiva. Trata-se, devemos frisar, da entrega do julgamento ao homem do povo. É um ônus que a sociedade deve arcar, irrestritamente.

Este trabalho não se propõe a estudar a execução dos julgados dos Juizados Municipais. É tema para ser desenvolvido em outro momento. Porém, desde já, se deve antever um sistema próximo à execução dos Juizados Especiais, ainda mais simplificado.

V. DAS NECESSÁRIAS ALTERAÇÕES CONSTITUCIONAIS

A criação dos Juizados Municipais importará em alteração da Constituição Federal no capítulo concernente ao Poder Judiciário.

No inciso VII, do artigo 92, da Constituição Federal será incluído o Município. No artigo 97 deverá ser igualmente incluído o Município como ente criador de Juizados Especiais, ao lado da União e dos Estados. Deverá ainda ser frisada a possibilidade de eleição de Juizes para os Juizados Muni-

⁸ Se, por exemplo, a competência do Juizado Municipal for reconhecida por maioria, mas no mérito houver unanimidade, caberá o recurso. O mesmo se diga quanto à suspeição ou impedimento. Ou seja, sempre que houver decisão fracionada o recurso será possível.

cipais, determinando-se que a legislação ordinária regulamente o processo eletivo.

A instalação dos tribunais municipais ficará a cargo das respectivas Prefeituras, com auxílio do Poder Judiciário estadual através de convênio administrativo, o que deverá igualmente ser previsto em lei.

O judiciário possui a experiência imprescindível à organização dos trabalhos. A partir daí a única ligação dos Juizados Municipais com a justiça estadual será processual, através dos recursos e representações.⁹

VI. CONCLUSÃO

A criação dos Juizados Municipais com juízes leigos e eleitos pode parecer absurdo diante dos princípios que regem a jurisdição pátria. É notório que a magistratura nacional tem verdadeiro horror institucional da possibilidade de eleição de juízes.

Os tribunais municipais trariam a administração da justiça para o seio do povo, uma responsabilidade cívica dividida entre os cidadãos, jurisdicionados e juízes eleitos. Não vejo o que teríamos a perder, raciocinando a partir da ótica institucional da magistratura.

A que a judicatura profissional, valendo-se de um processo excessivamente técnico e no mais das vezes fora do alcance intelectual do consumidor dos serviços judiciários, o homem do povo, não fornece as soluções que se impõem diante da pouquíssima efetividade da prestação jurisdicional. Como dito acima, a justiça está se tornando peça de museu.

É absolutamente fundamental quebrar a inércia do pensamento processual. Ou nos livramos das amarras que imaginamos ser os fundamentos da jurisdição e do processo, e os repensamos dentro de bases realísticas na busca da velocidade na prestação jurisdicional ou enfrentaremos, nós profissionais do direito, um futuro incerto, comum aos obsoletos. Trata-se da aplicação pura e simples do pensamento Darwinista: quem não se adapta perece.

O mundo em que vivemos é cada vez mais veloz, e a justiça, na inevitável comparação, fica cada vez mais lenta e incompatível com a vida moderna. Com certeza o mundo não mudará, que mude o judiciário e o processo. ◆

⁹ Administrativamente os Juizados Municipais estarão ligados ao Município, que deverá prover suas necessidades operacionais. A Justiça Estadual atuará apenas no campo processual, julgando representações contra os juízes leigos

JURISDIÇÃO CRIMINAL

- UM POUCO DA SUA HISTÓRIA -

JORGE ALBERTO ROMEIRO JR.
Desembargador TJ/RJ

POVOS PRIMITIVOS

BRONISLAW MALINOSWKI (1884 - 1942), antropólogo polonês, pesquisador do Museu Britânico e da London School of Economics e, depois, professor da Universidade de Yale norte-americana, foi considerado um dos criadores da antropologia social, principalmente porque fez pesquisas de campo em duas etapas sobre os usos e costumes dos selvagens contemporâneos cuja cultura primitiva ficou preservada em lugares remotos do planeta.

De setembro de 1914 a agosto do ano seguinte, trabalhou no sul na Nova Guiné e, de outubro de 1917 a julho de 1918, nas ilhas Trobriand, na Melanésia.

Em 1926 publicou importante obra em torno da *repressão nas sociedades primitivas* com as suas conclusões sobre o que viu nas tribos investigadas (*Crime and custom in savage society*).

Esse estudo mostra que a ação penal privada remonta à pré-história, sob a forma de vindita primitiva ou *vingança defensiva* (conforme a classificação de FERRI). Revela também que, em período anterior, o homem ligava seus desatinos a acontecimentos violentos da natureza, interpretando os últimos como uma punição.

Fazia-se, então, justiça pelas próprias mãos numa vingança pessoal bastante violenta. A ofensa, quando oriunda de elemento estranho ao clã, não era considerada individual, embora o fosse, mas contra a própria tribo do ofendido, desencadeando reação coletiva ensejadora de muitas guerras com a marca registrada do ódio e rancor.

A infração praticada *interna corporis* passou a ser submetida à autoridade de um chefe, detentor da função de punir.

As formas dessa *vindita primitiva* não traduziram, contudo, um direito e um processo penal porque germinou naqueles grupos tão-só um *poder doméstico e interfamiliar* capaz apenas de impor e fazer respeitar *regras de conduta* por intermédio de um imperfeito conjunto de *sanções*, muito rudimentar e meramente consuetudinário.

ANTIGÜIDADE

O verdadeiro Direito, a bem da verdade, só nasce e se desenvolve quando um *vínculo jurídico* vem a se constituir entre os indivíduos e uma determinada sociedade, formando, então, o *poder social*.

Sucedeu àquela fase outra que refletiu a intenção de nivelar a ofensa à sua repressão, adotando-se a pena de TALIÃO para combater o mal cometido com outro do mesmo nível. O crime, assim, passou a ser assimilado como uma lesão à ordem social e a pena como fator de prevenção e repressão.

Com o tempo surgiram normas escritas. As expostas no famoso Código de HAMMURABI (2123 a 2081 a.C.) mostram que o poder de julgar era exclusivo dos reis porque considerados os representantes dos deuses. Vale reproduzir duas delas em que o *juramento* mostra a sua força e onde se vislumbra o *perdão do ofendido* e até uma *comutação de pena*:

§ 131 - *Se o marido acusa sua mulher que, porém, não foi surpreendida no leito com outro varão, ela jurará em nome de deus e voltará à sua casa.*

§ 129 - *Se a mulher de um homem é flagrada no leito com outro varão, serão ambos amarrados e jogados na água, salvo se o marido permitir à mulher viver e o rei a seu servidor.*

Percebendo a precariedade da vingança privada que, longe de estabelecer a paz, só desencadeava novos confrontos e disputas, povos mais adiantados criaram a figura do ÁRBITRO, pessoa estranha ao conflito e escolhida pelos envolvidos para dar solução justa ao litígio. Ele era, a princípio, um particular sem a devida autoridade e força coativa para impor a sua decisão, contudo.

À medida que se firmaram, os núcleos sociais avocaram para si o ônus de distribuir justiça, atribuindo ao JUIZ, como seu representante, esse poder. Convém lembrar que o vocábulo "*Estado*" não era utilizado pelos

povos antigos no sentido hoje empregado. Representavam-no outrora, por exemplo, a *Polis* grega e a *Civitas* romana.

As sentenças judiciais passaram, portanto, a ostentar as características de atos de *imperium*.

A organização judiciária diferia muito da atual, pois os homens estavam divididos em classes e os juizes eram adaptados a elas. Até em Roma, cujo direito atingiu notável desenvolvimento, havia um *praetor* para os *cives* romanos e outro, o *praetor peregrinus*, para os estrangeiros. E mais: juizes militares e o Colégio de Pontífices (sacerdotes da aristocracia local) para julgar os crimes executados por alguém *ut miles*.

A divisão dos juizes em classes correspondentes às da organização social perdurou durante toda a Idade Média. Atravessou o feudalismo e se instalou no *Ancien Régime*, desaparecendo só no século XVIII por obra de um princípio básico (*égalité*) da Revolução Francesa, que extinguiu os juizes *privilegiados* (criados vitaliciamente em favor de determinadas pessoas) e os tribunais de *exceção* (instituídos em desfavor de outras). O foro *especial* passou a ser admitido somente na hipótese de *prerrogativa*, que diz respeito ao exercício eventual de uma *função*.

Na Antigüidade, as ações penais foram privadas, públicas e populares. No segundo caso, um corpo de funcionários costumava levar aos juizes as infrações que chegavam ao seu conhecimento, vendo alguns nisso o embrião do Ministério Público.

Na Mesopotâmia, os *sofetins*, juizes sírios, ficavam na porta das cidades, recebendo as acusações. No Egito, os *crematistas* procediam da mesma maneira, só que com um vaso apropriado para arrecadar delações, na porta de suas casas. Em Atenas, havia a figura do *tesmóteta*, um magistrado arconte incumbido de denunciar aos tribunais os crimes contra a pátria. Em Esparta, o *eforato* era uma instituição composta de cinco membros, eleitos anualmente para a missão de acusar os praticantes de crimes funcionais.

Juizes colegiados, na maioria das vezes, decidiam em primeiro grau as causas criminais naquela época.

ROMA

No início, a jurisdição criminal pertencia ao Rei, que ora julgava só, ora assistido por um conselho. Mais tarde, os Reis passaram a delegar essa função a comissários denominados *duúnviros* e *quaestores*. Havia também a *provocatio ad populum*, uma reclamação ao povo.

Expulsos os Reis, a analisada jurisdição passou para o Senado e as Assembléias do Povo, também denominadas *comícios* e formadas por cúrias (de patricios), centúrias e tribos.

Os cônsules ficaram com as atribuições permanentes de polícia, tomando medidas preventivas que concentravam ordens de prisão e execuções de sentenças.

O Senado e o Povo passaram a delegar o seu poder judicante, com o crescimento das causas complicadas, a comissões chamadas *quaestiones*, a princípio, de existência transitória e, depois, permanente. Daí, o apelido complementar *perpetuae*. Eram formadas por um pretor que recebia a acusação, formava o tribunal escolhendo os demais juizes, os *judices jurati* (simples cidadãos), presidia os debates, apurava os votos dos demais e pronunciava o julgamento.

Com a queda da República, ganhou expressão, ao lado das *quaestiones*, a *cognitio extra ordinem* na qual o pretor, em alguns casos, decidia extraordinária e isoladamente sem convocar os *jurati*.

Durante o Império, floresceram as acusações *ex officio*, intentadas pelos procônsules e outras autoridades. Os crimes de lesa-majestade emigraram da alçada das *quaestiones perpetuae* para a do Senado, órgão que paulatinamente alargou sua jurisdição, passando a ser alta corte criminal.

Contemporânea a essa, surgiu, porém, uma jurisdição mais elevada, a do Príncipe, ampliada e suprema não só pelas avocatórias das causas importantes, mas, sobretudo, pelos requerimentos das próprias partes a lhe implorar julgamento. Se rejeitasse a súplica, o Príncipe remetia as partes para as vias ordinárias. Na hipótese contrária, decidia a demanda, em geral, assessorado por um conselho composto por senadores, jurisconsultos ou dignatários da corte imperial.

AUGUSTO criou a jurisdição do *praefectus urbi* (funcionário vitalício e superintendente da administração e polícia romanas) que usurpou as atribuições pretorianas. Tinha também um conselho consultivo, o *auditorium sacrum*, onde eram julgados os crimes cometidos em Roma e num raio de 100 milhas ao seu redor.

DEOCLECIANO aboliu as *quaestiones perpetuae*, suprimiu as listas anuais dos *judices jurati*, cessando a participação dos cidadãos nos julgamentos criminais em Roma e nas províncias, tornando, em decorrência, a *cognitio extra ordinem* o processo ordinário.

A jurisdição do *praefectus urbi* se fortaleceu ainda mais com a mudança empreendida por CONSTANTINO da capital do Império Romano para Constantinopla. Mais tarde, quando o mesmo CONSTANTINO dividiu o Império em prefeituras ou dioceses, colocando à testa delas um prefeito do pretório, este tinha em cada província um subalterno denominado *comes* (conde) que, exercendo funções judiciais, recebia o título de *Rector Justitiae* (Regedor da Justiça).

GRÉCIA

Em Atenas, a denúncia contra o acusado era levada ao Arconte que, se a admitisse, iniciava a perseguição (não podendo desistir dela). Depois de instruído o processo, tornava pública a acusação, mandando-a afixar nos prédios da justiça. Passava-se, então, a uma segunda fase que se desenrolava nos célebres tribunais daquela *Polis*, conforme a natureza dos crimes:

1) **Tribunal dos Heliastas** – órgão que se destacou por sentenças perversas e, segundo PESSINA, foi marcado pela venalidade, com composição que variou de 500 a 6000 membros, se reunindo durante o dia. Dai, a ligação de seu nome ao sol;

2) **Tribunal dos Éfetos** – fazia julgamentos simples e resumidos com base no juramento do acusador e na discussão oral da causa, integrado por 51 juízes sorteados anualmente entre os senadores, e

3) **O Aerópago** – o mais antigo e famoso que, consoante DEMÓSTENES, nunca excedeu o número de 51 juízes. Cultuava o formalismo, criando, inclusive, a beca como expressão de igualdade entre os tribunos e os juízes. Observou o contraditório, a publicidade e a oralidade, destinando cadeiras de prata ao acusador (a do *ultraje*) e ao réu (a da *inocência*). Fazia questão de ser envolvido numa grande névoa de mistério, realizando suas sessões sob a luz pálida da lua para não realçar a expressão dos oradores. Julgava os crimes considerados graves.

O processo penal ateniense era do tipo acusatório, preservando, como visto, principalmente o *contraditório*.

Em Esparta, os seus dois Reis (era uma diarquia) se alternavam na presidência do Senado (*Gerusia*) que, junto com a Assembléia do Povo, detinha a função judicante. Mais tarde, os *éforas* (acusadores) a usurparam, inaugurando lá o processo inquisitório.

A ação penal popular era também admitida.

PERÍODO MEDIEVAL

O Processo Germânico

Os direitos romano e germânico conviveram no mesmo território depois da invasão dos bárbaros. Bom exemplo disso foi o sucedido na Espanha, cujos habitantes, sob a dominação, continuaram se regendo pelas instituições de Roma e os invasores pelas suas. Chegou-se até a redigir dois códigos distintos lá, um para os espanhóis chamado *Breviario de Aniano* e outro, o *Código de Tolosa*, redigido por EURICO em 466, para os germânicos, refundindo-se essas duas legislações mais adiante no célebre *Fuero Juzgo*.

A jurisdição entre os germânicos não tinha órgãos específicos e era exercida por uma assembléia popular com um juiz apenas para dirigir os debates, quando agia por delegação do chefe, o príncipe. Não havia distinção entre processo civil e penal e a pena tinha caráter mais de ressarcimento. Os delitos eram públicos e privados, cabendo a perseguição dos primeiros ao clã e a dos últimos ao ofendido ou sua família, permitindo-se-lhes fazer justiça pelas próprias mãos ou ainda chegar a um acordo com o acusado visando a uma indenização em dinheiro (composição).

Nos demais casos, o procedimento se desenvolvia sob a proteção da divindade e com um original sistema de provas, cujas principais eram:

- a) o **juramento** – de suma importância porque o perjúrio seria castigado pela divindade, e
- b) as **ordálias ou juízos de Deus** – em que os imputados eram submetidos a várias provas. Na da água fria onde eram jogados, se ficassem submersos, eram considerados inocentes; se viessem à tona, culpados. Na da água fervendo, punha-se o braço do réu dentro dela, o qual, não ostentando queimaduras ao ser dali retirado, seria também aceito como portador da inocência. Na do fogo, o acusado era obrigado a segurar por certo tempo um ferro em brasa, eximindo-se da culpa caso não apresentasse, igualmente, queimaduras ao largá-lo.

Essa extravagante produção de provas exigia, como visto, apenas uma constatação. Por isso mesmo, **ordália** significa “decisão”.

PROCESSO CANÔNICO INQUISITÓRIO

Predomina a partir do século XII a jurisdição eclesiástica sobre a laica. Instituídas, originariamente, para defender a estrutura e os interesses da Igreja e dos seus membros, retirando os últimos da jurisdição comum, acabaram as regras do Direito Canônico se sobrepondo a ela por uma série de motivos e sempre com a marca registrada do sigilo, trazido dos primeiros tempos de clandestinidade nas catacumbas.

Tinha, como características marcantes, a forma escrita, a natureza secreta e não contraditória, conferindo a um só sujeito processual (o juiz) as funções de investigar, acusar e decidir, podendo submeter o imputado a torturas para arrancar dele a *confissão*, considerada a *regina probatorum*.

O réu não tinha garantias e jamais foi considerado *parte*, mas tão-só um *objeto* do processo, onde a inoportunidade de defesa, nos primórdios, era assim justificada: “*Se o acusado é inocente, não precisa de defensor; se culpado, indigno de defesa*”.

O sistema inquisitório se espalhou paulatinamente por diversas legislações.

Na Espanha, foi contemplado nas *Siete Partidas* (1256/1265) de ALFONSO X, o Sábio.

Na Itália, deu margem aos processos *per denuntiationem*, delações anônimas que vigoraram até o século XVI, quando foram substituídos pelos *per inquisitionem*. No Palácio Ducal, em Veneza, vê-se ainda hoje “*as bocas da verdade*”, orifícios apropriados para receber as primeiras.

Na Alemanha, textos legais, com a *Constitutio Criminalis Carolina* (1503) em destaque, conceberam o *Vehmgericht* (Tribunal da Santa Inquisição) em que o sigilo era total, englobando a forma dos processos e o local onde tramitavam, sendo obrigatoriamente desconhecidos o acusador, os juizes e até a sentença. Só se tinha ciência das sanções, impostas com regularidade.

A Igreja, lamentavelmente, acabou impondo à força ao povo da época, por intermédio desse rigoroso procedimento antidemocrático, os seus dogmas e filosofia. Por sinal, o Papa JOÃO PAULO II pediu perdão à humanidade em 2000 pelos erros cometidos contra ela no passado, nos quais essa abominável inquisição tem lugar de destaque.

Em 1670, na França, sob o reinado de LUIZ XIV e por iniciativa do seu Ministro COLBERT, surgiu a mais perfeita expressão do sistema inquisitivo, ou seja, a famosa *Ordonnance Sur La Procédure Criminelle*, estabelecendo

três fases para o processo penal de então: a das *informações*, a da *instrução preparatória* e a do *juízo*. Todas eram secretas e escritas, sem o contraditório e a produção de provas mantinha a tortura para alcançar a confissão.

O acusador era o próprio juiz inquisidor, mas passou a atuar como tal, mais tarde, o *Procurateur du Roi* nas causas de interesse do representado. Excepcionalmente, admitia-se o defensor com a desculpa de que "*la présence d'un défenseur n'est admise que pour les affaires compliquées*".

SISTEMA PROCESSUAL MISTO

Nasceu na França também, em 1808, com o *Code D'Instruction Criminelle* promulgado por NAPOLEÃO. Seu título deriva do fato de mesclar características dos sistemas inquisitório e acusatório. A bem da verdade, mantendo as três fases do regime precedente, só alterou a de *juízo*, tornando-a, com perfil novo, pública, oral e contraditória.

Na Europa, com maior intensidade a partir de 1935, esse tipo misto predomina, presente a forma inquisitiva na segunda fase, na qual um juiz de instrução, hierarquicamente inferior, colhe as provas para que outros, reunidos em colegiado, decidam a causa em primeiro grau.

Esse sistema, corriqueiro no Velho Continente conforme visto, quis ser introduzido aqui pelo Projeto de Código de Processo Penal do Ministro VICENTE RAO, editado em 1935.

BRASIL

Embora o nosso descobrimento se desse sob a vigência das Ordenações Afonsinas (publicadas em Portugal durante 1446 por D. AFONSO V), as leis que primeiro nos regeram foram as Ordenações Manuelinas, de D. MANUEL, o VENTUROSO, e cuja impressão foi concluída em 1521, revogando os textos legais anteriores. Isso porque só em 30.01.1531 desembarcou em Pernambuco MARTIM AFONSO DE SOUZA com o título de Governador das Terras do Brasil e três cartas régias fornecendo-lhe todos os poderes para executar a missão.

A primeira o autorizava a prover os ofícios da justiça e a segunda dava-lhe jurisdição e alçada para instaurar processos cíveis e criminais e proferir sentenças impondo, de acordo com o Livro V das Ordenações em vigor (cuidava do Direito Penal e Processo Penal), até a pena de morte sem apelação ou agravo, menos para os *fidalgos*, que deveriam ser enviados à Metrópole, se presos, com a respectiva nota de culpa.

Os crimes públicos tinham ações penais iniciadas por *querela*, *denúncia* ou *devassa* e os particulares só pela primeira.

PEREIRA DE SOUZA, em obra clássica (**Primeiras Linhas sobre o Processo Criminal**, Lisboa, 1831), as definiu do jeito que segue:

Querela era a delação que alguém fazia, no juízo competente, de algum fato criminoso por interesse público ou particular. Nela, o juiz só procedia a requerimento da parte e o autor era obrigado a provar a sua queixa.

Devassa, a informação do delito, tomada por autoridade do juiz, para castigo dos delinquentes e conservação do sossego público. O procedimento judicial era *ex officio*. Dividia-se em *geral* (tirada no início e no meio do ano, visando certas infrações como, e.g., caça e pesca em época proibida) e *especial* (prevista para os crimes de autoria incerta e outros, como os de estupro, arrombamento de cadeia, bofetada, propinação de veneno, açoites em mulher etc., com competência atribuída ao juiz do local da *culpa*).

Denúncia, a declaração do crime público, feita em juízo, para se proceder contra o delincente por ofício de justiça. Só tinha vez nos delitos que fossem objeto, em tese, de devassas ou naqueles em que havia a sua própria previsão legal (quebra dolosa, blasfêmia, uso de armas proibidas, extração e ocultação de ouro e diamantes etc.). Nela, os delatores se limitavam a trazer o fato a juízo, deles se exigindo somente o juramento como formalidade.

A justiça foi exercida por diversas autoridades, sempre submissas aos desejos dos que mandavam aqui, na Colônia, onde, apesar disso, quatro categorias de juizes lograram se destacar depois.

Juízes Ordinários ou da Terra, também chamados de *Vara Vermelha* pela cor dos seus distintivos. Sua competência cessava quando começava a dos juizes especiais.

Corregedores e Ouvidores, com jurisdição em toda a comarca e sobre os juizes respectivos. Presidiavam as devassas.

Juízes de Fora ou de Vara Branca, homens letrados, nomeados pelo Rei. Procediam as devassas sobre juizes com atuação finda e julgavam também a prática de crimes considerados graves, tais como homicídios, moeda falsa, cárcere privado, fuga de presos, resistência e injúria verbal.

As Ordenações Filipinas, publicadas em 1603 por D. FELIPE II, reformaram as Manuelinas sem lhes modificar o sistema e a natureza, ficando tudo isso inalterado, em consequência.

Sob a regência do então Príncipe D. PEDRO DE ALCÂNTARA, as devassas gerais foram extintas (Lei de 12.11.1821), sendo os analisados meios restantes de persecução mantidos depois da nossa independência por Decreto de 20.10.1823, da Assembléa Geral Constituinte e Legislativa do Império, e só abolidos com a promulgação dos Códigos Criminal (1830) e o de 1832 sobre o Processo Penal, dando lugar aos processos iniciados por queixa e denúncia e aos procedimentos *ex officio*.

Durante o nosso Império, o **Código do Processo Criminal de Primeira Instância** (Lei de 29.11.1832) *extinguiu os Ouvidores, os Juizes Ordinários e os de Fora, mantendo, nos graus mais elevados de jurisdição, as Relações e o Supremo Tribunal de Justiça, além dos Juizes Militares para os crimes puramente militares* (Art. 8º).

A organização judiciária criminal, nas Províncias do Império, continuou a observar no 1º grau a divisão em Distritos de Paz, Termos e Comarcas (Art. 1º).

Criou:

um **Juiz de Paz**, eleito, para cada Distrito (Art. 4º);

um **Juiz Municipal**, nomeado pela Câmara Municipal por escolha feita em lista de bacharéis em Direito do local ou advogados hábeis (Art. 33), um Conselho de Jurados e um Promotor Público para o Termo ou Julgado (Art. 5º).

um **Juiz de Direito** para a Comarca, irremovível e nomeado pelo Imperador dentre bacharéis em Direito maiores de 22 anos, bem conceituados e, pelo menos, com 1 ano de prática forense (Art. 44). Nas cidades populosas eram permitidos 3 juizes dessa categoria com jurisdição cumulativa, devendo um deles ser o chefe da Polícia (Art. 6º).

Aos **Juizes de Paz**, entre outras atribuições, cabia "*proceder a auto de corpo de delito, formar a culpa aos delinquentes*" (Art. 12, § 4º), "*prender os culpados*" em qualquer lugar (§ 5º, Art. cit.) e impor, em alguns casos, "*multa até trinta mil reis, prisão até trinta dias, e três meses de Casa de Correção, ou Oficinas públicas*" (§ 3º, Art. cit.).

Aos **Municipais** competia substituir no Termo ao Juiz de Direito nos seus impedimentos ou faltas, executar ali as sentenças e mandados daqueles magistrados ou dos Tribunais e "*exercitar cumulativamente a jurisdição policial*" (Art. 35).

Os **Juizes de Direito** corriam os Termos da sua jurisdição para: sortear os jurados para os Conselhos, presidir os júris, aplicando a lei ao fato,

conceder e revogar fianças e, por fim, inspecionar os **Juízes de Paz e Municipais**, instruindo-os nos seus deveres, quando necessário (Art. 46).

Havia dois *Conselhos de Jurados*:

1º) para o **júri de acusação**, com 23 membros sorteados de lista prévia com 60 nomes e que deliberava se procedia ou não, a acusação contra alguém. Se negativa a resposta, o *Juiz de Direito* julgava improcedente a queixa ou denúncia. Na hipótese contrária, a sentença declarava que deveria formar-se a acusação, mandava prender o réu e arrestar coisas relacionadas com o crime (Arts. 238/253);

2º) para o **júri de sentença**, com 12 jurados sorteados também de rol de 60, formado depois da declaração de que havia matéria para a acusação e do oferecimento de libelo, nesse sentido, pelo acusador. Depois de responder aos quesitos, o Conselho deveria deliberar por maioria absoluta, impondo ao Juiz o ônus de absolver o réu, com ordem de soltura, se fosse o caso, ou o de condená-lo na pena correspondente (Arts. 254/274).

Esse primitivo Código de Processo Penal genuinamente brasileiro adotou então, conforme visto, o sistema norte-americano de julgamento.

A **Lei 2.033, de 20.9.1871**, não mais permitiu aos **Juízes Municipais** e seus substitutos acumularem funções policiais, acabando também com a jurisdição da Polícia nos julgamentos dos crimes ditos policiais e das infrações relativas às posturas das Câmaras Municipais (hoje, mais ou menos equivalentes às contravenções). Extinguiu ainda a competência das autoridades policiais para o processo e pronúncia nos delitos comuns, ressalvada apenas a dos Chefes de Polícia na formação da culpa e pronúncia dos implicados que tivessem poder e prepotência capazes de entravar o exercício livre e regular das *justiças do lugar do crime*.

Com o advento da **República**, a **Constituição** promulgada em 24.2.1891 passou aos Estados o ônus da edição de leis sobre os processos civil e penal por obra da seguinte disposição interpretada *a contrario sensu*:

“Art.34. Compete privativamente ao Congresso Nacional:

.....
23. *Legislar sobre o direito civil, comercial e criminal da República e o processual da justiça federal”.*

Essa orientação não se repetiu na Constituição de 1934 e na Carta Constitucional de 1937, pois ambas resguardaram a exclusividade da União

para legislar sobre processo sem limitações (arts. 5º, XIX, letra a, e 16, XVI, respectivamente).

Como é notório, a unificação do Processo Penal só voltou mesmo a se concretizar entre nós, na órbita da legislação ordinária, com o surgimento em 1941 do atual Código, inspirado no elaborado outrora para o Distrito Federal e mandado executar pelo *Decreto 16.751, de 31.12.1924*. ♦

A PROVA ILÍCITA E O PRINCÍPIO DA VERDADE REAL NO PROCESSO PENAL - HERMENÊUTICA DO ART. 5º DA LEI Nº 9.296/96*

JOSÉ EDUARDO NOBRE MATTA

Juiz Federal da 6ª Vara Federal de Execução Fiscal do Rio de Janeiro.

I. APRESENTAÇÃO

Propomo-nos, no presente trabalho, a partir do estudo da função do processo no Estado de Direito Democrático e do confronto, no processo penal, dos princípios da verdade real e da vedação da prova ilícita, alcançar a hermenêutica de índole constitucional que deve ser dada ao prazo para a quebra do sigilo telefônico, de que trata o artigo 5º, da Lei nº 9.296/96.

A questão não é pacífica na doutrina, como se verá em momento oportuno.

É com os olhos voltados para os valores contidos na Constituição que intentamos contribuir para a discussão do tema.

II. CONSTITUIÇÃO, DEMOCRACIA, DIREITOS DO HOMEM E PROCESSO

Os estudos de Direito Constitucional voltam-se hoje precipuamente para os direitos fundamentais: sua efetividade, universalidade, detalhamento, hermenêutica, bem como a resolução de problemas cada vez mais constantes de conflitos entre as suas diversas categorias. Dignas de nota as palavras de PAULO BONAVIDES sobre o tema: *“Com a queda do positivismo e o advento da teoria material da Constituição, o centro de gravidade dos estudos constitucionais, que dantes ficava na parte organizacional da Lei Maior - separação de poderes e distribuição de competências, enquanto forma jurídica de neutralidade aparente, típica do constitucionalismo do Estado liberal - se transportou para a parte substantiva, de fundo e conteúdo, que entende com os direitos fundamentais e as garantias processu-*

* Estudo em homenagem ao Ministro Marco Aurélio de Mello

ais da liberdade, sob a égide do Estado social”¹. E mais adiante arremata: “Não há constitucionalismo sem direitos fundamentais. Tampouco há direitos fundamentais sem a constitucionalidade da ordem material cujo norte leva ao princípio da igualdade, pedestal de todos os valores sociais de justiça”².

Do mesmo modo, vincula-se também à questão dos direitos fundamentais a própria existência da democracia. Aliás, NORBERTO BOBBIO, já na introdução de sua obra *A Era dos Direitos*, tratou de ligar um tema ao outro de forma inapartável. Confira-se a seguinte passagem: “Direitos do homem, democracia e paz são três momentos necessários do mesmo movimento histórico: sem direitos do homem reconhecidos e protegidos, não há democracia; sem democracia, não existem condições mínimas para a solução pacífica dos conflitos. Em outras palavras, a democracia é a sociedade dos cidadãos, e os súditos se tornam cidadãos quando lhes são reconhecidos alguns direitos fundamentais...”³.

Assim é que a aspiração universal de uma ordem política democrática passa necessariamente pela tutela constitucional dos direitos fundamentais, na busca da própria efetividade destes. Afinal, como bem afirmou BOBBIO sobre os direitos do homem, a questão hoje não é a de se saber “quais ou quantos são esses direitos, qual é a sua natureza e seu fundamento, se são direitos naturais ou históricos, absolutos ou relativos, mas sim qual é o modo mais seguro para garanti-los, para impedir que, apesar das solenes declarações, eles sejam continuamente violados”⁴.

Quando se fala em aspiração universal por uma ordem jurídica democrática, ou seja, pela democracia, pode-se provocar até no mais atento observador do mundo uma certa perplexidade sobre o significado de tal expressão. ALAIN TORAINE, demonstrando a dificuldade da abordagem do tema, assevera que “a democracia seria uma palavra bastante pobre se não tivesse sido definida nos campos de batalha nos quais tantos homens e mulheres combateram por ela”⁵.

¹ *In Curso de Direito Constitucional* São Paulo Malheiros Editores. 1997. p. 537

² Obra citada. p. 554

³ P. I

⁴ Obra referida. p. 25

⁵ *In O que é a Democracia?* Rio de Janeiro. Vozes. 1996. p. 21 Do mesmo modo, após discorrer sobre as belezas do regime, reconhece BONAVIDES, em seu *Ciência Política*, que “raros termos em ciência política vêm sendo objeto de tão frequentes abusos e distorções quanto a democracia”.

De fato, o conceito mesmo de democracia é dos mais elásticos e difíceis de ser apreendido, ainda mais se consideradas as grandes mudanças históricas ocorridas nos últimos vinte anos. Eis o motivo de ter o referido autor afirmado que “*em cada época, a democracia define-se melhor pelos ataques que sofre*”⁶, como que admitindo ser mais fácil captar o seu sentido a partir da exclusão.

O certo é que por democracia não se pode mais entender singelamente como sendo o governo do povo, ou da maioria. Não mais satisfaz a concepção de uma democracia meramente representativa, o que se aspira, atualmente, e principalmente nos países mais pobres, é por uma “*democracia de libertação*”⁷, onde convivam harmonicamente a concepção de uma democracia negativa e positiva. Ou seja, o que se procura, a um só tempo, é a afirmação do conceito liberal de liberdades públicas, de limitação do poder estatal em face do indivíduo, e a afirmação das conquistas do estado social, baseado na intervenção do Estado na sociedade, em prol do indivíduo. Dignas de transcrição as palavras de TORAINE: “*...a base da democracia é realmente a limitação do poder do Estado e os defensores da liberdade negativa têm razão diante daqueles que deixaram a luta pelas liberdades positivas destruir os fundamentos institucionais da democracia; no entanto, tal posição liberal não pode chamar de democráticos aqueles regimes em que o poder do Estado é limitado pelo poder da oligarquia ou pelas tradições locais. O reconhecimento dos direitos fundamentais estaria esvaziado de conteúdo se não viesse a proporcionar segurança a todos e ampliar constantemente as garantias legais e as intervenções do Estado visando à proteção dos mais fracos. Nos países mais pobres e dependentes, trata-se de garantir a todos, antes de tudo, o direito de viver, o que está longe de ser reconhecido concretamente em muitas partes do mundo, em particular, na África. Hoje em dia, a ação democrática baseia-se na associação cada vez mais estreita dessa democracia negativa, que protege a população do arbítrio ruinoso do poder, com uma democracia positiva, isto é, do aumento do controle do maior número de pessoas sobre sua própria existência.*”⁸.

Assim é que o Estado não pode ser encarado como um quase-inimigo do cidadão, como entendiam os liberais clássicos, que a todo tempo preocu-

⁶ Obra citada, p. 25

Obra citada, p. 21

⁸ Obra citada, p. 51

pavam-se tão-somente em limitar os poderes estatais. Afinal, como bem anota AFRANIO SILVA JARDIM, “é justamente a progressiva intervenção estatal na vida social que tem impedido que as desigualdades de classes tornem ainda mais opressora a ordem econômica vigente nos países do Terceiro Mundo”⁹.

Nesta linha, tem-se o processo, hoje, como um dos mais fortes instrumentos do cidadão em sua participação efetiva na ordem política. O indivíduo, valendo-se da categoria jurídica do processo, participa mais ativamente da vida do Estado, até mesmo provocando a intervenção estatal em prol de seus próprios interesses e do grupo social a que pertence. A moderna concepção instrumental positiva do Direito Processual trouxe para o cidadão outras formas de participação na vida estatal, que não aquelas tradicionais, fruto de sua manifestação nas urnas. Com efeito, deixou o processo nos dias atuais de ser tratado apenas sob a ótica da técnica jurídica, para ser encarado como verdadeiro “*instrumento a serviço da paz social*”¹⁰ ou meio de “*acesso à ordem jurídica justa*”¹¹.

Em esplêndida monografia, CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO detalha a moderna função do processo e a correlata conscientização desta função que deve ter o operador do direito. Merecem ser conferidas as palavras do ilustre professor: “*O processualista moderno adquiriu a consciência de que, como instrumento a serviço da ordem constitucional, o processo precisa refletir as bases do regime democrático, nela proclamados; ele é, por assim dizer, o microcosmos democrático do Estado-de-Direito, com as conotações da liberdade, igualdade e participação (contraditório), em clima de legalidade e responsabilidade*”¹². E arremata mais adiante: “*Pela visão tradicional da justiça e do processo, à moda do Estado liberal oitocentista e da processualística das primeiras décadas deste século, no fazer cumprir a lei exauria-se a idéia de promover justiça mediante o exercício da jurisdição; e o processo achava-se já então dissociado do pensamento social de seu tempo... O que mudou de lá para cá, na mentalidade do processualista, foi a sua atitude em face das pressões externas sofridas pelo sistema processual: ele quer que o processo se ofereça à população e se realize e se enderece a resultados jurídicos-substanciais, sempre na me-*

⁹ In *Direito Processual Penal*, Rio de Janeiro: Forense, 1992, p. 450.

¹⁰ ¹¹ Expressões utilizadas por Cintra, Grinover e Dinamarco, no seu *Teoria Geral do Processo*.

¹² In *A Instrumentalidade do Processo*, São Paulo: Malheiros Editores, 1996, p. 25.

... dada e pelos modos e mediante as escolhas que melhor convenham à realização dos objetivos eleitos pela sociedade política"¹³.

Assim é que, pelo aperfeiçoamento da categoria jurídica processo, com a ampliação dos atores processuais¹⁴, principalmente no que se refere aos conflitos de normas e atos infraconstitucionais com os princípios insculpidos na Lei Maior, exsurge o Poder Judiciário no século XXI como o guardião por excelência dos valores democráticos¹⁵, superando as naturais "ambigüidades do processo legislativo", para usar a feliz expressão de SÉRGIO FERRAZ¹⁶.

III. CONFRONTANDO OS PRINCÍPIOS DA VERDADE REAL E DA VEDAÇÃO DA PROVA ILÍCITA NO PROCESSO PENAL

É de rigor científico falar-se em uma teoria geral do processo. Com efeito, já a própria Constituição Federal, ao especificar princípios que regem o processo, o faz tanto para o processo civil, como para o processo penal. ADA PELLEGRINI GRINOVER, CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO e ANTÔNIO CARLOS DE ARAÚJO CINTRA, no seu já clássico *Teoria Geral do Processo*, defendem a unidade teórica desses dois ramos, assim se expressando: "*Como é una a jurisdição, expressão do poder estatal igualmente uno, uno também é o direito processual, como sistema de princípios e normas para o exercício da jurisdição. O direito processual como um todo decorre dos grandes princípios e garantias constitucionais pertinentes e a grande bifurcação entre processo civil e processo penal corresponde apenas a exigências pragmáticas relacionadas com o tipo de normas jurídico-substanciais a atuar*"¹⁷. Não é outra a lição do saudoso

¹³ Obra citada, p. 156. Vale conferir, também, o excelente *Novas Linhas do Processo Civil*, de LUIZ GUILHERME MARINONI.

¹⁴ Confira-se a profética obra de PETER HÄRBERLE, *Hermenêutica Constitucional - A Sociedade dos Intérpretes da Constituição: Contribuição para a Interpretação Pluralista e "Procedimental" da Constituição*.

¹⁵ Deixamos registrado, alhures, que "o Poder Judiciário, na imensa maioria dos povos civilizados, assume de vez neste fim de século a função de derradeiro guardião dos direitos fundamentais e não apenas das constituições". In "A Emenda do Judiciário - Quem Garantirá as Garantias?". *REVISTA DA EMERJ* v. 3, n.º 10, 2000, p. 202.

¹⁶ O ilustre professor utilizou-se da expressão por ocasião do X Congresso de Direito Administrativo, realizado na cidade de Curitiba, em 1996. Aliás, as contradições intrínsecas do processo legislativo não são privilégio do Brasil. ROBERT ALEX Y aponta para tal fenômeno como típico de todo e qualquer parlamento. Confirmam-se as palavras do publicista no artigo intitulado "Direitos Fundamentais no Estado Constitucional Democrático", publicado na RDA n.º 217, especificamente no tópico "Representação Política e argumentativa", p. 66.

¹⁷ P. 48

JOSÉ FREDERICO MARQUES que, à sua época, já afirmava que “em suas linhas mestras, a estruturação processual da justiça penal não difere daquela que envolve a jurisdição civil. O processo, como instrumento de atuação da lei, é um só. Regras procedimentais diversas que, em um e outro, possam existir, não constituem motivo suficiente para fazer-se do processo civil e do processo penal categorias estanques. Ambos se filiam a um tronco, comum, que é a teoria geral do processo. O poder jurisdicional e o processo em nada diferem, quer se projetem sobre uma lide de direito privado, quer atuem no campo da pretensão punitiva em conflito com o direito de liberdade”¹⁸.

Assim, as observações que fizemos no tópico anterior são válidas para a categoria jurídica processo, tanto fazendo tratar-se de processo civil ou penal. O certo é que deve ser o processo considerado filosófica e ideologicamente como um instrumento para uma democracia de libertação, como já frisamos.

Especificamente quanto à função democrática do processo penal, AFRÂNIO SILVA JARDIM, salientando tratar-se de um instrumento ético, afirma que a lide penal deve pautar-se segundo os ditames da Constituição e da lei, para garantir exatamente a prevalência do interesse social sobre o individual.¹⁹

Destarte, toda a discussão sobre o confronto entre o princípio da verdade real e o princípio da inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos no processo penal deverá ser iluminada pelos valores éticos agasalhados pela Constituição.

Sendo o processo o instrumento da jurisdição, categoria jurídica essencial para o alcance de uma ordem jurídica justa, parece ser claro que, ao menos filosoficamente falando, deve o processo colimar a verdade dos fatos objeto do litígio posto em julgamento. Assim, no plano de uma teoria geral, só se admite um processo que vise apurar a verdade. Nesta ordem de idéias, tanto o processo civil como o processo penal devem perseguir a obtenção de uma verdade material.

Ocorre, porém, que por razões de ordem prática e, bem assim, em nome da própria estabilidade das relações jurídicas postas em litígio, o ordenamento jurídico permite, com relação a determinadas cepas de bens,

¹⁸ In *Elementos de Direito Processual Penal* Campinas Bookseller. 1997. p. 29. v. 1

¹⁹ Obra citada. p. 451

que se satisfaça o julgador apenas com os fatos que lhe são trazidos para conhecimento. Tal ocorre quando se está diante de interesses eminentemente privados. Eis o motivo de usualmente se afirmar que o processo civil é presidido pelo princípio da verdade formal. Afinal, em regra, os interesses opostos nas lides cíveis são de natureza privada e disponíveis, o que faz com que o juiz se satisfaça com as provas que lhe são apresentadas pelas próprias partes²⁰. Mas há exceções, por certo, de que são exemplos todas as categorias de interesses cíveis tuteladas especialmente pelo ordenamento jurídico. É o caso, por exemplo, quando se está diante de interesses de incapazes. Em tais casos, o processo retoma, em nome dos relevantes interesses postos em jogo, ainda que de natureza não penal, a plena aplicação do princípio da verdade real. O que outorga ao magistrado plenos poderes de investigação.

Já na esfera penal tem-se exatamente o oposto. A regra é a indisponibilidade dos interesses em jogo pelas partes da lide. Nem poderá o Ministério Público, de comum, deixar de perseguir o *jus puniendi* do Estado, e tampouco poderá o réu deixar de bem defender-se, abrindo mão de seu *jus libertatis*. *Jus puniendi* de um lado, e *jus libertatis* de outro. Eis as duas categorias de interesses indisponíveis postas em jogo nas lides penais. Evidente, pois, que não pode o magistrado colocar-se diante de tais categorias de direitos como se estivesse diante de singelos interesses privados disponíveis. Assim, como bem salienta o eminente processualista TOURINHO FILHO, “no Processo Penal o Juiz tem o dever de investigar a verdade real, procurar saber como os fatos se passaram na realidade, quem realmente praticou a infração e em que condições a perpetrou, para dar base certa à justiça”²¹. E arremata o ilustre doutrinador: “A natureza pública do interesse repressivo exclui limites artificiais que se baseiam em atos ou omissões das partes. A força incontestável desse interesse consagra a necessidade de um sistema que assegure o império da verdade, mesmo contra a vontade das partes”²². Não é outra a lição do clássico MALATESTA,

²⁰ Ainda assim, mesmo em casos onde predominem interesses disponíveis, deve o magistrado valer-se de seus deveres-poderes de zelar pelo escorreito desenvolvimento do processo, prevenindo e reprimindo atos contrários à dignidade da Justiça (art. 125, III, do CPC). Para tanto, pode e deve o juiz determinar de ofício a produção das provas que entenda necessárias ao seu convencimento (art. 130, do CPC), sequer estando adstrito ao conteúdo de laudos periciais (art. 436, do CPC).

²¹ *In Processo Penal*, v. 1, p. 37.

²² Obra citada, v. 1, p. 38.

cujas palavras merecem destaque: “...o fim supremo do processo judiciário penal é a verificação do delito, em sua individualidade subjetiva e objetiva. Todo o processo penal, no que respeita o conjunto das provas, só tem importância do ponto de vista da certeza do delito, alcançada ou não. Qualquer juízo não se pode resolver senão em uma condenação ou absolvição e é precisamente a certeza conquistada do delito que legitima a condenação, como é a dúvida, ou, de outra a não conquistada certeza do delito, que obriga à absolvição”²³.

Todavia, a busca dessa verdade real deve sofrer limitações éticas, em nome da própria instrumentalidade do processo.

Com efeito, discute-se, de longa data, aqui e no exterior, sobre a possibilidade de, em nome de uma verdade material suprema que deve presidir o fim do processo penal, serem admitidas provas colhidas ilicitamente.

Há duas posições extremas na doutrina e na jurisprudência estrangeira: uma, admitindo no processo a prova colhida ilicitamente; a outra, não a admitindo, em absoluto.

Em relação à primeira posição, o que se tem em mente é a obtenção da verdade material. Assim, a prova ilícita deve ser admitida e valorada pelo julgador, sendo de se punir, todavia, o responsável pelo ato ilícito da colheita da prova.

Já em relação à segunda corrente, em nome da ética processual, o Estado não poderia compactuar, em hipótese alguma, com um ato desvirtuado da legalidade. Assim, vulnerados princípios agasalhados pela Constituição, tais como, o direito à intimidade e a dignidade da pessoa humana, estaria contaminado irremediavelmente o material carreado aos autos do processo, fazendo com que este sequer viesse a configurar prova.

Entre os dois extremos, doutrina e jurisprudência estrangeira apontam para situação intermediária. É o caso da teoria da proporcionalidade do direito alemão. Por esta teoria, ainda que considerada, em regra, vedada a admissão da prova ilícita, em situações verdadeiramente excepcionais, poder-se-ia, em nome de outros princípios também agasalhados pela constituição, valer-se o juiz da prova ilícita²⁴.

Questão outra que também merece ser abordada sobre o tema da prova ilícita, é aquela da contaminação de provas que, ainda que regularmente

²³ In A Lógica das Provas em Matéria Criminal, v. 1, p. 88

²⁴ Ilustre representante de tal teoria no Brasil é o eminente professor JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA

colhidas, só o foram em consequência de uma prova anterior viciada de ilicitude.

A questão que se coloca é se tais provas, em si mesmas consideradas lícitas, ficariam maculadas pela ilicitude anterior relativa à prova primitiva, da qual eram dependentes. São as chamadas provas ilícitas por derivação, que têm na jurisprudência da Suprema Corte norte-americana a grande fonte de inspiração.

A Suprema Corte norte-americana, em 1962, no caso “Wong Sun v. United States”, firmou o entendimento de que seriam igualmente ilegítimas as provas obtidas através da prova ilícita. Tal entendimento reiterado ficou conhecido como a teoria dos frutos da árvore envenenada. Todavia, apontam ADA PELLEGRINI GRINOVER, ANTÔNIO SCARANCE FERNANDES e ANÔNIO MAGALHÃES GOMES FILHO²⁵, a própria Suprema Corte norte-americana tratou de excepcionar a regra do “envenenamento” de tais provas, nos casos de vínculo remoto entre a prova viciada e as demais provas e, ainda, nos casos em que a descoberta das provas seria inevitável.

A grande divisora de águas sobre o tema das provas ilícitas no Brasil, sem dúvida, foi a Constituição de 1988. Até então, a questão não era colocada de forma uniforme pela doutrina ou jurisprudência. Saliente-se, contudo, que nos últimos anos que antecederam à promulgação da vigente Carta Política, foi possível observar-se uma tendência no sentido da inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos, com algum temperamento para a aplicação do princípio da proporcionalidade oriundo do direito alemão²⁶.

Após a Constituição de 1988, porém, nenhuma dúvida pode haver sobre o tema. Afinal, o inciso LVI do artigo 5º foi peremptório ao dizer que “*são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos*”. A dicção é clara e cristalina. Trata-se de norma de eficácia plena e imediata aplicabilidade. Não faz distinção entre processo penal ou civil. Além disso, a própria norma constitucional traz insita a sanção por sua inobservância. Assim, prova materialmente ilícita é prova processualmente ilegítima, daí sua imprestabilidade para todo fim processual. Provas ilícitas devem ser extraídas dos autos processuais e consideradas nulas as decisões que nelas se embasaram.

²⁵ *In As Nulidades no Processo Penal*, p. 135/136

²⁶ GRINOVER, SCARANCE e GOMES FILHO, na obra citada, p. 138/139

O Supremo Tribunal Federal, de seu turno, fiel à corrente que já vinha delineando mesmo antes da Constituição de 1988, tem-se mantido firme na defesa da nova garantia constitucional, até mesmo ampliando sua literalidade, adotando, por exemplo, a teoria dos frutos da árvore envenenada do direito norte-americano²⁷. Do mesmo modo, firme é a doutrina que não mitiga, sob nenhuma hipótese, o alcance da garantia constitucional, tendo como norte certo a moderna instrumentalidade positiva do processo, a supremacia e a força normativa da Constituição²⁸.

De fato, outra não poderia ser a interpretação dada ao inciso LVI do artigo 5º da Lei Fundamental. Afinal, como deixamos consignado em outra oportunidade, “direitos e garantias fundamentais devem ser interpretados com amplitude máxima, sem mesquinhasias, mas com o carinho e respeito reverencial que estes merecem. Não há espaço para mitigações”²⁹.

LUIZ ROBERTO BARROSO, em primoroso ensaio publicado na RDA nº 213, aborda o tema com a sua usual precisão, alertando, inclusive, para o cuidado especial que os juristas devem ter com a nova garantia, lembrando a tradição e os antecedentes históricos, até recentes, de nosso país. Valem ser transcritas as palavras de alerta do eminente professor: “Embora a idéia da proporcionalidade possa parecer atraente, deve-se ter em linha de conta os antecedentes de País, onde as exceções viram regra desde sua criação (vejam-se, por exemplo, as medidas provisórias). À vista da trajetória inconsistente do respeito aos direitos individuais e da ausência de um sentimento constitucional consolidado, não é nem conveniente nem oportuno, sequer de lege ferenda, enveredar por flexibilizações arriscadas”³⁰.

Do que se disse até aqui, podem ser extraídas as seguintes conclusões:

1. O direito processual moderno possui preocupações éticas e grande comprometimento com os direitos fundamentais, o que o torna um dos mais eficazes instrumentos da ordem democrática;

²⁷ Confirmam-se especificamente os votos dos Ministros SEPÚLVEDA PERTENCE, FRANCISCO REZEK e ILMAR GALVÃO, no julgamento do HC 69 912-0 RS

²⁸ Em tudo, o pensamento uniforme de ADA PELLEGRINI GRINOVER. Registramos nossa posição contrária àqueles que entendem ser mitigação ao princípio constitucional em estudo, as provas colhidas pelo réu, em seu benefício, com inobservância da lei. Em verdade, na chamada prova ilícita *pro reu* não há ilicitude alguma, eis que esta é excluída pela excludente da legítima defesa

²⁹ Artigo citado, p. 126/127

³⁰ In “A viagem Redonda Habeas Data, Direitos Constitucionais e as Provas Ilícitas” RDA nº 213, p. 162

2. A afirmação feita no item anterior, por óbvias razões, em tudo vale especificamente para o direito processual penal;

3. O princípio da verdade real tem limitações de ordem ética, dentre as quais se destaca a inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos;

4. O Egrégio Supremo Tribunal Federal, que desde antes da Constituição de 1988 já havia delineado jurisprudência pela inadmissibilidade das provas ilícitas, após a nova Lei Fundamental cristalizou em definitivo aquela posição, inclusive, ampliando-a com a aceitação da doutrina norte-americana dos frutos da árvore envenenada;

5. A melhor hermenêutica do princípio da inadmissibilidade das provas ilícitas é aquela que lhe dê amplitude máxima, que não a mitigue sob qualquer pretexto.

IV. HERMENÊUTICA DO ART. 5º DA LEI Nº 9.296/96

A Constituição de 1988 foi pródiga, como nenhuma outra de nossas Cartas antes o fora, em reconhecer direitos fundamentais e garanti-los. No inciso X, do artigo 5º, tratou de reconhecer expressamente o direito à intimidade e, no mesmo passo, logo no inciso XII, do mesmo artigo, cuidou de especificar o sigilo das comunicações *lato sensu*. Em relação a este último dispositivo, todavia, estranhamente, e neste ponto guardando certa similitude com a Carta de 1937, tratou de abrir espaço para mitigar a inviolabilidade assegurada genericamente.

De fato, todas as outras constituições brasileiras anteriores, com exceção daquela outorgada por Vargas, quando trataram do sigilo das comunicações *lato sensu*, fizeram-no de forma peremptória, não abrindo espaço nem mesmo para que a lei ordinária viesse a diminuir o alcance da inviolabilidade nelas fixada. Confirma-se o art. 179, 27, da Constituição de 1824, o art. 72, parágrafo 18, da Constituição de 1891, o art. 113, 8, da Constituição de 1934, o art. 141, parágrafo 6º, da Constituição de 1946, o art. 150, parágrafo 9º, da Constituição de 1967, e o art. 153, parágrafo 9º, da Constituição de 1969.

A mitigação do alcance da inviolabilidade prevista genericamente no inciso XII, do art. 5º, da Carta Política de 1988, segundo a melhor doutrina, dirige-se exclusivamente para as comunicações telefônicas. Assim, “*por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal*” poderá ser violado o sigilo das comunicações telefônicas.

Tem-se, então, pela redação do dispositivo, que apenas as comunicações telefônicas³¹ (não as correspondências, nem as comunicações telegráficas, e tampouco as de dados), para os exclusivos fins de investigação criminal ou instrução processual penal, poderão ter o seu sigilo quebrado, por ordem judicial, nos exatos termos da lei.

Para o fim específico de nosso estudo, cabe especial atenção, em primeiro lugar, para a exigência constitucional de que a quebra do sigilo telefônico seja feita nos exatos termos da lei.

De fato, nossos tribunais vinham entendendo de maneira praticamente uniforme que, na inexistência da lei referida no citado inciso XII, do art. 5º, seria inviável a interceptação telefônica. Assim, as degravações de escutas telefônicas, mesmo autorizadas por ordem judicial, enquadrar-se-iam na categoria de prova ilícita e, como tais, não poderiam ser admitidas no processo, nem consideradas pelo julgador para qualquer fim. Paradigmática foi, neste sentido, a decisão do STF no HC nº 69.912-0 - RS, cuja ementa se transcreve abaixo:

CONSTITUCIONAL - PENAL - PROVA ILÍCITA - 'DEGRAVAÇÃO' DE ESCUTAS TELEFÔNICAS - C.F., ART. 5º, XII - LEI Nº 4.117, DE 1962, ART. 57, II, 'e' - HABEAS CORPUS: EXAME DA PROVA. I - O sigilo das comunicações poderá ser quebrado, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual (C.F., art. 5º, XII). Inexistência da lei que tornará viável a quebra do sigilo, dado que o inciso XII do art. 5º não recepcionou o art. 57, II, 'e', da Lei 4.117, de 1962, a dizer que não constitui violação de telecomunicação o conhecimento dado ao juiz competente, mediante requisição ou intimação deste. É que a Constituição, no inciso XII do art. 5º, subordina a ressalva a uma ordem judicial, nas hipóteses e na forma estabelecida em lei.

³¹ O parágrafo único do artigo 1º, da Lei nº 9.296/96, enveredou em inconstitucionalidade ao permitir a interceptação do fluxo de comunicações em sistemas de informática e telemática. Com efeito, a Constituição não se refere a comunicação "por via de técnicas de telefonia", mas em "comunicação telefônica", claramente referindo-se àquela forma de comunicação telefônica que se faça por meio da voz. V.g., confirmam-se as palavras de GRINOVER, SCARANCA e GOMES FILHO, na já citada obra *As Nulidades no Processo Penal*, p. 181

Com o surgimento da lei aludida no dispositivo constitucional em apreço, por certo, as interceptações telefônicas deverão obedecer aos seus exatos e precisos termos. Não pode haver espaço para criação do juiz. Este, ao deferir a quebra do sigilo telefônico de quem quer que seja, para fins processuais penais, deverá fazê-lo nos limites da lei reguladora - Lei nº 9.296, de 24 de julho de 1996. Neste momento, deverá estar presente no espírito do julgador a excepcional situação da quebra do sigilo telefônico. A regra, o natural, é exatamente o contrário, ou seja, o respeito do Estado ao fundamental direito de intimidade.

Por este raciocínio, andou mal o legislador infraconstitucional ao definir no artigo 2º da Lei nº 9.296/96 os casos em que não poderia haver a quebra do sigilo. Ao revés, a melhor técnica legislativa, aquela que atenderia ao espírito da Lei Maior, impunha que se definissem os casos em que, excepcionalmente, caberia a quebra. Agindo desta maneira, o legislador passou a falsa idéia de que a regra é a possibilidade do Estado invadir a intimidade do cidadão...

Passemos à análise do prazo de que trata o artigo 5º, da Lei 9.296/96, como nos propusemos de início.

Reza o referido dispositivo:

Art. 5º. A decisão será fundamentada, sob pena de nulidade, indicando também a forma de execução da diligência, que não poderá exceder o prazo de quinze dias, renovável por igual tempo uma vez comprovada a indispensabilidade do meio de prova.

O dispositivo refere-se a um prazo máximo de quinze dias, renovável por igual tempo, num total de trinta dias.

A questão que se coloca, então, é se, não obstante os prazos fixados pela lei para que se faça a interceptação, poderá o juiz, atento às circunstâncias da investigação, permanecer renovando as autorizações de quebra.

Doutrinadores do quilate de DAMÁSIO DE JESUS, VICENTE GRECO FILHO e ANTÔNIO SACARANCE, entendem ser possível que se façam tantas prorrogações quantas forem necessárias para a boa apuração do ilícito.

O principal argumento daqueles que entendem ser possível fazer-se tantas prorrogações quantas forem necessárias, é que a lei não limitou o número de vezes para a renovação da autorização judicial, sendo que o que

importaria, de fato, é a necessidade da medida, de nítida natureza cautelar. Haveria de se aplicar, assim, o princípio da proporcionalidade, relativizando, se necessário, o direito constitucional da privacidade, ainda além do prazo máximo de trinta dias previsto no artigo em análise, se o caso o exigir.

Todavia, por tudo o que se tem dito até aqui, d.m.v., não nos parece ser esta a melhor solução interpretativa.

Já deixamos registrada nossa posição de que *“direitos e garantias fundamentais devem ser interpretados com amplitude máxima, sem mesquinhasias, mas com o carinho e respeito reverencial que estes merecem. Não há espaço para mitigações.”*. Parece-nos tranquilo, então, que normas infraconstitucionais que restrinjam direitos e garantias constitucionais devam ser interpretadas em estrita literalidade, jamais de forma ampliativa. Assim, se há um prazo máximo estipulado na lei, em que poderá o Estado suspender o direito de privacidade de um cidadão, este prazo não poderá ser estendido pelo magistrado.

Entendimento contrário, poderia, ainda que em tese, fazer com que a exceção se transmudasse em regra. Não quisesse a lei estipular um prazo máximo, e deixar ao alvedrio do juiz o tempo de duração da quebra do sigilo, não teria fixado prazo algum e tratado de, expressamente, declarar a faculdade de perenizar a medida. Todavia, foi exatamente o contrário que ocorreu. Com efeito, o Projeto Miro Teixeira previa a possibilidade de renovação da medida, por períodos iguais e sucessivos, indeterminadamente; prevaleceu, porém, o entendimento no Congresso que assim não deveria ser, e que um prazo máximo de duração da medida deveria ser fixado.

Lembre-se o alerta do professor LUÍS ROBERTO BARROSO acima transcrito. De fato, até por razões de ordem prática, em respeito à experiência histórica de nosso país, não se pode restringir o alcance de direitos e garantias fundamentais.

Não é outra a lição de KONRAD HESSE, no seu **A Força Normativa da Constituição**: *“Todos os interesses momentâneos - ainda quando realizados - não logram compensar o incalculável ganho resultante do comprovado respeito à Constituição, sobretudo naquelas situações em que a sua observância revela-se incômoda. Como anotado por Walter Burckhardt, aquilo que é identificado como vontade da Constituição ‘deve ser honestamente preservado, mesmo que, para isso, tenhamos de renunciar a alguns benefícios, ou até a algumas vantagens justas. Quem se mostra disposto a sacrificar um interesse em favor da preservação de um princípio constitu-*

cional, fortalece o respeito à Constituição e garante um bem da vida indispensável à essência do Estado, mormente ao Estado democrático'. Aquele, que, ao contrário, não se dispõe a esse sacrifício, 'malbarata, pouco a pouco, um capital que significa muito mais do que todas as vantagens angariadas, e que, desperdiçado, não mais será recuperado'³².

De toda forma, se a doutrina não tem sido uniforme sobre o tema, havendo, inclusive, a posição dos doutrinadores acima apontados, a matéria parece estar tomando delineamento seguro em nossos tribunais, principalmente no Egrégio Supremo Tribunal Federal, com o acolhimento da tese por nós esposada. Paradigmática, nesta linha, a decisão liminar do Ministro MARCO AURÉLIO, no *Habeas Corpus* nº 80.288 - RJ, publicada no DJ de 01.08.2000, na qual, coerente com a jurisprudência da Suprema Corte, abordou o assunto da seguinte forma: “...A escuta telefônica consubstancia exceção, e, assim, os preceitos que, a partir do artigo 5º, inciso XII, da Constituição Federal, regem-na hão de ser interpretados de forma estrita, e não elástica. O balizamento temporal do art. 5º da Lei nº 9.296/96 não pode ser ultrapassado, pouco importando a repercussão do crime perpetrado. O prazo de quinze dias, renovável apenas por igual período, deve ser observado...”.

Outra questão relevante que se pode colocar sobre o tema, e que se apresenta como conseqüência do reconhecimento da tese da impossibilidade da prorrogação do prazo máximo previsto no multicitado artigo 5º da Lei nº 9.296/96, é a da imprestabilidade das provas colhidas durante a ampliação irregular do prazo.

Prevalendo o entendimento acima defendido, as provas colhidas fora do prazo estabelecido em lei para a medida excepcional ficam irremediavelmente maculadas. Devem ser consideradas como provas ilicitamente colhidas, por terem confrontado norma legal. Impõe-se, pois, a sua nulificação e a sua conseqüente extração dos autos processuais. Do mesmo modo, na esteira da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, ficam contaminadas todas as provas que se vinculam com as provas colhidas fora do prazo legal, pela aplicação da teoria dos frutos da árvore envenenada. E, o principal, nula é a decisão que se amparou naquelas provas ilegitimamente introduzidas no processo. ◆

³² P 21/22

DIREITO AO RESPEITO

MARCO ANTONIO IBRAHIM

Juiz de Direito TJ/RJ

Após o advento da Constituição Federal de 1988, Doutrina e Jurisprudência se consolidaram quanto à indenização por danos morais como forma de reparação por ilícitos contra a honra, a intimidade, a reputação da pessoa humana, enfim, como resposta à violação dos chamados *direitos da personalidade*. Especialmente em questões pertinentes às relações de consumo, a orientação dos juristas tem sido no sentido de que é cabível a indenização nos casos em que o consumidor sofra constrangimento moral, humilhação ou seja submetido a situações extraordinariamente vexatórias. Isto é o que se lê em grande parte dos compêndios doutrinários.

Abstraídos os exageros de opiniões extremadas, a realidade da jurisprudência brasileira do início deste milênio, entretanto, é bem outra. Tem-se indenizado, não apenas, o saque contra a honra, a imagem ou outro direito da personalidade, mas todo e qualquer ato de agravo à condição de cidadania, todo e qualquer ilícito (contratual ou não) que implique em desacato à figura do consumidor ou do simples cidadão.

É reputado como *leading case*, decisão do Supremo Tribunal Federal que, em 1997, referendando substancial indenização, por dano moral, a passageiro que tivera sua bagagem extraviada em viagem à Península Ibérica.

De parte dos Tribunais Estaduais, as revistas de jurisprudência estão prenhes de decisões condenatórias, impondo indenização de consumidores lesados por protestos indevidos de cambiais; lançamentos abusivos de seus nomes em cadastros de maus pagadores, como SPC e SERASA; em casos do chamado *overbooking*; pelo atraso na entrega de produtos (como imóveis, veículos, eletrodomésticos) ou prestação de serviços (de telefonia, transporte, *buffer!*). E o mesmo ocorre na seara da responsabilidade civil aquiliana (acidentes de trânsito, danos provocados por infiltrações, rompimento de noivados, revistas pessoais, publicação desautorizada de fotografia, mau uso da propriedade, do direito à informação e outros inúmeros casos).

Portanto, não se há de negar que o Judiciário Brasileiro, na esteira prática do que já vem ocorrendo em boa parte dos Países desenvolvidos, tem imposto condenações por *danos morais* em casos em que, na verdade, não estão em lixe questões relativas aos direitos da personalidade, mas em diversas situações em que se verifica um desacato à condição de consumidor ou de mera cidadania do lesado.

Nestes tempos de consumo em massa e globalização, o que se tem punido é o abuso de direito de fornecedores de produtos e serviços que sempre estiveram protegidos pela imunidade proporcionada pela perversa parêntese do art. 159 do Código Civil e do art. 333 do Código de Processo Civil. O que os Tribunais têm condenado é a falta de respeito, o acinte, a conduta daquele que causa inadmissível inconveniente ao seu semelhante.

Havemos, pois, de reconhecer que temos todos uma obrigação passiva genérica ou seja, um dever jurídico de não indignar outrem ao qual corresponde um correlato direito a não ser molestado (molestado, aqui, na acepção de seu similar chulo). Algo próximo àquilo que Emilio Betti chamaria de *alterum non laedere*. Um direito ao respeito, enfim. Em lugar de *indenização por dano moral*, mais apropriadamente dir-se-ia, que a condenação deve infligir uma pena civil pela indignação causada.

Pois, diante da evidente revolta dos fatos contra obsoletas interpretações do Direito positivo, a jurisprudência brasileira tem trilhado caminho frugífero por via do qual vem, dia a dia, corrigindo erros históricos e tornando a cidadania mais do que um mero conceito e o consumidor, um verdadeiro sujeito de direitos.

Estamos longe, muito longe da perfeição, mas já há modificações sensíveis. Bancos, seguradoras, transportadoras, comerciantes, prestadores de serviço estão mudando seus atávicos comportamentos diante do consumidor. E em breve o próprio Estado estará dispensando a devida atenção às questões de segurança, saúde e educação da população, tão logo o Judiciário passe a aplicar pesadas indenizações pela má-prestação destes serviços aos contribuintes.

Infelizmente, a velha cantilena do *enriquecimento sem causa* tem justificado de parte de alguns Tribunais brasileiros, tendência em fixar tais indenizações em patamares irrisórios, verificando-se, em certos casos, até uma certa uniformidade, como pode revelar a mais singela das amostragens. Com isso, resta fragilizado o aspecto punitivo das indenizações e seu correlato caráter educativo e desestimulante da prática de novos ilícitos.

Pois esta exegese conservadora do *Princípio da Razoabilidade* das indenizações por danos morais é um prêmio aos maus prestadores de serviços, públicos e privados. Não se trata, bem de ver, de privilegiar o exagero, o arbítrio absoluto, nem se prega a ruína financeira dos condenados. O que se reclama é uma correção do desvio de perspectiva dos que, à guisa de impedir o *enriquecimento sem causa* do lesado, sem perceber, admitem o enriquecimento indireto do causador do dano. E, aqui, a situação mais óbvia (e atual) é aquela que envolve certas concessionárias de serviços públicos que cobram tarifas escorchantes e prestam serviços de precário funcionamento.

A questão é atuarial. Por que investir em qualidade e obrigar-se aos custos de fornecimento de bons serviços se eventuais indenizações não chegam a incomodar? A indenização de cinco ou dez passageiros lesionados em um acidente de ônibus tem custo muito menor do que o de um veículo novo e um motorista treinado e bem pago...

A verdade é que a timidez do juiz ao arbitrar essas indenizações em alguns poucos salários mínimos, resulta em mal muito maior que o fantasma do enriquecimento sem causa do lesado, pois recrudesce o sentimento de **impunidade** e investe contra a força transformadora do Direito. A efetividade do processo judicial implica, fundamentalmente, na **utilidade e adequação de seus resultados**.

A palavra *ordem* que consta do dístico da Bandeira Nacional, não registra apenas o repúdio à anarquia para que se alcance o progresso, mas, invoca, sobretudo, o exercício da autoridade. E este é um papel que o Judiciário deve retomar com a maior presteza. Não há como tergiversar. ◆

AS PARTES NA LOCAÇÃO DO IMÓVEL URBANO EM EXTENSÃO AO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

CELINA CARDOSO NEIVA

Advogada especializada em Direito do Consumidor e Responsabilidade Civil

A Lei do Inquilinato nº 8.245/91 tem igual hierarquia à Lei nº 8.078/90, que normaliza as relações de consumo, no entanto, tendo nascido a lei das locações, um ano após o CODECON, o legislador, antevendo o quanto haveria de modificações nos contratos clássicos, até então dominantes, inseriu na lei inquilinária o artigo 45, que confere ao juiz o poder de modificar o pactuado, declarando nulas as cláusulas notadamente abusivas, excessivamente onerosas para o locatário e contrárias à lei das locações.

Após uma década, o Código do Consumidor saiu dos limites de lei específica às relações de consumo e inseriu, em diversas outras áreas do Direito, *Princípios e Teorias*, que visam, não apenas, a interesses isolados, mas sim, e principalmente, o *aspecto social, a harmonia, a solidariedade, a boa-fé, a transparência, o equilíbrio e acima de tudo, a segurança*.

Assim sendo, o CDC passou a determinar a forma e o resultado dos mais diversos tipos de contratos, inclusive os relativos às instituições financeiras, que sendo regidas por lei especial, a princípio não aceitaram pacificamente ser caracterizadas na forma do parágrafo 2º, do artigo 3º do Código do Consumidor, pois os contratos de empréstimo de dinheiro, à primeira vista, não estariam enquadrados nem em serviço, nem em produto.

A jurisprudência passou então a manifestar-se, e hoje de forma majoritária, decide na mesma linha de entendimento da Prof. Claudia Lima Marques, admitindo que, como o sistema do CDC não se utiliza das mesmas definições do Código Civil, ao tratar de bens destinados ao consumo, foi possível então caracterizar o Banco ou instituição financeira como **forne**cedor, vez que através *da captação, da administração, da intermediação, e da aplicação de recursos*, oferece o **produto** financeiro, que é o *crédito*,

e o cliente visto então como **consumidor** é o *destinatário final*, que paga o *preço* através dos *juros*.

Quanto à locação de imóveis urbanos, em se tratando de pessoas naturais, alguns magistrados, não aceitam aplicar o CDC, pois não admitem haver neste tipo de contrato relação de consumo.

Nosso entendimento vai em oposição, pois apenas exemplificando e não partindo exatamente para a analogia, concluímos que o *leasing* é um contrato, **em essência de locação**, havendo ou não a aquisição do bem ao final do prazo estipulado, e seu conteúdo contratual está sob o comando do Código de Proteção ao Consumidor. A locação em si forma uma **relação de consumo**, e o **preço** é o **lucro** que se alcança através da diferença, ou seja, do que excede, em termos de aluguel, ao necessário para a *manutenção do bem locado*.

Entendemos também que, afastando a figura do Locador que dá um único imóvel à locação e não sendo esta uma prática que utiliza habitual ou profissionalmente, todos os outros Locadores, mesmo que desenvolvam esta atividade como pessoa física, e que tenham mais de um imóvel destinado a locação, com o propósito de alcançar o **lucro**, são caracterizados como fornecedores, pois o resultado que almejam advém do **preço** pago pelo Locatário, ou seja, o *aluguel*, tornando assim o *uso e a fruição* do objeto locado, o **produto** da relação de consumo. *Ex vi* os parágrafos 1º e 2º do artigo 3º e artigo 29 do CDC.

Aqui vale lembrar a noção clara e precisa de Clóvis Beviláqua, ao comentar o Código Civil, em seus artigos 1188 e 1189:

“O contrato de locação de coisa é aquele pelo qual uma das partes, mediante remuneração paga pela outra, se compromete a fornecer-lhe, durante certo lapso de tempo, o uso e gozo de uma coisa infungível. O locador entrega para o locatário a coisa alugada, a sua posse e o uso a que se destina e deve garantir o uso pacífico da coisa locada durante o tempo do contrato”.

Em tese, abstraímos dessa construção mais duas figuras como partes na locação, quais sejam o **Fornecedor** e o **Consumidor**, respectivamente o Locador e o Locatário.

Embora a lei do inquilinato e a de proteção ao consumidor tratem de aspectos diferentes da relação contratual, **são perfeitamente compatíveis**,

se usadas em conjunto, havendo como única ressalva, a incompatibilidade do disposto no artigo 51, XVI do CDC e o artigo 35 da Lei das Locações.

Todavia não resta dúvida quanto à aplicação do CDC quando o futuro Locador coloca um imóvel sob a administração de uma imobiliária para render *frutos civis* ou *aluguéis*.

Nesse caso o proprietário, ou simplesmente aquele que detém a posse do imóvel, passará a agir como *produtor*, enquanto que a sociedade imobiliária passará a ser *fornecedora de serviços*, ambos em face do futuro Locatário ou *consumidor*. Já as relações entre o proprietário do imóvel ou seu representante, e a imobiliária, só merecerão a tutela do CDC, por exceção, em caso de comprovada vulnerabilidade do contratante, diante da administradora/contratada.

Concordamos que os contratos de locação de imóvel urbano não-residencial não poderão merecer a tutela do CDC, pois **consumidor**, segundo a regra do artigo 2º do CODECON, é aquele que utiliza o bem locado (produto ou serviço) como destinatário final fático e econômico.

Entendemos, todavia, que acima do *Direito Público* ou o *Direito Privado*, **está sendo construído o Direito Social**, o qual num futuro breve, *passará a reger não apenas a vontade das partes, mas principalmente a conduta dos contratantes*.

Enquanto se aguarda esse momento e em virtude da *extrema vulnerabilidade do indivíduo*, em relação à *moradia*, entendemos que a *necessidade pessoal e familiar* merece a proteção de um **Código que vise ao Equilíbrio Social**.

Vale ainda ressaltar, que a Constituição Federal determina como **garantia fundamental** que a *moradia* há de ter uma **Função Social**.

Assim sendo, estando o Locador e o Locatário sob o comando dos Principios basilares do CDC, por consequência, os interesses de **Ordem Pública** passam a sobrepor-se à vontade individual, permitindo que o **equilíbrio regule os aspectos do contrato**, impedindo que haja submissão de quem esteja em condição de vulnerabilidade tanto técnica quanto econômica. ◆

A RELAÇÃO DO RIO DE JANEIRO (1751-1808)

ROGERIO DE OLIVEIRA SOUZA

Juiz de Direito TJ/RJ

1. CRIAÇÃO DA RELAÇÃO DO RIO DE JANEIRO

A Relação do Rio de Janeiro foi criada pelo Alvará de 13 de Outubro de 1751, sendo Rei de Portugal D. José I (1750-1777) e Vice-Rei do Brasil D. Luís de Meneses e Ataíde, Conde de Atouguia (1749-1754), e Governador da Capitania do Rio de Janeiro Gomes Freire de Andrade, Conde de Bobadela (1751-1763), sob a vigência das Ordenações Filipinas (1603), tendo sido instalado somente em 15 de Julho do ano seguinte. A capital do Vice-reino, à época, situava-se na cidade de Salvador (Capitania Real da Bahia), transferindo-se em 1763 para a Cidade de São Sebastião do Rio de Janeiro, quando a Relação já se encontrava em plena atividade havia mais de uma década.

As pressões para se criar um tribunal para o Estado do Brasil¹ já vinham de longa data, tendo as Câmaras Municipais de Vila Rica e do Ribeirão do Carmo (Mariana), na região das minas de ouro, enviado correspondência ao Rei para este fim, pois, nas palavras de um prelado da época “por distarem notavelmente da Relação da Bahia, sentiam incômodos graves, e prejuízos consideráveis em seus direitos, não tendo mais prontas as decisões dos pleitos, já havia resolvido El-Rei José I, de saudosa memória, fundar no Rio de Janeiro, outro tribunal semelhante, para o que ofereciam aquelas

¹ A primeira divisão administrativa do Brasil-Colônia ocorreu em 1572-1577, com o estabelecimento de dois governos-gerais, um para o “Estado do Norte” (Salvador), e outro para o “Estado do Sul” (Rio de Janeiro), restabelecendo-se o Governo-Geral ao fim do período. Em 1608, nova tentativa - com a criação do “Estado do Brasil” e a “Repartição do Sul” (Capitania de São Vicente, Espírito Santo), durante a União Ibérica. Em 1609, surge o Tribunal da Relação da Bahia, a fim de atender as demandas judiciárias da colônia, com exclusão das capitanias do norte (Maranhão, Pará, Ceará etc.), que tinham recursos conhecidos diretamente pela Casa de Suplicação de Lisboa.

Câmaras, respectivamente, quatro e três mil cruzados, conforme as suas representações de 18 e 28 de Julho de 1731”².

Os movimentos entradista e bandeirante já vinham de dar frutos, proporcionando o descobrimento das tão faladas minas do ouro e diamantes, ensejando a migração de ondas de “paulistas” e “baianos” em direção ao interior das regiões das minas (Rio das Velhas, Diamantina etc.), culminando com a chamada “Guerra dos Emboabas” e decisões administrativas que tinham por objetivo a restauração da autoridade da metrópole sobre os colonos enfeitiçados pelo brilho dos metais. “Onde há riqueza e agitação, para lá se desloca a autoridade: em 1710 se constitui a capitania de São Paulo, separando-se a de Minas Gerais em 1720, com a criação intermediária em 1713, da capitania do Rio Grande do Sul. Em cada seção, o poder armado, fielmente obediente à Lisboa, fazia calar os rebeldes, velava pela parte do rei na exploração mineradora e regia o comércio, arredando dele os funcionários”³. Neste contexto histórico-econômico, o estabelecimento de um novo tribunal para as capitanias do sul e recém-criadas capitanias do ouro, se encaixa na política de controle e administração de força imposta pela metrópole, a fim de manter as atividades de exploração sob as vistas do poder reinol. A medida é de maior importância quando se verifica que as atividades enfeixadas pelo tribunal se confundiam em seu aspecto administrativo e jurisdicional, constituindo-se em um perfeito representante do poder central junto às possessões do ultramar. Seu presidente era sempre o Governador da Capitania e, a partir de 1763, com a mudança de capital, o Vice-Rei. “O governador é uma figura híbrida, em que reuniram as funções do governador das armas das províncias metropolitanas: um pouco das de outros órgãos, como do governador da justiça, do próprio rei. Contudo, nunca se caracterizou nitidamente, e sua competência e jurisdição variaram sempre com o tempo, de um governador para outro, de uma para outra capitania; variaram sobretudo em função da personalidade, caráter e tendências dos indivíduos revestidos do cargo”⁴. Não se percebe, portanto, preocupação

² Lenine Nequete. *O Poder Judiciário no Brasil - Crônica dos Tempos Coloniais*, v. 1, p. 265. Coleção Ajuris. Edição do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 1975.

³ Raymundo Faoro. *Os Donos do Poder - Formação do Patronato Político Brasileiro*, v. 1, p. 164. Editora Globo, Porto Alegre, 8 ed. 1989.

⁴ Caio Prado Júnior. *Formação do Brasil Contemporâneo*, p. 301. Ed. Brasiliense, 17 ed., Rio de Janeiro, 1981.

administrativa na melhoria das tarefas da distribuição da Justiça e composição dos conflitos individuais, mas, ao contrário, em transportar para a colônia, um instrumento de controle explícito sobre as novas atividades que, há mais de meio século, se faziam afirmar como elementos definidores das funções econômicas do domínio real de ultramar.

2. A JUSTIÇA NA COLÔNIA

Faoro traça um quadro resumido da situação das coisas da justiça na época da colônia: “A autoridade suprema da justiça, contemporânea da fundação do Governo-Geral, é o ouvidor-geral. O ouvidor decide os casos de crimes, até morte para escravos, gentios, peões, cristãos livres. Sua competência não abrange as pessoas de maior qualidade nem alcança o clero. O corregedor da corte julga os recursos de suas sentenças. A indefinição entre as atividades judiciárias e administrativas faz intervir nos julgamentos o governador-geral. As capitanias se dividem, mais tarde, em comarcas cada uma delas providas de um ouvidor, superintendido por um corregedor, em regra o próprio ouvidor. Nas categorias territoriais inferiores, decidem os juizes de fora, letrados versados em direito romano e ciosos da ascendência do rei sobre todos os negócios subordinados a eles, os juizes ordinários, leigos, presos a equidade, ao direito costumeiro e aos forais. Abaixo deles há ainda os juizes de vintenas, para as aldeias e termos, em alçada restrita. A vara traduz e simboliza a autoridade, em sinal de poder e jurisdição. Investida de jurisdição administrativa, a justiça se perde nos meandros da vida social e econômica da colônia, apesar da aparente clareza das funções traçadas pelas Ordenações. Apressou-se a Coroa em criar a primeira Relação - Tribunal de Recursos do Brasil - com percalços que só foram removidos em 1652, acrescida de outra, para as capitanias do sul, em 1751. Uma cadeia de alçadas e recursos levava a justiça colonial a se perder nas aldeias e a se esgalhar até Lisboa, na Casa de Suplicação, no Desembargo do Paço e na Mesa de Consciência e Ordens. Ai de quem caísse nas mãos dessa justiça tarda, incompetente, cruel, amparada nas duras leis do tempo”⁵.

3. O ALVARÁ DE 13 DE OUTUBRO DE 1751

Como súmula das razões de estado que levaram à criação da Relação do Rio de Janeiro, o preâmbulo do Alvará de 13 de Outubro de 1751 rezou:

⁵Raymundo Faoro, ob. cit. p. 187.

“D. José, por graça de Deus, Rei de Portugal, e dos Algarves, etc. Faço saber, aos que este Regimento virem, que tendo consideração a me representarem os povos da parte do Sul do Estado do Brasil, que por ficar em tanta distância da Bahia, não podem seguir nelas as suas causas, e requerimentos, sem padecer grandes demoras, despesas, e perigos, o que só podia evitar-se, criando-se outra Relação na cidade de São Sebastião do Rio de Janeiro, que os ditos povos se ofereciam a manter à sua custa, fui servido mandar ver esta matéria no Conselho Ultramarino, e no meu Desembargo do Paço, que se conformaram no mesmo parecer; e por desejar que todos os meus vassallos sejam providos com a mais reta, e mais pronta administração da Justiça, sem que para este efeito sejam gravados com novos impostos, houve por bem de criar a dita Relação, a que mando dar este Regimento, de que foi encarregado a dita Mesa do Desembargo do Paço, para se ordenar pelo modo, e forma mais conveniente, fazendo-se por conta da minha Fazenda, e das despesas da dita Relação, as que forem necessárias a sua criação, e estabelecimento”.

Lenine Nequete, em nota de pé de página, anota que a escolha da cidade do Rio de Janeiro para sede do novo tribunal se deveu a fatores de ressentimento existentes entre os paulistas e os baianos, além de haver um novo caminho que ligava o interior mineiro diretamente à cidade litorânea, sem necessidade de se galgar a Serra da Mantiqueira pelo vale do Embaú. “E, assim, com um caminho mais curto para o Rio de Janeiro, era natural pleiteassem as Câmaras de Vila Rica e de Ribeirão do Carmo (futura Mariana) o estabelecimento de uma Relação naquela cidade, menos distante que a da Bahia. Não seria de todo desarrazoável, porém, supor que o pedido ocultava um ressentimento dos nativos das Minas Gerais contra os *baianos*, assim considerados todos os do Norte que para lá vinham continuamente emigrando e, por extensão, contra a Relação da Bahia, onde se resolviam em última instância os seus litígios”⁶. O novo tribunal veio a ocupar o prédio onde antes funcionava a Câmara e a cadeia da cidade, na área onde hoje se localiza a Praça XV, até ser transferido para a Rua do Lavradio. O item 5 do Regimento rezava que “o despacho se fará na casa que tenho ordena-

⁶ Lenine Nequete Ob cit v 1, p 300

do, e ver-se-á se a cadeia da dita cidade de São Sebastião é forte, e segura, para que os presos estejam nela a bom recado, porque sendo de outra sorte se ordenará outra cadeia com a extensão, acomodação, e instrumentos que convém”.

Em disposição de natureza transitória, o item 67 determinou que as apelações e agravos que estiverem em curso na Relação da Bahia, ao tempo da instalação do novo tribunal e que fosse de sua competência “se expedirão para esta nova Relação”. Prevendo, no entanto, dificuldades de conhecimento imediato da nova situação judiciária, o Rei determinou que, se fossem julgadas causas na Relação da Bahia já ao tempo de funcionamento do Tribunal do Rio de Janeiro, que aquelas decisões se houvessem “por valiosas, sem que por isto se fique contraindo certeza para os mais incidentes, que na execução sobrevierem”.

4. COMPETÊNCIA TERRITORIAL DA RELAÇÃO

Os distritos que integravam a competência territorial da Relação vinham discriminados no item 10 de seu regimento:

“Terá esta Relação por seu distrito todo o território, que fica ao Sul do Estado do Brasil, em que se compreendem treze Comarcas, a saber: Rio de Janeiro, São Paulo, Ouro Preto, Rio das Mortes, Sabará, Rio das Velhas, Serro do Frio, Cuiabá, Goiasés, Pernaguá, Espírito Santo Itacases (Campos dos Goitacases) e Ilha de Santa Catarina, incluindo todas as Judicaturas, Ouvidorias, e Capitánias que se houverem criado, ou de novo se criarem no referido âmbito, que hei por bem separar inteiramente do distrito e jurisdição da Relação da Bahia.”

Voltava-se assim, quase que inteiramente, para as novas regiões das minas, com recurso final e definitivo sobre as questões apreciadas. Guardava o item 11 competência originária para os ministros conhecerem de ações novas “como os da Corte, em quinze léguas em circunferência da cidade do Rio de Janeiro”. O Regimento fazia menção à previsão de recurso para a Casa da Suplicação de Lisboa apenas em dois itens: 58 e 89. Tratava o primeiro da competência material dos desembargadores dos agravos e apelações para a decisão de causas envolvendo bens móveis de valor superior a três mil cruzados e imóveis acima de dois mil cruzados, quando poderiam

as partes “agravar ordinariamente para a Casa da Suplicação”, com juízo prévio de admissibilidade efetuado por todos os outros ministros “que na Relação estiverem”, decidindo-se “pela maior parte dos votos”, conforme item 90. A segunda hipótese tratava da competência do Juiz dos Feitos da Coroa e Fazenda, onde o interessado poderia “agravar ordinariamente para a Casa da Suplicação” das sentenças definitivas por ele proferidas, segundo a matéria disposta no art. 88 (“todos os fenos da Coroa e Fazenda”, ou seja, matéria eminentemente fiscal).

5. COMPETÊNCIA MATERIAL DA RELAÇÃO

A Relação apresentava funções jurisdicionais e administrativas, exercendo seus componentes uma vasta gama de atividades destinadas essencialmente à manutenção da vida da cidade e da Capitania. É de se observar que o Governador-Geral da Capitania, embora integrasse a Relação, não votava nem assinava as sentenças dela emanadas (item 17). Detinha prerrogativas de nomear as serventias dos Ofícios da Justiça e Fazenda, embora devessem ser confirmadas pelo Rei (item 19), exercendo supervisão direta sobre o Chanceler para que este “devasse todos os anos dos Oficiais de Justiça” (item 21). Ao Governador cabia, ainda, proceder a “audiências gerais aos presos”, a fim de evitar que “se retardem na cadeia”, acompanhado de três ministros, podendo suprir eventuais nulidades, junto com os Juizes dos respectivos feitos, constantes nos processos-crime (item 25). Cuidava de observar, ainda, a situação dos “gentios” (itens 28) e “as lenhas e madeiras, que se não cortem nem queimem para se fazer roças, ou outras coisas em partes, que se possam escusar” (item 29).

6. CARGOS E FUNÇÕES DA RELAÇÃO

A análise dos cargos que compunham a Relação demonstra evidente preocupação da Metrópole em se fazer presente na vida da colônia, em suas atividades econômicas e sociais. Além do Governador da Relação (que a presidia), integravam-na o Chanceler da Relação, os Desembargadores dos Agravos e Apelações (em número de cinco), dois Ouvidores-Gerais (um do Crime e outro do Cível), um Juiz e um Procurador dos Feitos da Coroa e Fazenda, totalizando dez cargos, além do governador. Eram nomeados para o período certo de seis anos, conforme disposição expressa do item 12. Funcionavam ainda diversos “oficiais”, para funções menores: um capelão, um guarda-mor, dois guardas-menores, um solicitador da Justiça, um escri-

vão da Chancelaria e outro do Juízo dos Feitos da Coroa, Fazenda e Fisco, dois escrivães das apelações e agravos, um escrivão para cada ouvidoria-geral, dois meirinhos, dois inquiridores, um aposentador-mor. Sempre crítico quanto a administração da colônia, Caio Prado Jr. escreve: *“Mas em vez de obviar aqueles inconvenientes com uma dispersão máxima de agentes, a administração metropolitana, repetindo fielmente o que se praticava no minúsculo Reino, deixava-as todas, ou a maior parte delas, nos centros principais onde sua ação se tornava quase inútil pela distância em que ficavam de seus administrados. Veja-se por exemplo o que se dá com as Relações do Rio de Janeiro e da Bahia, que contava cada qual para mais de 30 pessoas, entre desembargadores e funcionários, todos largamente remunerados, enquanto na maior parte da colônia a administração e justiça não tinham autoridade alguma presente ou acessível, ou então se entregavam, nos melhores casos, à incompetência e ignorância de leigos como eram os juízes ordinários, simples cidadãos escolhidos por eleição popular e que serviam gratuitamente. Coisa semelhante se repete na divisão territorial administrativa. É nas vilas, sedes dos termos e das comarcas, que se concentram as autoridades: ouvidores, juízes, câmaras e as demais. Era este o modelo do Reino, e ninguém pensou em modificá-lo”*. A criação da nova Relação não significou para a colônia, qualquer sorte de independência administrativo-jurisdicional, eis que a quase totalidade de seus “ministros” eram provenientes do Reino e, apenas em fins do século XVIII é que começaram a tomar assento alguns “brasileiros”, embora com plena e integral formação acadêmica das Universidades da metrópole⁸.

Acrescente-se a este quadro a dimensão continental do Brasil e sua esparsa ocupação, sempre centrado em pequenos amontoados litorâneos, com caminhos interioranos de difícil percurso, praticante de uma economia sazonal, sem preocupação quanto ao estabelecimento de uma sólida base empreendedora de natureza permanente.

⁷ Caio Prado Jr., ob. cit., p. 303

⁸ Gabriel Vianna, citado por Nequete (ob. cit., p. 295), relaciona os primeiros componentes da Relação do Rio de Janeiro, ao tempo de seu funcionamento inicial. “Para estabelecer esta Relação, vieram da Relação da Bahia, o Chanceler-Mor João Pacheco Pereira, com os sete seguintes Desembargadores Antônio Félix dos Santos Capelo, Manuel da Fonseca Brandão, Matias Pinheiro da Silveira Botelho, João Cardoso de Azevedo, Miguel José Vieira, Pedro Monteiro Furtado de Mendonça e Inácio da Cunha. Era Governador-Geral do Tribunal o Vice-Rei Conde de Resende por ser o Governador da Capitania do Rio de Janeiro, e Chanceler o Conselheiro Luis Beltrão Gouveia de Almeida”.

O Chanceler da Relação era o corregedor-geral, detendo o conhecimento “das suspeições que se puserem ao Governador, Ministros e Officiais da Relação (...) a todos os outros Ministros e Officiais da cidade de São Sebastião do Rio de Janeiro dentro dela somente” (item 36). Por ação nova conhecia dos “erros de todos os Officiais de Justiça da cidade de São Sebastião (...) e quinze léguas ao redor; e por apelação conhecerá também dos erros de todos os outros Officiais de Justiça do distrito da Relação”. Exercia, assim, função eminentemente correicional, interna e externa. Era, também, o substituto eventual do Governador (item 26), sendo, por sua vez, substituído pelo Desembargador mais antigo. Tinha vista de todas as cartas e sentenças que fossem expedidas e proferidas pelos Desembargadores da Relação.

A Relação tinha um órgão próprio e especial, a Mesa do Desembargo do Paço, com competência determinada, formada pelo Governador, pelo Chanceler e pelo Desembargador mais antigo, podendo ser acrescido do Ouvidor-Geral do Cível, a critério do Governador (item 48 e 49). Tratava de matéria quase que exclusivamente criminal, expedindo os alvarás de fiança e petições de perdões (“por tempo de um ano”). Os itens 51 e 53 elencam os casos em que os pedidos de alvarás e perdões não tinham cabimento, trazendo o item 54 as matérias passíveis de receber os alvarás “*da mesma forma, por despacho da mesma mesa, e com a formalidade referida, se passarão em meu nome Alvarás para os culpados em alguns crimes se poderem livrar por procurador, em casos que aliás se livrem soltos; e assim mesmo alvarás de busca a carcereiros, e para se fazerem fintas para obras públicas dos Concelhos ate a quantia de 100\$ réis, e para entregar fazendas de ausentes até a quantia de 200\$ réis, e para se poderem seguir apelações, e agravos, sem embargo de se não agravar em tempo, e de serem havidas por desertas, e não seguida, e para se poderem provar pela prova de direito comum contratos até a quantia de 100\$ reis*”. O item 56 determinava que perante a Mesa fossem eleitos aqueles que devessem servir como Vereadores na cidade do Rio de Janeiro. Constata-se, desta forma, que era através da Mesa do Desembargo que o Governador-Geral realmente exercia sua influência nas atividades da Relação, decidindo sobre a liberdade dos acusados, além de controlar o processo de eleição dos vereadores locais.

Os ministros que realmente apreciavam matéria de natureza jurisdicional, em grau de recurso, eram os Desembargadores dos Agravos e Apelações, tratados nos itens 58 a 68, em número de cinco. Pertencia-lhes

“quanto às causas cíveis, conhecer dos agravos ordinários que se tirarem dos Ouvidores-Gerais do Crime e Cível. em conformidade de seus Regimentos, e de todas as apelações que saírem d’ante quaisquer Juizes, assim da Cidade de São Sebastião do Rio de Janeiro, como de todas as outras Comarcas do Distrito da Relação, ainda que sejam interpostas dos Provedores, e outros quaisquer Juizes dos bens dos defuntos e ausentes, e dos Resíduos e Cativos”, além das apelações das sentenças definitivas e interlocutórias, dias de aparecer e instrumentos de agravo, petições e cartas testemunháveis. De suas decisões individuais cabia agravo para os demais ministros integrantes da Relação (item 61), tendo competência limitada, em matéria criminal, somente quanto à revisão dos despachos proferidos individualmente pelo Ouvidor-Geral do Crime. O item 65 trazia disposição interessante quanto ao *quorum* para decisão dos recursos, estabelecendo que eram necessários dois votos quando as apelações “não excederem de cento e cinqüenta mil reis (...), conformes em confirmar ou revogar, para se vencer o feito, e desta quantia para cima, serão para o dito efeito necessários três votos, conformes em o mesmo parecer de confirmar, ou revogar”.

Os Ouvidores-Gerais do Crime e do Cível tinham sob sua responsabilidade o conhecimento, por ação nova, das matérias respectivas “no lugar onde a Relação estiver, e quinze léguas ao redor”. Sua competência acompanhava, portanto, o território onde se localizasse eventualmente a Relação, em uma circunferência delimitada. Podiam avocar determinados processos em julgamento por outros Juizes, julgando as apelações e os agravos. O Ouvidor-Geral do Cível detinha, ainda, competência para “tomar conhecimento das causas dos Prelados que não têm Superior no Reino, e das viúvas e mais pessoas miseráveis, que o quiserem escolher por seu juiz”(item 85). Davam expediente, respectivamente, às segundas e sextas-feiras e às terças e quintas-feiras.

Ao Juiz dos Feitos da Coroa e da Fazenda cabia conhecer, por ação nova e por agravo de petição, de todos os leitos da Coroa e Fazenda, no local onde a Relação estiver ou em 15 léguas ao redor, despachando na mesma e dando agravo à Casa da Suplicação de Lisboa; conhecer por apelação instrumentos de agravos ou cartas testemunháveis, dos feitos da Coroa e Fazenda, acontecidos entre partes fora do distrito, despachando em Relação e dando agravo à Casa de Suplicação; guardar o regimento do Juiz dos Feitos da Coroa e Fazenda da Casa da Suplicação e, por fim, conhecer, despachando em Relação, de todas as apelações e agravos vindos dos pro-

vedores da Fazenda”⁹. O Juiz dos feitos da Coroa e Fazenda acumulava ainda as funções de “aposentador-mor” (item 98), com atribuições “para fazer aposentar os Ministros e Oficiais da Relação somente”, além de ser o almotacé-mor da cidade do Rio de Janeiro, provendo suas necessidades de mantimentos.

Finalmente, o Procurador dos Feitos da Coroa e Fazenda, que também fazia as vezes de Promotor “das Justiças”, atuava em todas as causas de interesse da Coroa, além de procurar “saber se alguma pessoa Eclesiástica ou secular do distrito desta Relação usurpa minha Jurisdição, Fazenda e Direitos”. Representava, assim, os interesses diretos do reino¹⁰.

Os demais itens do Regimento tratam das rendas e da fazenda da Relação e de seus oficiais menores (meirinhos, escrivães etc.) e dos solicitadores.

7. A RELAÇÃO E A INCONFIDÊNCIA MINEIRA

A Relação do Rio de Janeiro atravessou o período revolucionário da chamada Inconfidência Mineira (1789) e teria competência material e territorial para o processo e julgamento dos inconfidentes; no entanto, conforme observa Paulo Paranhos, “uma disposição legal da rainha portuguesa determinou um Tribunal de Alçada Especial para aquele julgamento, por suspeição de alguns membros da Relação. Assim é que para o Tribunal de Alçada foram designados Sebastião Xavier de Vasconcelos Coutinho, que exercia as funções de Chanceler da Relação do Rio de Janeiro e seria o Chanceler da Alçada; Antônio Gomes Ribeiro e Antônio Diniz da Cruz e Silva, funcionando adjuntos, os Desembargadores José Antônio da Veiga, João de Figueiredo e João Manoel Guerreiro de Amorim Pereira. Para o caso de empate, teríamos: 1ª ronda - Tristão José Monteiro, Antônio Roiz Gaioso; 2ª ronda - José Feliciano da Rocha Gameiro e 3ª ronda - José Soares Barbosa, Antônio Luiz de Sousa Lela e Francisco Luiz Alves da Rocha, nomeado escrivão da Alçada a quem coube, ao final, declamar a sentença contra os acusados e dela dar fiel cumprimento. *“Francisco Luiz Alves da*

⁹ Cf. Paulo Paranhos da Silva, *Rio de Janeiro - 240 Anos de Justiça (Regedores e Presidentes)*. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Imprensa Oficial, Rio de Janeiro, 1990.

¹⁰ Tema interessante para futuras pesquisas histórico-judiciais a figura do Procurador dos Feitos da Coroa e Fazenda, posto que atuava como verdadeiro “advogado” das causas do Reino e do Rei e, ao mesmo tempo, detinha funções de Promotor de Justiça. Figura embrionária do Ministério Público em sua dupla e dúbia função de agente da sociedade e do Poder.

Rocha. Escrivão da Comissão expedida contra os réus da conjuração formada em Minas Gerais, certifico que o réu Joaquim José da Silva Xavier, foi levado ao lugar da força levantada no Campo de São Domingos, e nela padeceu morte natural e lhe foi cortada a cabeça, e o corpo dividido em quatro quartos; e de como assim se passou na verdade, lavrei a presente certidão e dou minha fé. Rio de Janeiro, vinte e um de abril de mil setecentos e noventa e dois"¹¹.

Deixando à parte este episódio, fruto das paixões e da mentalidade da época, a Relação do Rio de Janeiro parece ter desempenhado suas funções a contento, conforme se observa em comentário feito pelo Vice-Rei Marquês do Lavradio, no Relatório de 19 de Junho de 1779, quando passou o cargo ao sucessor: "Tem V. Exa., o corpo da Relação, e os Ministros que se acham na Relação, até ao tempo em que dei posse a V. Exa., todos têm satisfeito com muita distinção as suas, obrigações, sem eu ter tido queixa de que a nenhum deles faltasse na administração da justiça aquela retidão a que são obrigados, segundo as leis tem determinado"¹².

8. O FIM DA RELAÇÃO

A Relação do Rio de Janeiro teve existência até a criação da Casa da Suplicação do Brasil, pelo Alvará de 10 de Maio de 1808, por D. João VI, com a chegada da Família Real ao Brasil. Em verdade, a Relação foi elevada à categoria de "Superior Tribunal de Justiça" com a mesma alçada daquela vigente na Casa da Suplicação de Lisboa.

Esclarecia os termos do alvará:

"I - A Relação desta Cidade se denominará Casa da Suplicação do Brasil e será considerada como Superior Tribunal de Justiça, para se findarem ali todos os pleitos em última instância, por maior que seja o seu valor, sem que das últimas sentenças proferidas em qualquer das Mesas da sobredita Casa se possa interpor outro recurso que não seja o das revistas nos termos restritos do que se acha disposto nas minhas Ordenações, Leis e mais disposições. E terão os Ministros a mesma alçada que têm os da Casa da Suplicação de Lisboa.

¹¹ Paulo Paranhos, ob. cit. . p 155

¹² Hélio de Alcântara Avellar, *História Administrativa do Brasil - Administração Pombalina*. v. V, p. 255. Editora Universidade de Brasil. Brasília, 1983

II - Todos os agravos ordinários e apelações do Pará, Maranhão, Ilhas dos Açores e Madeira, e da Relação da Bahia que se conservará no estado em que se acham e se considerará como imediata à desta Cidade, os quais se interpunham para a Casa da Suplicação de Lisboa, serão daqui em diante interpostos para a do Brasil e nela se decidirão finalmente pela mesma forma que o eram até agora, segundo as determinações das minhas Ordenações e demais disposições régias.”

A Relação do Rio de Janeiro somente voltaria a aparecer após a Independência do Brasil, funcionando novamente como sede recursal a partir da Lei de 20 de Outubro de 1828 e com o Regulamento Geral das Relações do Império de 03 de Janeiro de 1833.

Nos cinquenta e sete anos de sua existência, a Relação do Rio de Janeiro, situada no centro de poder político e econômico da Colônia, mais representou os interesses da metrópole em oposição às aspirações nascentes do movimento nacional, conforme se viu com a instalação do Tribunal de Alçada Especial. “De uma maneira geral, foram tempos difíceis, não só para administradores como para administrados, no que concerne à prática da justiça. Dela muito se falou, a maior parte das vezes em tons mordazes, imputando aos magistrados que a exerciam matizes fortes de corrupção e venalidades, mormente porque esta não era a sua terra. (...) Incipiente e despida de nacionalismo, a Justiça do período colonial, mormente no que se refere ao Rio de Janeiro, deixa marcado um período em que a evolução de direito parece refrear perante a evolução das idéias, não acompanhando as transformações verificadas em países como Áustria, França, Inglaterra, que, mesmo sob o signo do absolutismo monárquico, ainda se lançavam avançadamente no campo do direito e na prática da justiça social”¹³.

Embora não se possa exigir dos contemporâneos da Relação, comportamento diverso daquele que efetivamente tomaram, a organização e atuação do tribunal revela que ele era antes, um meio de controle da metrópole sobre a colônia, e não um órgão de distribuição e aplicação da justiça segundo suas próprias necessidades. ◆

¹³ Paulo Paranhos. ob cit p 35

ÉTICA E DEMOCRACIA NA ADMINISTRAÇÃO DA JUSTIÇA*

WILLIS SANTIAGO GUERRA FILHO

Professor Titular de Direito Processual Constitucional (UFC) e de Filosofia (UECE)

A palavra *ethos* em grego antigo, origem do que denominamos “ética”, quando escrita com ípsilon, corresponderia ao latim *mores*, donde se origina a palavra “moral”, significando um conjunto de normas concernentes à conduta política e socialmente regrada por normas costumeiras. Já quando escrita com êta remetia ao caráter, à natureza espontânea das pessoas, significando, literalmente, sua morada ou lar, onde nos sentimos à vontade, por corresponder ao que nos é próprio. O termo “moral”, proveniente da tradução de CÍCERO para o latim (de *mores*), costuma ser utilizado indistintamente como sinônimo do termo de origem grega “ética”, sendo comumente considerado que ambos possuem o mesmo significado, enquanto alguns autores os diferenciam, atribuindo um sentido mais amplo e coletivo ao segundo, e mais restrito e individual ao primeiro. De certa maneira, resolve-se a divergência com a distinção clássica, devida a HEGEL, entre *Moralität*, subjetiva, e *Sittlichkeit*, objetiva. Também pode-se diferenciar “ética” e “moral” considerando esta última objeto de estudo da primeira, que seria um saber, saber sobre o que é devido, cabendo à moral determinar o que é devido, tornando-se, assim, objeto de estudo da ética. Como essa “ciência do dever” assume um caráter igualmente normativo, a filosofia analítica contemporânea vai referir-se a uma “metaética”, formada por proposições meramente descritivas, que toma a ética ou “as éticas” como objeto de um estudo em que o conhecimento efetivamente possa se dar, desvinculado de compromisso com o aspecto prescritivo, apesar de estar lidando com a esfera do dever ser.

A ética, considerada desde a perspectiva clássica – e que ainda hoje aponta para uma de suas dimensões fundamentais - seria a disciplina que

* Texto de apoio a palestra proferida no XXII Curso de Iniciação Profissional de Magistrados, na EMERJ, em 10/04/2001

nos conduz à felicidade, ao indicar o Bem supremo, e em razão da grande divergência entre filósofos e pessoas em geral sobre o que seria esse Bem supremo, o pensamento moderno, especialmente com KANT, vai se caracterizar pela adoção de uma *ética formal*, independente dos bens que desejam as pessoas e do modo como os distribuem no direito, na política, na economia etc. Já na perspectiva clássica, greco-romana e, mesmo, naquela teológica medieval, a ética é sempre uma *ética material*, associada a outros aspectos da vida, em sua dimensão social, especialmente àqueles de natureza política, donde a indissociabilidade entre o comportamento recomendado a cada um individualmente e o que de cada um se espera enquanto membro da comunidade política: o comportamento ético seria igualmente justo e, como hoje se diz, “politicamente correto”, ou, em linguagem popular, por conhecer cada um o seu lugar.

Na modernidade, com Kant, os princípios orientadores da ação derivam de um imperativo categórico pelo qual optamos de “livre e espontânea vontade”, e por isso requer obediência universal, para assim instituir a autonomia da vontade e uma comunidade de homens livres. O caráter abstrato dessa concepção termina revelando-a inadequada para motivar ações e decisões concretas, em face da diversidade e singularidade de situações com as quais nos defrontamos atualmente. É assim que hoje nos defrontamos com uma ética dita “pós-convencional”, que recupera elementos da antiga ética material, fazendo convergir, por exemplo, a ética e a política em uma teoria da justiça, como em Rawls, onde se propugna mais um procedimento para se atingir soluções eticamente justificáveis para os problemas, do que princípios com base nos quais se possa deduzir tais soluções, ou ainda regras pré-estabelecidas em que já se oferecem tais respostas. Essa é a idéia que anima, igualmente, a chamada “ética do discurso”, associada a nomes como Karl-Otto Apel e Jürgen Habermas.

Dessa perspectiva interessa-nos destacar que propicia uma articulação entre os dois assuntos maiores da presente exposição, a saber, Ética e Democracia, permitindo, ainda, a inclusão do Direito nessa articulação, pois seria principalmente através dele que ela se daria. Para isso, contudo, é preciso que defendamos uma concepção do Direito, tanto ontológica – sobre o que ele é enquanto forma de ordenação da vida social – como epistemológica – sobre como estudá-lo e praticá-lo – que permita uma tal inserção dele entre a Ética e a Democracia ou, em outros termos, mais técnico-filosóficos, entre a axiologia e a filosofia política, dedicadas, respectivamente às

questões, intrinsecamente associadas, relativas aos valores e ao poder, passíveis de serem traduzidas naquela concepção da legitimidade do Direito e de seu exercício.

No início, abordamos os sentidos que se podem atribuir à ética. Agora nos voltamos um pouco para a democracia. A democracia, como a liberdade, Deus, a arte, a ciência, o progresso, é uma palavra tão familiar a todos nós, que raramente nos damos ao trabalho de perguntar o que queremos dizer com ela. Como dizem os que se dedicam à semiótica, é um termo que não tem “referente”, vazio, preenchível por vários conteúdos; é comum não pensarmos em nada palpável quando pronunciamos a palavra, sendo o seu significado variável de pessoa a pessoa.

Acontece que “Democracia” é um dos lugares-comuns mais importantes da retórica política atual. Poucos são os regimes que têm a audácia de se proclamarem antidemocráticos. Na verdade, o mundo encontra-se dividido em democracias populares, parlamentares, liberais, sociais, cristãs etc. “Mas a democracia, que não é mais que um nome também debaixo dos abusos que a infamaram, nem por isso deixou de ser a potente força condutora dos destinos da sociedade contemporânea, não importa a significação que se lhe empreste”.¹

Eminentes politicólogos² concordam em que o conceito mais simples e igualmente mais significativo de democracia é aquele que elaborou HERÓDOTO DE HALICARNASSO e que LINCOLN ampliou ao pronunciar o célebre discurso em Gettysburg: governo do povo, para o povo, pelo povo. Assim considerado, o termo democracia diz respeito, primeiramente, a uma forma de governo por muitos, em oposição a governo por um - governantes cuja autoridade procede do povo, atuando para o bem do povo; governo pelo povo, em oposição a governo por um tirano, ditador ou rei absoluto. É essa a acepção mais geral da palavra, aquela que os homens comumente lhe têm dado, e, conforme assinalou BURDEAU, embora “*l'idée d'un gouvernement du peuple par le peuple ne peut suffire aujourd'hui à définir la démocratie, du moins doit-elle être incluse dans toute formule gouvernemental qui se veut démocratique*”.³

¹ PAULO BONAVIDES, *Ciência Política*. 4a ed. Rio de Janeiro. 1978, p. 321

² Cf. GEORGES BURDEAU, *A Democracia*. 2a ed. Lisboa. 1969, p. 15. CARL BECKER, *O Dilema da Democracia*. Rio de Janeiro. 1964, p. 18. PAULO BONAVIDES, *ob. cit.*, p. 320 e 322. IGNÁCIO DA SILVA TELES, *A Experiência da Democracia Liberal*. São Paulo. 1977, p. 74/79

³ G. BURDEAU, “L'Avancement du Peuple Réel”. in *Economie et Humanisme*, n.º 104. Paris. 1957, p. 212

Assim, a democracia é um sistema de governo, uma forma de organização do poder, que inclui a liberdade. Para KELSEN, a democracia é, sobretudo, um caminho: o da progressão para a liberdade.⁴

A liberdade é, sem dúvida, componente da natureza humana, mas não da forma como a concebia a filosofia clássica, e que a filosofia contemporânea contestou,⁵ e sim como a entendeu DILTHEY, sob a influência nítida de HEGEL: “é necessário” disse ele, “compreender o homem como uma realidade histórica”. Mas uma realidade histórica, isto é, mutável, que possui uma *essência* imutável e uma *forma* estruturada pelas mutações. Assim, DILTHEY chega a formular um conceito de natureza humana de todo diferente daquele do direito natural racionalista, onde aquela é entendida como realidade *potencial*, que a história vai atualizando e que, enquanto realidade potencial, existiu desde sempre no homem.⁶

Daí dizer-se que a democracia é, conforme a natureza humana, algo a ser conquistado, pois tornou-se o instrumento de criação de um mundo em que se quer a libertação do homem.

Finalmente, vale refletir sobre a frase de LITTRÈ, para quem a democracia é “o governo onde o povo exerce a soberania”,⁷ soberania popular, pois. Este pensamento fundamenta o processo democrático na igualdade política dos cidadãos e no sufrágio universal - verdadeira espinha dorsal do sistema democrático, nas palavras do abalizado professor PAULO BONAVIDES.⁸ Significa que a “vontade do Estado” está formada a partir da composição das vontades individuais dos cidadãos.

Segundo JUAN RAMÓN CAPELLA, a soberania popular tornou-se um mito à serviço da justificação do Estado burguês, propiciando a eliminação da participação política real, substituída por uma participação fictícia. Pois se de um lado, a partir da destruição do sistema social feudal, através de alianças interclassistas, deixam de existir súditos (os carentes de direitos políticos), em contrapartida, só uma parte da população adquire efetiva-

⁴ HANS KELSEN, *Vom Wesen der Demokratie*. apud PAULO BONAVIDES, ob. cit., p. 322

⁵ Cf. J.-P. SARTRE, “O Existencialismo é um Humanismo”, col. *Os Pensadores*, n.º 16, 2a ed., S. Paulo, 1978

⁶ Cf. FRANCISCO JAVIER CONDE, “Teoria y Sistema de las Formas Políticas”, *Rev. do Ocidente*, Madri, 1959, pp. 29, 34 e 35

⁷ Cf. JEAN-PIERRE LASSALE, “Introdução à Política”, 2a ed., col. *Universidade Moderna*, n.º 1, Lisboa, 1971, p. 849.

⁸ PAULO BONAVIDES, ob. cit., p. 140

mente direitos políticos, pois uma parte pequena, a dos proprietários, é que pode realmente empregá-los, e são menos ainda os capazes de fazê-los coincidir com seus interesses.⁹

A leitura do “Preâmbulo” da atual Constituição da República Federativa do Brasil pode nos revelar um desvio de uma das idéias fundantes do moderno constitucionalismo ocidental - se me permitem a expressão pleonástica, pois nada mais “moderno” e “ocidental” do que o constitucionalismo. O modo como se formulou o exórdio de nossa Constituição dá margem a que se pense num afastamento da *teoria clássica do poder constituinte*, devida a SIEYÉS, de acordo com a qual o poder constituinte originário seria absolutamente incondicionado, não se submetendo a nenhuma pauta previamente estabelecida, ao produzir o texto constitucional. Em nosso “Preâmbulo”, contudo, os constituintes de 88 escreveram que se reuniram com a determinação de “instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais etc.”

E realmente houve manifestação inequívoca do “titular da soberania”, o povo brasileiro, a quem os constituintes representavam, no sentido de que se abandonasse completamente o Estado ditatorial a que se viu submetido por quase três décadas, e se ingressasse, então, numa ordem política diametralmente oposta, plenamente democrática. O primeiro artigo da Constituição de 88 define, assim, a República Federativa do Brasil como um *Estado Democrático de Direito*, e elenca os princípios sob os quais ela se fundamenta. Todo o restante do texto constitucional pode ser entendido como uma explicitação do conteúdo dessa *fórmula política*, explicitação essa que, por mais extenso que seja o texto de nossa Constituição, ainda é e sempre será uma tarefa inconclusa, e além do mais, nesse período inicial de vigência da nova Carta, às vésperas de sua reforma, uma tarefa de primordial importância.

Inicialmente, vale recordar, com PABLO LUCAS VERDU,¹⁰ que “a fórmula política de uma Constituição é a expressão ideológica que organiza a convivência política em uma estrutura social”. Trata-se, portanto, do elemento caracterizador da Constituição, principal vetor de orientação para a interpretação de suas normas e, através delas, de todo o ordenamento jurídico-

⁹ JUAN RAMÓN CAPPELLA, “Materiales para la Criuca de la Filosofia de Estado”. *Libros de Confrontación*. Barcelona. 1976. p. 193/211.

¹⁰ *Curso de Derecho Político*. v. II. Madri. 1977. p. 532.

co. Enquanto manifestação de uma opção básica por determinados valores, característicos de uma ideologia, a fórmula política inserida na Constituição se apresenta como um *programa de ação* a ser partilhado por todo integrante da comunidade política, e por isso, responsável a um só tempo pela sua mobilidade e estabilidade. “A fórmula política”, acrescenta porém o eminente catedrático da Universidade de Madri, “é um fator essencialmente dinâmico, pois toda ideologia pretende realizar-se mediante sua institucionalização e sua implantação na realidade social”.

Essa circunstância, por si só, já justifica que se veja a Constituição como um *processo*, tal como propusemos em outra oportunidade.¹¹ Sim, porque a simples elaboração de um texto constitucional, por melhor que ele seja, não é suficiente para que o ideário que o inspirou se introduza efetivamente nas estruturas sociais, passando a reger com preponderância o relacionamento político de seus integrantes. Também é importante a percepção de que a realização efetiva da organização política idealizada na Constituição depende de um engajamento maciço dos que dela fazem parte nesse processo, e um Estado Democrático de Direito seria, em primeiro lugar, aquele em que se abre canais para essa participação.

Essa concepção “procedimental” da Constituição se mostra adequada a uma época como a nossa, apelidada já de “*pós-moderna*”, em que caem em descrédito as “grandes narrativas”,¹² legitimadoras de discursos científicos e políticos, não havendo mais um fundamento aceito em geral como certo e verdadeiro, a partir do qual se possa postular “saber, para prever”. Radicaliza-se, assim, a inversão da perspectiva temporal em que se legitima o direito, com a introdução, nos sistemas políticos modernos, de uma constituição, quando o juridicamente válido o é não mais porque se encontra argumentos num *passado*, histórico ou atemporal (ordem divina, estado de natureza ou outra coisa do tipo), para justificá-lo. Ao contrário, como aponta NIKLAS LUHMANN, a partir de uma constituição se dá uma “abertura para o futuro” (*Zukunftsoffenheit*) na forma de legitimar-se o direito, o qual passa a “prever as condições de sua própria modificabilidade e isso juridicamente, acima de tudo, através de regras procedimentais...”¹³

¹¹ Cf. WILLIS SANTIAGO GUERRA FILHO. *Ensaio de Teoria Constitucional*. Fortaleza, 1989. pp 7 ss.; *id.* *Teoria Processual da Constituição*. São Paulo, 2000. *passim*

¹² *Grand-récits* - J.-F. LYOTARD. *La condition post-moderne*. Paris, 1979.

¹³ “Verfassung als evolutionäre Errungenschaft”. *in* *Rechtshistorisches Journal*, n. 9. Frankfurt a. M., 1990, p. 192

Também HABERMAS, em trabalhos recentes, atribui um papel central aos procedimentos de realização do direito, ao examinar como é possível se obter legitimação através da legalidade. Nesse passo, termina pondo em xeque uma das idéias centrais da modernidade, associadas a nomes como KANT e MAX WEBER: a da autonomia das esferas da moral, do direito e da política por sua rigorosa separação, mostrando que na atualidade esses campos se rearticulam, sem com isso perderem sua autonomia. Para ele, foi uma mudança na consciência moral da era moderna que trouxe a exigência da diferenciação entre normas, princípios justificadores e procedimentos para examinar a adequação daquelas a esses últimos. A “moralidade” do direito moderno, bem como a sua “racionalidade” e “autonomia”, não resultariam apenas do fato de ter-se verificado a positivação de exigências morais de racionalização nas constituições, mas também - e principalmente - da circunstância de haverem sido instituídos procedimentos para a (auto)regulação e (auto) controle da fundamentação do direito de acordo com esses padrões morais de racionalidade. A fundamentação moral e política dos princípios jurídicos, isto é, a legitimidade do direito, e a sua “procedimentalização”, acham-se intimamente relacionados, já que os valores legitimadores do mesmo não se encontrariam propriamente no conteúdo de suas normas, mas sim nos *procedimentos*, que fundamentam algum de seus *possíveis* conteúdos.¹⁴

Finalmente, podemos encontrar uma concepção procedimental da constituição em autor cuja obra recentemente ocupou o centro dos debates em filosofia política, ao mesmo tempo em que reavivou o interesse pela discussão ética da Justiça. Trata-se de JOHN RAWLS, para quem a constituição ideal seria um procedimento balizado por princípios de justiça, capaz de conformar as forças políticas responsáveis pela produção normativa. Em suas próprias palavras: “*Ideally a just constitution would be a just procedure arranged to insure a just outcome. The procedure would be the political process governed by the constitution, the outcome the body of enacted legislation, while the principles of justice would define an independent criterion for both procedure and outcome*”.¹⁵

¹⁴ Cf. “Wie ist Legitimität durch Legalität möglich”, in *Kritische Justiz*, n. 20, Hannover, 1987, pp. 1 ss., esp. pp. 6 ss.; tb. “*Völkerverantwortung als Verfahren*”, in *MERKUR - Deutsche Zeitschrift für europäisches Denken*, Frankfurt a. M., n. 43, 1989, pp. 465 ss., esp. pp. 475/476, agora reunidos na obra de HABERMAS, *Faktizität und Geltung*, de 1992.

¹⁵ *A Theory of Justice*, Oxford, 1972, p. 197.

Essa visão do texto constitucional como uma “obra aberta”, cujo sentido é permanentemente construído e reconstruído por seus destinatários, seria ela própria um reclamo do Estado Democrático de Direito, visto que ele representa um intento de conciliar valores que só abstratamente se compatibilizam perfeitamente, pois no momento de sua concretização podem se chocar, por exemplo, a segurança jurídica (= respeito à legalidade) e a igualdade perante a lei, valores associados ao Estado de Direito formal, com a segurança e igualdade das situações em que se encontram inseridos os indivíduos na sociedade, a qual se pretende seja democrática. Daí a necessidade de que se constitua o que, tomando de empréstimo uma expressão de KARL POPPER, se chamou de “sociedade aberta dos intérpretes da Constituição”,¹⁶ a fim de que se estabeleça um amplo debate entre os defensores das diversas concepções a respeito de como melhor compatibilizar os valores em conflito, e isso com a preocupação de sempre preservá-los todos, em seu conteúdo mínimo. Como na pós-modernidade, com o elevadíssimo grau de complexidade e novidade dos problemas sociais que aí se apresentam, não há mais porque recorrer a nenhuma “receita” ideológica previamente elaborada para se obter soluções, só mesmo com procedimentos é que se forja da melhor maneira tais soluções, abrindo a possibilidade de cada posição divergente demonstrar a parcela de razão que lhe cabe e a superioridade de uma frente às demais, em dada situação particular.

Nossa compreensão do quanto o Estado Democrático de Direito depende de procedimentos, não só legislativos e eleitorais, mas especialmente aqueles judiciais, para que se dê sua realização, aumenta na medida em que precisemos melhor o conteúdo dessa fórmula política.

Historicamente, poder-se-ia localizar o seu surgimento nas sociedades européias recém-saídas da catástrofe da II Guerra, que representou a falência tanto do modelo liberal de Estado de Direito, como também das fórmulas políticas autoritárias que se apresentaram como alternativa. Se em um primeiro momento observou-se um prestígio de um modelo social e, mesmo, socialista de Estado, a fórmula do Estado Democrático se firma a partir de uma revalorização dos clássicos direitos individuais de liberdade, que se entende não poderem jamais ser demasiadamente sacrificados, em nome da realização de direitos sociais. O Estado Democrático de Direito,

¹⁶ PETER HABERLE. // *Juristenzeitungen*. n. 30. Berlim. 1975. pp 297 ss

então, representa uma forma de superação dialética da antítese entre os modelos liberal e social ou socialista de Estado.¹⁷

Em sendo assim, tem-se o compromisso básico do Estado Democrático de Direito na harmonização de interesses que se situam em três esferas fundamentais: a *esfera pública*, ocupada pelo Estado, a *esfera privada*, em que se situa o indivíduo, e um segmento intermediário, a *esfera coletiva*, em que se tem os interesses de indivíduos enquanto membros de determinados grupos, formados para a consecução de objetivos econômicos, políticos, culturais ou outros.

Há quem veja na projeção atual desses grupos, no campo político e social, como um dos traços característicos da pós-modernidade, quando então as ações mais significativas se deveriam a esses novos sujeitos coletivos, e não a sujeitos individuais ou àqueles integrados na organização política estatal. Indubitavelmente, o problema básico a ser solucionado por qualquer constituição política contemporânea não pode mais ser captado em toda sua extensão por aquela formulação clássica, onde se tinha um problema de delimitação do poder estatal frente ao cidadão individualmente considerado. Hoje, entidades coletivas demandam igualmente um disciplinamento de sua atividade política e econômica, de modo a que possam satisfazer o interesse coletivo que as anima, compatibilizando-o com interesses de natureza individual e pública. Para solucionar as colisões entre interesses diversos de certas coletividades entre si e com interesses individuais ou estatais, tão variadas e imprevisíveis em sua ocorrência, não há como se amparar em uma regulamentação prévia exaustiva, donde a dependência incontornável de procedimentos para atingir as soluções esperadas.

Compreende-se, então, como o centro de decisões politicamente relevantes, no Estado Democrático contemporâneo, sofre um sensível deslocamento do Legislativo e Executivo em direção ao Judiciário. O processo judicial que se instaura mediante a propositura de determinadas ações, especialmente aquelas de natureza coletiva e/ou de dimensão constitucional - ação popular, ação civil pública, mandado de injunção etc. - torna-se um

¹⁷ Nessa perspectiva, tem-se a obra de ELÍAZ DÍAZ. *Estado de Derecho y sociedad democrática*. Madrid, 1975, bem como a monografia já clássica na literatura política e constitucional em nosso País, de Mestre PAULO BONAVIDES. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. Rio de Janeiro/ São Paulo, várias eds

instrumento privilegiado de *participação política e exercício permanente da cidadania*.¹⁸

Para concluir, então, vale chamar a atenção para o papel central que está reservado, em um Estado Democrático de Direito, à chamada *Corte Constitucional*, enquanto órgão diferenciado da estrutura do Judiciário e plenamente independente também frente aos demais poderes estatais, integrado por membros com as melhores qualificações para exercer a atribuição, a um só tempo política e jurídica, de velar pela realização do texto constitucional. A falta de semelhante órgão judicante pode ser apontada como o maior defeito de nosso sistema jurídico-político, pois o Supremo Tribunal Federal não corresponde exatamente a esse perfil, defeito esse que se deveria sanar em reforma constitucional vindoura, embora, realisticamente, não se vislumbre grandes possibilidades de que tal aconteça. Perdemos, com isso, aquela que se revela, em outros países, como uma das principais arenas de debate político, responsável maior pela promoção quotidiana do avanço da democracia, nos quadros do Estado de Direito, levando em conta tanto os mais elevados padrões éticos como os desenvolvimentos mais recentes das ciências jurídicas. ◆

¹⁸ Cf., v.g., a obra coletiva *Participação e Processo*, ed. por ADA PELLEGRINI GRINOVER *et al.*. São Paulo, 1988. bem como ELIVAL DA SILVA RAMOS. *A ação popular como instrumento de participação política*. S. Paulo, 1991

QUANTO TEMPO DEMORA UM PROCESSO?

FELIPPE AUGUSTO DE MIRANDA ROSA

Desembargador TJ/RJ

No final da década de oitenta realizamos uma pesquisa exploratória sobre a duração real dos processos. O trabalho foi conduzido em conjunto por mim e o Desembargador José Carlos Barbosa Moreira, grande processualista. A pesquisa era a primeira de uma série planejada sob o título geral "AUTO-ANÁLISE DO PODER JUDICIÁRIO". Tratava-se, portanto, de um projeto ambicioso que começou, porém, modestamente, com o objetivo de explorar o tema. Trabalhou-se com um universo de Varas Cíveis da Comarca da Capital, abrangendo os feitos de procedimentos ordinário e sumaríssimo, este último, então de competência de varas especializadas.

O projeto grande não pôde ser implementado, por motivos costumeiros, dos quais a carência de recursos e a impossibilidade de apoio institucional na época, foram os mais importantes.

Agora a EMERJ decidiu retomar o plano de trabalho referido com mais amplitude e ambição, alcançando todo o Judiciário estadual e os diversos tipos de feitos. Duas administrações empenharam-se nele, a do Des. Manoel Carpena Amorim, que lhe deu impulso inicial e a do Des. Sérgio Cavalieri Filho, que o abraçou com entusiasmo, como primeiro passo de uma vocação mais profunda ligada à realização de pesquisas na Escola.

A utilização dos recursos da Informática, quase totalmente implantada na Justiça fluminense, deu maior esperança de obtenção de dados completos em prazo curto. A experiência mostrou que tal esperança era muito otimista, pois a maneira como estava organizada a informatização exigiu repetidas mudanças de rumo, para a precisão do projeto, agora em curso acelerado.

Por esse motivo, damos a seguir o texto do relatório final da pesquisa exploratória já referida, com o objetivo de estabelecer o nexos com o primitivo projeto e informar em um veículo altamente qualificado, como a **REVISTA DA EMERJ**, sobre a importância e as pretensões do estudo.

Nele participa, com os recursos metodológicos de sua especialidade, uma equipe da prestigiosa Fundação Getúlio Vargas, sob a coordenação do Professor Ricardo Simonsen.

Adiante, o relatório.

PROJETO DE AUTO-ANÁLISE DO PODER JUDICIÁRIO

DURAÇÃO DE PROCESSOS

1. O PROBLEMA

É lugar comum a afirmação de que a Justiça é lenta, de que os processos judiciais demoram excessivamente. Afirma-se isso a todo instante. Os meios de comunicação de massa (imprensa escrita, rádio e televisão) repetem a observação, sem qualquer ressalva, e contribuem para tornar a lentidão judicial uma “verdade”.

Os que assim procedem, certamente justificados por grande número de casos morosos, não sabem que muitos processos têm andamento célere, terminam rapidamente; que, com frequência, os procedimentos judiciais são, na prática, mais rápidos do que os da esfera administrativa, apesar das garantias de igualdade entre as partes, oportunidades para intervir, e tudo o mais.

Por outro lado, há quem sustente que a grande maioria dos processos acaba razoavelmente depressa; e que somente pequena parte deles é morosa. Alega-se então que, precisamente porque minoria, os processos muito demorados constituem afastamento da regra geral, são curiosidades e, portanto, notícia.

O debate desenvolve-se nesses termos, prevalecendo as vozes que apontam a morosidade judicial como um mal predominante nas coisas da Justiça. Não existem, porém, estudos sérios a respeito. Ninguém procura pesquisar a verdade, a realidade do que efetivamente se passa na tramitação dos processos judiciais, e que constitui, afinal de contas, a maneira pela qual o Direito vive, deduzido pelas partes e proclamado pelos Tribunais. Desse modo, continuam as acusações ao Judiciário, cujo desprestígio é uma consequência natural e lógica de tais conceitos correntes.

O que ocorre realmente? Quais as verdadeiras dimensões do problema da afirmada lentidão judicial? É esse um fenômeno geral, dominante, ou

setorial, ocorrente apenas em parte, em alguns setores do aparelho judicial, ou em certos tipos de procedimento?

Essas e muitas outras questões podem ser suscitadas a propósito. O que está faltando, entretanto, é a formulação das perguntas certas a aspectos dos fatos relevantes, com a realização de um estudo da realidade, e não apenas do discurso (otimista em parte da doutrina, pessimista nos veículos de comunicação de massa e na voz corrente da população). Ainda não se procurou verificar a realidade, com a utilização dos meios apropriados, com vistas ao efetivo conhecimento a respeito, e com a resultante possibilidade de se planejar, com dados concretos, as medidas destinadas a superar as deficiências existentes.

Esse é o problema que aqui se coloca, o objeto da pesquisa projetada.

2. OS OBJETIVOS

Um estudo dessa natureza, em que se procure constatar a duração real dos processos judiciais, as proporções do fato de que existem processos demorados, as possíveis áreas de retardamento, suas manifestações e suas causas, há de ser programado com precisão. Para que ele fosse realizado no âmbito do Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro, foi indispensável decidir sobre os rumos gerais a serem adotados. Havia dois rumos diferentes a seguir, um deles era o exame do aparelho judicial em si, seus recursos humanos e materiais, suas deficiências, a possível capacidade ociosa em alguns setores, em face do congestionamento de outros, a racionalidade de sua distribuição de competência, inclusive no plano territorial etc.; o outro era o exame dos processos, da maneira pela qual são eles realmente vividos, o seu andamento, os obstáculos encontrados, os lapsos de tempo total e parciais (em relação aos seus diversos atos e suas diferentes fases). Um e outro caminho são importantes. E, numa análise final, como coroamento de estudos que se impõem no interesse público, devem ser eles integrados para uma compreensão global do problema colocado.

O segundo rumo é o que nos interessa, entretanto, neste momento, e, alias, deve preceder o outro, por evidentes razões práticas. É primordial identificar a realidade. Esta é a demora real dos processos. Identificado que seja o que há de verdadeiro sobre tal demora, então, será o momento de procurar as explicações estruturais, materiais e formais do que ocorre.

Para isso, sugeriu-se a realização de pesquisa no âmbito do aparelho judicial do Estado, em que se buscasse verificar, com a utilização de

metodologia adequada, quanto tempo exige a tramitação dos feitos ajuizados. O que se queria, na verdade, era surpreender a duração de cada fase e do tempo total dos processos.

3. PROBLEMAS METODOLÓGICOS

Para tanto, foi imperativo fazer algumas opções básicas de natureza metodológica. Em primeiro lugar, surgiu o problema da escala. Conviria realizar o trabalho abrangendo a totalidade do aparelho judicial do Estado, ou apenas parte dele? Pareceu aconselhável que se procedesse com prudência. O preferível seria iniciar a investigação por partes, focalizando sucessivamente, se bem encaminhado o projeto, os diferentes setores em que se divide aquele aparelho.

Foi necessário então escolher como setorizar a investigação. Uma primeira opção parecia indicada: começar pela Comarca da Capital, cujos dados são de mais fácil e imediato acesso e, por outro lado, fornecem massa crítica de elementos para análise, muito mais numerosa que a das Comarcas do Interior, o que é importante. Surgiu então, outro problema: na Comarca da Capital, quais os tipos de Juízos a serem pesquisados? Todos ou alguns? Se alguns, era aconselhável que todos os tipos estivessem representados, ou se escolheriam apenas alguns deles? E, finalmente, se adotada a última alternativa, quais os tipos selecionados, e, neles, quais as unidades sobre as quais fazer incidir a investigação?

O exame preliminar de tais questões recomendou que se fizesse, inicialmente, uma pesquisa parcial, na Comarca da Capital, em Varas Cíveis (por serem mais numerosas e oferecerem maior massa crítica de dados) e, entre estas, em alguma delas, escolhidas por amostragem, numa pesquisa-piloto, curta, para identificar provisoriamente algumas tidas como céleres, e algumas tidas como lentas, de modo a abrir o leque na coleta de dados.

Feita essa escolha, em que um número de 8 (oito) Varas Cíveis da Comarca da Capital foram selecionadas para nelas se fazer o levantamento de dados (teste-piloto), impunha-se definir quais os tipos de procedimentos que se deveriam investigar: todos ou alguns? E, se alguns, quais deles? O exame prévio da matéria indicou a conveniência de limitar a pesquisa a dois tipos de procedimentos, ambos do processo de conhecimento, mais facilmente esquematizável e de características mais constantes: os feitos de procedimentos ordinário e de procedimento sumaríssimo, pois os outros provavelmente suscitariam problemas mais específicos.

Ainda aqui e então foi preciso limitar. É que não era possível, em termos práticos, pesquisar todos os feitos nas condições acima referidas. Era indispensável escolher parte deles. O critério mais aconselhável, porque aleatório e impessoal, foi o de selecionar, como amostra, os feitos terminados em certo lapso de tempo e que, nos Juízos de origem estivessem em vias de ser encaminhados ao arquivo. Processos findos, portanto, estariam maduros para a investigação de todos os acidentes de duração no andamento.

Realizada a fase-piloto, cujo relatório foi publicado no Diário Oficial – Poder Judiciário, de 22 de abril de 1986, deu-se forma definitiva aos instrumentos da pesquisa.

Uma longa preparação, por motivos de ordem prática, precedeu a coleta de dados, com aplicação dos questionários adequados. Os pesquisadores fizeram-na nas 1ª a 16ª e 23ª a 38ª Varas Cíveis da Comarca da Capital, num total de 32 (trinta e duas) Varas Cíveis, amostra mais que representativa do universo de 44 (quarenta e quatro) Varas, ou 73,7%.

O trabalho de campo foi feito de maio a agosto, inclusive, de 1988. O processamento dos dados realizou-se, insatisfatoriamente, no final de 1988 e foi depois repetido, corrigidas as distorções verificadas, durante o ano de 1989, em duas fases, já, agora, com a utilização de microcomputador. Os dados que constam deste trabalho são as quantificações diretas e suas percentagens, item por item. Os cruzamentos de dados ficaram para posteriores processamento e análise, para não mais retardar a apresentação deste relatório.

4. ANÁLISE DE DADOS

A análise de dados que se segue, incidiu sobre os elementos relevantes, entre os coletados. Em alguns casos, a massa de dados foi insuficiente para qualquer significação estatística, como, por exemplo, no caso do quadro sobre o “Tempo despendido entre a interposição dos Embargos de Declaração nos Embargos Infringentes e seu julgamento”, pelo que foram eles ignorados.

(1) Tempo decorrido entre o ajuizamento do feito e a prolação da sentença.

Foram pesquisados 1.120 feitos de procedimento sumaríssimo e 452 de procedimento ordinário.

Dos sumaríssimos, **893** chegaram à sentença de primeiro grau (79.73%). Os dados sobre o tempo despendido entre o ajuizamento e a sentença, são os seguintes:

Tempo (anos)	N./Processo	%/ Processo
Menos de 1	642	71.89%
De 1 a 2	154	17.25%
De 2 a 3	57	6.38%
Mais de 3	40	4.48%
Total	893	100.00%

Quanto aos feitos de rito ordinário, **361** chegaram à sentença (79.86%), com os seguintes dados:

Tempo (anos)	N./Processo	%/ Processo
Menos de 1	242	67.0%
De 1 a 2	75	20.8%
De 2 a 3	26	7.2%
Mais de 3	18	5.0%
Total	361	100.00%
Média em dias	404	
Média em meses	13	

Analisando tais dados, é possível constatar que nada menos de 71.89% dos feitos sumaríssimos receberam sentença terminativa de primeiro grau em menos de um ano, ao passo que, entre os processos de procedimento ordinário, foram eles da ordem de 67%, o que corresponde a uma celeridade maior dos primeiros, isto é, a dos sumaríssimos, mas não tanto quanto se esperava com a instituição do procedimento sumaríssimo, mais simplificado que o ordinário.

Se a eles somarmos aqueles que receberam sentença entre um e dois anos, observamos que, nesse prazo máximo de dois anos, estão 89.14% dos sumaríssimos e 87.80% dos ordinários, o que constitui ínfima diferença. Mesmo que se note que os feitos sumaríssimos transitaram, no Rio, durante alguns anos, pelas Varas então especializadas neles (as 1ª, 3ª, 4ª, 5ª, 23ª, 25ª, 26ª e 27ª Varas Cíveis), numa fracassada tentativa de lhes dar maior celeridade

e, na verdade, tais juízos ficaram congestionados em extremo (o que provocou sua extinção como tais e sua transformação em Varas Cíveis comuns, com ampla competência), o fato não parece indicar uma clara adequação da realidade aos objetivos de simplificação e rapidez que fundamentaram a adoção, nos termos em que ocorreu, do rito sumaríssimo no Código de Processo Civil.

Outro dado a considerar é a relação entre o tempo apurado e o prazo máximo previsto para o procedimento sumaríssimo no Código de Processo Civil (art. 281), que é o de 90 (noventa) dias, ou 3 (três) meses, o que revela a distância entre a realidade prática e o **dever ser legal**.

Na verdade, quando se especializou aquelas oito Varas em procedimento sumaríssimo, não se o fez com base em adequada avaliação da quantidade de feitos a considerar. Os feitos ordinários correspondiam realmente a cerca de 40.0% dos sumaríssimos, porém a eles foram destinadas 14 Varas Cíveis, perto do dobro das reservadas à especialização.

Tal fato desequilibrou a prestação jurisdicional, tornando-a mais lenta, quanto aos sumaríssimos, do que provavelmente ocorreria se elas não ficassem congestionadas de processos.

O tempo de duração média foi de 358 dias para o total de processos de procedimento sumaríssimo e de 404 dias para os de procedimento ordinário.

(2) Tempo decorrido entre o recebimento dos autos do Tribunal de segundo grau e a publicação do acórdão referente ao último recurso, na justiça estadual.

Trata-se de intervalo complementar ao primeiro, para uma visão de conjunto da duração dos feitos que tramitam até o segundo grau.

Aqui os dados são estes, quanto aos sumaríssimos:

Tempo (meses/anos)	N./Processo	%/ Processo
Menos de 3 meses	81	30.2%
De 3m a 1 ano	163	60.8%
De 1 a 2 anos	21	7.8%
Mais de 2 anos	3	1.1%
Total	268	100.00%
Média em dias	184	
Média em meses	6 meses e 4 dias	

E quanto aos ordinários:

Tempo (meses/anos)	N./Processo	%/ Processo
Menos de 3 meses	21	17.6%
De 3m a 1 ano	76	63.9%
De 1 a 2 anos	19	16.0%
De 2 a 3 anos	2	1.7%
Mais de 3 anos	1	0.8%
Total	119	100.00%
Média em dias	247	
Média em meses	8	

Como se vê, no prazo de 3 meses, foram julgados e tiveram os acórdãos publicados 30.2% de sumaríssimos e 17.6% de feitos ordinários, o que representa muito maior celeridade daqueles. Se computarmos o prazo de um ano, ou 12 meses, teremos 91% dos feitos sumaríssimos e 81.5% dos ordinários, em que se reduz a margem entre os dois ritos, mas se mantém a maior ligeireza dos sumaríssimos.

Observa-se, ainda, que, no prazo de 2 anos, 98.8% dos sumaríssimos tiveram os seus acórdãos finais publicados, contra o percentual de 96.5% dos ordinários, virtualmente igual a duração.

O tempo de duração média, dos processos investigados, foi de 184 dias para os sumaríssimos e de 247 dias para os ordinários.

(3) Tempo decorrido entre o ajuizamento e a publicação do acórdão do último recurso da Justiça estadual.

Entre os processos que foram objeto de recurso, o tempo médio aqui representa sua duração total no âmbito do Judiciário estadual.

Temos, então, nesses processos, que são em número menor do que aqueles que transitaram somente até a sentença do primeiro grau (275 contra 893 ou 30.8%, no sumaríssimo, e 126 contra 448 ordinários, ou 28.1%), os dados seguintes:

Quanto aos sumaríssimos –

Tempo (anos)	N./Processo	%/ Processo
Menos de 1 ano	47	17.1%
De 1 a 2 anos	121	44.0%
De 2 a 3 anos	67	24.4%
Mais de 3 anos	40	14.5%
Total	275	100.00%
Média em dias	705	
Média em meses	23 meses e 15 dias	

E quanto aos ordinários –

Tempo (anos)	N./Processo	%/ Processo
Menos de 1 ano	15	11.9%
De 1 a 2 anos	65	51.6%
De 2 a 3 anos	28	22.2%
3 anos ou mais	18	14.3%
Total	126	100.00%
Média em dias	757	
Média em meses	25	

A percentagem dos feitos julgados em apenas um ano, cai drasticamente a 17.7% nos sumaríssimos e 11.9% nos ordinários; e, em 2 anos, a 61.1% e 63.5%, respectivamente. A aparente inversão (nos dois primeiros tempos de duração, em primeira e segunda instâncias separados, a soma seria maior para os sumaríssimos que para os ordinários) deve ser atribuída a uma duração maior, nos ordinários, do interregno entre a prolação da sentença e o recebimento do feito, no Tribunal de segundo grau.

O tempo de duração média total foi de 705 dias para os sumaríssimos e 757 dias para os ordinários, o que restabelece, no particular, o padrão de maior rapidez dos sumaríssimos, o que se deve à influência, na média, dos feitos que duraram de 2 anos para cima.

(4) Do ajuizamento ao despacho inicial.

Começa aqui a análise das diversas durações parciais dos processos, depois do exame dos principais dados globalizantes. Desde logo,

examine-se o tempo decorrido entre o ajuizamento e o despacho inicial do juiz.

Os dados referentes aos ritos sumaríssimo e ordinário, respectivamente, são:

Tempo (dias)	N./Processo	%/ Processo
Menos de 5 dias	905	81.0%
Mais de 5 dias	212	19.0%
Total	1117	100.00%
Média em dias	39	

Tempo (dias)	N./Processo	%/ Processo
Menos de 5 dias	365	81.5%
Mais de 5 dias	83	18.5%
Total	448	100.00%
Média em dias	13	

É interessante notar que há virtual igualdade, no particular, de sumaríssimos e ordinários. Para efeito de indagação, cuidou-se apenas de duas hipóteses: Menos de 5 dias e mais de 5 dias. Por que 5 dias? Porque é o tempo “razoável” no caso, considerando eventual hora tardia de ajuizamento, pagamento de taxa, distribuição, remessa dos autos e conclusão ao Juiz.

Os sumaríssimos foram levados a despacho inicial nos 5 dias em 81.0% dos casos, contra 81.5% dos ordinários. Empate, para todos os efeitos práticos. Os feitos que excederam os 5 dias, porém, apresentam uma anomalia: o tempo médio, que foi de 39 dias para sumaríssimos, e apenas 13 dias para ordinários. Isso parece indicar uma incidência muito grande de hesitação no “preparo” dos sumaríssimos, talvez na expectativa de composições preliminares, mas não há elementos para afirmá-lo. Algo no limiar dos sumaríssimos, não levados à “conclusão” do juiz nos primeiros 5 dias, atuou no sentido de algumas demoras excepcionais, capazes de influir tanto no tempo médio.

(5) Do despacho inicial à citação.

Estes são os dados:

Sumaríssimos

Tempo (dias/meses)	N./Processo	%/ Processo
Menos de 7 dias	48	5.2%
De 7 a 15 dias	40	4.3%
De 15 a 30 dias	134	14.5%
De 1 mês a 2 meses	270	29.1%
Mais de 2 meses	430	46.4%
Total	927	100.00%
Média em dias	105	
Média em meses	3 meses e meio	

Ordinários

Tempo (dias/meses)	N./Processo	%/ Processo
Menos de 7 dias	34	8.9%
De 7 a 15 dias	55	14.5%
De 15 a 30 dias	95	25.0%
30 dias ou mais	196	51.6%
Total	380	100.00%
Média em dias	79	
Média em meses	3	

É curioso notar que, nos primeiros 7 dias, os procedimentos ordinários prevalecem contra os sumaríssimos (8.9% X 5.2%). Foram escolhidos 7 dias para a primeira alternativa, tendo em vista os seguintes passos do processo, após o despacho inicial: autuação, registros, emissão de mandado, entrega ao oficial de Justiça, diligência citatória.

É surpreendente a grande lentidão da citação, nos sumaríssimos, pois, 46.4% (430) deles levaram mais de dois meses para o ato, quando o prazo legal para todo o processamento é de (3) três meses. Presume-se que isso decorre do sistema de funcionamento cartorário e de recolhimento das custas judiciais.

O tempo excedente de 15 dias, aliás, apresenta 90% nos sumaríssimos e apenas 76.6% nos ordinários, o que constitui também uma anomalia, se considerados os dois ritos.

No que respeita às modalidades de citação, encontramos os seguintes dados:

Procedimento sumaríssimo

Modalidades de citação	N./processos	%/Processos
Citações por mandado	1.053	94.2%
Citações por edital	27	2.4%
Citações por precatória	38	3.4%
Total de citações	1.118	100.0%

Procedimento ordinário

Modalidades de citação	N./processos	%/Processos
Citações por mandado	479	90.5%
Citações por precatória	19	3.6%
Citações por rogatória	4	0.8%
Citações por edital	27	5.1%
Total de citações	529	100.0%

Ora, se das 90.5% das citações nos feitos ordinários e 94.0% nos sumaríssimos foram por mandado, é pertinente concluir que o percentual de citações feitas até 15 dias do despacho inicial deveria atingir muito mais que os 23.4% e os 9.5% constatados.

Acrescente-se que o tempo médio para as citações foi de 79 dias nos ordinários e de 105 dias nos sumaríssimos, o que se ajusta à suposição feita linhas acima.

É, além disso, alarmante o fato de que a citação foi feita mais de 30 dias após o despacho inicial, em 51.6%, para os feitos ordinários, e mais de 2 meses após o mesmo despacho, em 46.4%, para os sumaríssimos, o que caracteriza a existência de um "estrangulamento" na marcha dos processos, já nessa fase inicial.

(6) Da citação à juntada do mandado cumprido.

A juntada do mandado é o que se denominou, no questionário, de seu “cumprimento integral”. O intervalo entre a citação e a “juntada” só foi apurado quanto ao procedimento ordinário, que é quando a informação é relevante.

Tempo (dias/meses)	N./Processo	%/ Processo
Menos de 7 dias	242	65.6%
De 7 a 15 dias	52	14.1%
De 15 a 30 dias	23	6.2%
30 dias ou mais	52	14.1%
Total	369	100.00%
Média em dias	21	
Média em meses	1	

No procedimento sumaríssimo, em que já se cita com intimação para a audiência, esse dado não tem tanta importância, daí a sua ausência.

A “juntada”, como se vê, em 65.6% dos casos foi feita dentro de 7 dias da citação. Em princípio, espera-se que, feita a citação, a juntada aos autos do mandado cumprido se faça em 24 horas. Ocorre, porém, que algumas citações são feitas nas sextas-feiras, o que por si só faz com que, na melhor das hipóteses, a “juntada” só seja feita na segunda-feira, 3 dias após. Por outro lado, os oficiais de justiça costumam aguardar o recebimento das custas da diligência citatória antes de recolher o mandado aos autos, o que, embora censurável, é da praxe.

O tempo médio observado para esse item foi de 21 dias, o que significa que, nos casos de juntada após 30 dias, ocorreram alguns com intervalo muito maior.

(7) Da juntada do mandado ao saneador.

Trata-se, evidentemente, de outro quesito que só se refere ao procedimento ordinário.

A maior incidência (37.2%) foi do período entre um e três meses, seguido de perto do entre 3 e 6 meses (30.1%). Até um máximo de seis

meses, após a citação, foram saneados 77.7% dos processos ordinários, o que deixa inconfortáveis 22.3% com prazo superior a 6 meses.

O tempo médio foi de 140 dias.

Eis os dados:

Tempo (dias/meses)	N./Processo	%/ Processo
Menos de 1 mês	19	10.4%
De 1 a 3 meses	68	37.2%
De 3 a 6 meses	55	30.1%
De 6 meses a 1 ano	29	15.8%
Mais de 1 ano	12	6.6%
Total	183	100.00%
Média em dias	140	
Média em meses	5	

Observe-se que o prazo para defesa, contado a partir da juntada do mandado, é de 15 dias (arts. 241 e 297 do CPC) o que, considerada a prática da réplica e da especificação de provas, faz com que se torne difícil sanear o feito em menos de um mês. Acrescente-se que essa fase, é o momento de reconvenções, intervenção de terceiros, exceções e deslocamentos de processos no primeiro grau de jurisdição.

(8) Da juntada do mandado ao julgamento antecipado da lide.

Outro caso exclusivo do rito ordinário, por motivos óbvios. Os dados apurados são estes:

Tempo (dias/meses)	N./Processo	%/ Processo
Menos de 1 mês	5	5.6%
De 1 a 3 meses	30	33.3%
De 3 a 6 meses	32	35.6%
De 6 meses a 1 ano	13	14.4%
Mais de 1 ano	10	11.1%
Total	90	100.00%
Média em dias	182	
Média em meses	6	

Pela sistemática do rito ordinário, é natural que o tempo despendido aqui seja mais que o do item anterior. É que o saneador ainda pode determinar a prática de atos para tornar o feito “maduro” para a audiência, quando se trate disso, ao passo que o julgamento antecipado exige aquela “maturidade”, o que só se consegue após certas diligências.

Os dados neste item são parecidos com os do anterior, mostrando que, até 6 meses, foram realizados 74.5% dos julgamentos antecipados e que o tempo médio, no caso, foi de 182 dias, o que confirma aquela suposição. Todos os incidentes já mencionados, que anteccedem o saneador, também anteccedem o julgamento antecipado da lide, embora neste caso sejam menos comuns.

(9) Do compromisso do perito até a apresentação do laudo.

Voltamos a um item comum aos dois procedimentos. Os dados seguem-se, quanto aos sumaríssimos:

Tempo (dias/meses)	N./Processo	%/ Processo
Menos de 1 mês	9	11.7%
De 1 a 3 meses	28	36.4%
De 3 a 6 meses	27	35.1%
De 6 meses a 1 ano	11	14.3%
Mais de 1 ano	2	2.6%
Total	77	100.00%
Média em dias	127	
Média em meses	4 meses e 7 dias	

Quanto aos ordinários:

Tempo (dias/meses)	N./Processo	%/ Processo
Menos de 1 mês	4	9.3%
De 1 a 3 meses	11	25.6%
De 3 a 6 meses	10	23.3%
De 6 meses a 1 ano	7	16.3%
Mais de 1 ano	11	25.6%
Total	43	100.00%
Média em dias	241	
Média em meses	8	

Dada a natureza do procedimento simplificado, era de se esperar que o número relativo de feitos com perícia ficasse muito menor nos sumaríssimos do que nos ordinários. Isso ocorreu, efetivamente. Como se vê acima, de um total de processos sumaríssimos de 1.120, apenas em 43 houve perícia, o que representa 3.8%, ao passo que, dos 452 ordinários, 77 tiveram perícia, ou 17.0%.

É interessante observar que, entre os sumaríssimos, a esmagadora maioria dos laudos veio aos autos de 1 a 6 meses incompletos, com 71.5%, ao passo que, nos feitos ordinários isso aconteceu em 48.9% dos casos e houve um volume elevado de laudos que só foram apresentados mais de um ano depois do compromisso, representando 25.6%, contra apenas 2.6% nos sumaríssimos. Sabe-se, na verdade, que as perícias nos feitos ordinários costumam ser mais complexas e, portanto, mais demoradas que as dos sumaríssimos.

O tempo médio foi, nos sumaríssimos, de 127 dias e, nos ordinários, de 241 dias.

(10) Da última citação à audiência de instrução e julgamento.

Este item foi apurado apenas nos feitos sumaríssimos, em que a citação já inclui a intimação para audiência. Os dados são:

Tempo (dias/meses)	N./Processo	%/ Processo
Menos de 1 mês	175	25.3%
De 1 a 6 meses	316	45.7%
De 6 meses a 1 ano	103	14.9%
Mais de 1 ano	97	14.0%
Total	691	100.00%
Média em dias	177	
Média em meses	5 meses e 27 dias	

Com menos de um mês apuraram-se 25.3%, ou 175 processos, e dentro de 6 meses encontrou-se a percentagem de 71%, no total de 491 feitos. Cerca de 29% dos processos excederam esse limite.

(11) Do saneador à audiência.

Voltamos a um item exclusivo dos feitos ordinários. Os dados que se apuraram:

Tempo (dias/meses)	N./Processo	%/ Processo
Menos de 1 mês	12	8.6%
De 1 a 6 meses	81	57.9%
De 6 meses a 1 ano	26	18.6%
Mais de 1 ano	21	15.0%
Total	140	100.00%
Média em dias	196	
Média em meses	7	

Saneado o processo, a expectativa é de que a audiência de instrução e julgamento venha logo após, exceto nos casos em que o despacho saneador deva determinar ainda diligências, que podem incluir, e de fato frequentemente incluem, perícias, suspensão do processo. A verdade é que reduzidos 8.6% dos casos tiveram a audiência em menos de 1 mês, e o total de 66.5% até 6 meses. O centro de gravidade é o período de 1 a menos de 6 meses, com 57.9%, mas nada menos de 33.6% só foram a julgamento após 6 meses.

O quadro fica mais nitido se atentarmos para o tempo médio, no caso, que é de 196 dias, superior portanto a 6 meses. A realidade das pautas lotadas de audiências e, portanto, as designações delas para meses e, em alguns casos (15%) para mais de um ano depois, fica assim evidente.

(12) Da audiência de instrução e julgamento à prolação da sentença

Este item mostra novamente um dado comum aos dois ritos. Nos processos sumaríssimos, temos:

Sentenças	N./Processo	%/ Processo
Proferidas no ato	352	51.2%
Menos de 1 mês	147	21.4%
De 1 a 3 meses	76	11.0%
De 3 a 6 meses	44	6.4%
De 6 meses a 1 ano	42	6.1%
Mais de 1 ano	27	3.9%
Total	688	100.00%
Média em dias	56	
Média em meses	1 mês e 26 dias	

Quanto aos ordinários:

Sentenças	N./Processo	%/ Processo
Menos de 1 mês	99	62.7%
De 1 a 3 meses	34	21.5%
De 3 a 6 meses	15	9.5%
De 6 meses a 1 ano	7	4.4%
Mais de 1 ano	3	1.9%
Total	158	100.00%
Média em dias	48	
Média em meses	2	

Na coleta de dados houve uma diferença importante. Após o processamento dos dados dos feitos ordinários, chegou-se à conclusão de que se deveria ter verificado a incidência de sentenças proferidas na própria audiência de instrução e julgamento, o que foi feito no processamento dos dados no procedimento sumaríssimo, em que nada menos de 352 processos (51.2%) tiveram a sentença naquele ato.

Até um máximo de 29 dias, foram elas 71.6% nos sumaríssimos e 62.7% nos ordinários, seguindo-se virtual identidade de percentagens nos demais períodos pesquisados. Note-se, porém, que nada menos de 3.9% dos feitos sumaríssimos tiveram sentença mais de um ano após a audiência.

Os prazos médios foram de 56 dias para os sumaríssimos, e 48 dias para os ordinários, o que é surpreendente, pois contrário ao que geralmente se espera.

Convém ainda notar que a lei estabelece o prazo de dez (10) dias para a prolação da sentença. Os dados levantados não esclarecem o ponto, mas é evidente que, nos totais de decisões dentro de um mês devem estar em maioria as proferidas nos 10 (dez) dias da lei, pois no caso dos sumaríssimos mais da metade teve a sentença no ato. O aprofundamento da investigação, quando do processamento de dados, poderia ter solucionado a dúvida.

(13) Da prolação da sentença à sua publicação.

São estes os dados para os sumaríssimos e, a seguir, para os ordinários:

Tempo	N./Processo	%/ Processo
Pub. em audiência	421	51.1%
Menos de 1 mês	384	46.6%
De 1 mês a 3 meses	11	1.3%
De 3 a 6 meses	2	2%
De 6 meses a 1 ano	3	4%
Mais de 1 ano	3	4%
Total	824	100.00%

Tempo	N./Processo	%/ Processo
Menos de 1 mês	311	93.4%
De 1 mês a 3 meses	20	6.0%
De 3 a 6 meses	0	-
De 6 meses a 1 ano	0	-
Mais de 1 ano	2	0.6%
Total	333	100.00%
Média em dias	183	
Média em meses	6	

Foram publicados, entre os sumaríssimos, 97.7% das sentenças no prazo de um mês, dos quais 51.1% na própria audiência de instrução e julgamento. E nos feitos ordinários o total é de 93.4%.

(14) Da interposição da apelação à remessa ao Tribunal

Dados sobre os sumaríssimos:

Tempo	N./Processo	%/ Processo
Menos de 1 mês	29	10.3%
De 1 mês a 2 meses	119	42.3%
De 2 a 3 meses	69	24.6%
De 3 a 6 meses	55	19.6%
Mais de 6 meses	9	3.2%
Total	281	100.00%
Média em dias	-	
Média em meses	-	

Dados sobre os ordinários:

Tempo	N./Processo	%/ Processo
Menos de 1 mês	16	11.8%
De 1 mês a 2 meses	61	44.9%
De 2 a 3 meses	35	25.7%
De 3 a 6 meses	20	14.7%
Mais de 6 meses	4	2.9%
Total	136	100.00%
Média em dias	89	
Média em meses	3	

Este é um item em que os dois ritos são praticamente iguais. O prazo de maior incidência é de um mês a menos de 2 meses, mas entre dois e três meses também demoram muitos processos para a remessa. O recebimento do recurso, a intimação do recorrido para arrazoar, o prazo para tais razões, os pagamentos de custas, o despacho determinando a remessa dos autos e o “preparo” cartorário respondem pelo fato. Vejam-se, a propósito, os prazos previstos nos artigos 508 e 519 do Código de Processo Civil.

(15) Da remessa dos autos, com recurso, ao seu recebimento no Tribunal

Os dados encontrados para o procedimento sumaríssimo e para o procedimento ordinário são os seguintes:

Tempo	N./Processo	%/ Processo
Menos de 7 dias	187	68.3%
De 7 a 15 dias	56	20.4%
De 15 a 30 dias	15	5.5%
Mais de 30 dias	16	5.8%
Total	274	100.00%
Média em dias	14	

Tempo	N./Processo	%/ Processo
Menos de 7 dias	76	58.9%
De 7 a 15 dias	33	25.6%
De 15 a 30 dias	16	12.4%
Mais de 30 dias	4	3.1%
Total	129	100.00%
Média em dias	7	
Média em meses	0	

A suposição razoável é a de que, em se tratando, no caso desta pesquisa, de Varas Cíveis da Comarca da Capital, os autos com recursos sejam recebidos no Tribunal de segundo grau, no máximo, em 48 ou 72 horas, 2 ou 3 dias portanto. O que se observa não é isso.

Entre os processos de procedimento sumaríssimo, 68.2% chegaram ao Tribunal em menos de 7 dias, enquanto entre os ordinários, a percentagem nesse prazo foi de 58.9%. Observe-se que 88.6% dos sumaríssimos e 84.5% dos ordinários chegam ao segundo grau em menos de 15 dias. É curioso notar que o tempo médio para os feitos ordinários (7 dias) é menor que para os sumaríssimos (14 dias).

Cabe ainda mencionar um fato: entre o despacho “subam” com que o Juiz remete os autos ao Tribunal e o efetivo cumprimento desse comando pode ocorrer um preparo com o despacho “preparados, subam”.

(16) Do recebimento da apelação, no Tribunal, ao seu julgamento.

Vejamos os dados colhidos para os sumaríssimos:

Tempo	N./Processo	%/ Processo
Menos de 1 mês	25	9.1%
De 1 a 3 meses	148	54.0%
De 3 a 6 meses	67	24.5%
De 6 meses a 1 ano	26	9.5%
Mais de 1 ano	8	2.9%
Total	274	100.00%
Média em dias	103	
Média em meses	3 meses e 13 dias	

E para os feitos ordinários:

Tempo	N./Processo	%/ Processo
Menos de 1 mês	4	3.1%
De 1 a 3 meses	51	40.2%
De 3 a 6 meses	42	33.1%
De 6 meses a 1 ano	20	15.7%
Mais de 1 ano	10	7.9%
Total	127	100.00%
Média em dias	146	
Média em meses	5	

É perceptível, desde logo, a maior celeridade dos julgamentos de apelações nos procedimentos sumaríssimos, em que não há revisor. Isso é observado no prazo de 1 mês, porém vem a se tornar mais evidente no período de 1 a 3 meses, quando 54.0% deles foram julgados, contra 40.2% dos ordinários. A relação é suavizada ligeiramente se considerarmos os julgamentos dentro de 6 meses (87.6% contra 76.4%). No prazo de 3 meses, 63.1% dos sumaríssimos e 43.3% dos ordinários foram julgados.

O tempo médio foi de 103 dias para os sumaríssimos e de 146 dias para os ordinários.

(17) Do julgamento da apelação à publicação do respectivo acórdão.

Neste item aparece muito nítida a maior celeridade dos sumaríssimos:

Tempo	N./Processo	%/ Processo
Menos de 1 mês	126	45.8%
De 1 a 2 meses	91	33.1%
De 2 a 3 meses	35	12.7%
De 3 a 6 meses	18	6.5%
Mais de 6 meses	5	1.8%
Total	275	100.00%
Média em dias	45	
Média em meses	1 mês e meio	

Os ordinários foram mais lentos:

Tempo	N./Processo	%/ Processo
Menos de 1 mês	73	56.2%
De 1 a 2 meses	35	26.9%
De 2 a 3 meses	12	9.2%
De 3 a 6 meses	8	6.2%
Mais de 6 meses	2	1.5%
Total	130	100.00%
Média em dias	39	
Média em meses	1	

Em menos de 1 mês foram publicados os acórdãos das apelações de sumaríssimos em 45.8%, contra apenas 11.8% dos ordinários. De 1 a 2 meses, foram 78.9% dos sumaríssimos e 56.7% dos ordinários e, em 3 meses, 91.6% daqueles e 72.4% destes. O que se observa é que, à absoluta supremacia dos sumaríssimos no primeiro mês, segue-se uma incidência maior de acórdãos dos ordinários entre 1 e 3 meses, 70.6% contra 55.8% dos sumaríssimos, o que parece não passar de uma curiosidade estatística.

Enquanto o prazo legal para a publicação é de 10 dias, a realidade nos mostra um tempo médio de 45 dias para os sumaríssimos e de 89 para os ordinários. Este é mais um exemplo da distância que vai das virtualidades do *dever ser* da dogmática, às realidades do *ser* da prática.

OUTROS DADOS RELEVANTES

INDAGAÇÕES REALIZADAS EM 1.120 PROCESSOS DE RITO SUMARÍSSIMO

Houve mais de uma citação? Em quantos processos?	122
Tipos de citação:	
Por mandado	1.053
Por edital	27
Por precatória	38
Total	1.118
Ocorreu revelia?	123
Nomeado Curador?	35
Houve intervenção de terceiros?	46
Tipos:	
Litisconsórcio superveniente	4
Oposição	2
Denúnciação da lide	39
Chamamento ao processo	1
Exceções de incompetência	27
Intervenção do Ministério Público	33
Houve perícia?	82
Houve agravo não retido?	14
Houve habilitação incidente?	1
Quantidade de intimações	194
Houve adiamento da AIJ?	166
Por falta de citação	38
Por falta de intimações	31
Necessidade de perícia	88
Outros motivos	9
Proc. Extintos sem julgamento do mérito	221
Tentativa de conciliação	493
Resultado positivo	285
Resultado negativo	208

Houve composição entre as partes	311
Renúncia ao direito	4
Reconhecimento	22
Transação	285
Deslocamento do processo	
No primeiro grau	16
No segundo grau	23
Recursos na sentença:	
Apelação	281
Embargos de Declaração	61
Recursos na Apelação:	
Embargos de Declaração	24
Embargos Infringentes	25
Processos sem sentença de 1º grau	227

INDAGAÇÕES REALIZADAS EM 452 PROCESSOS DE RITO ORDINÁRIO

Houve mais de uma citação? Em quantos processos?	63
Tipos de citação:	
Por mandado	479
Por edital	27
Por precatória	19
Por rogatória	4
Houve reconvenção?	17
Ocorreu revelia?	38
Nomeado Curador?	24
Houve extinção do processo em 1ª grau?	128
Houve perícia?	49
Houve intervenção de terceiros?	14
Tipos: Litisconsórcio superveniente?	3
Assistência	2
Denúnciação da lide	9
Exceções de incompetência	12
Intervenção do Ministério Público	15
Agravo não retido	13

Mais de 1 agravo	3
Habilitação incidente	3
Suspensão do processo	32
Para tentativa de acordo	16
Por outro motivo	16
Quantidade de intimações	167
Foi adiada audiência de julgamento	54
Por falta de citação	2
Por motivo de perícia	2
Por falta de intimações	5
Por outros motivos	45
Houve tentativa de conciliação	87
Resultado positivo	29
Resultado negativo	58
Processo extinto sem julgamento do mérito	39
Houve composição entre as partes	112
Reconhecimento	2
Transação	110
Deslocamento no 1º grau	12
Deslocamento no 2º grau	10
Recursos de sentença: Apelação	139
Embargos de Declaração	13
Recursos na Apelação: Embargos de Declaração	15
Embargos infringentes	7
Embargos de Declaração nos Embargos Infringentes	2
Processos sem sentença de 1º grau	91

6. CONCLUSÕES

É apropriado apontar aqui as limitações da pesquisa, e em especial dos dados levantados, as insuficiências e deficiências observadas na execução do projeto.

Reitere-se que a pesquisa foi feita somente na Comarca da Capital, em Varas Cíveis. Incidiu portanto sobre processos cíveis e, entre eles, os de ritos ordinário e sumaríssimo. Não abrangeu, dessa maneira, outros tipos de procedimentos como ações possessórias, cautelares, e especiais em geral. Isso faz com que o material coletado na pesquisa tenha uma natureza *parcial*, no sentido geográfico e técnico. Mesmo assim, como amostra dos processos em geral, os dados são significativos, porque os feitos ordinários típicos e sumaríssimos são, de longe, a grande maioria dos processos cíveis.

Os dados levantados e constantes da análise, que foi feita também, sofrem limitações importantes. Não abrangem todos os possíveis passos dos feitos, até publicação do acórdão referente ao último recurso na Justiça estadual, porque alguns dos quesitos apresentaram resultados quantitativos tão pequenos, que tornaram irrelevante o procedimento estatístico.

Além disso, considerou-se que o cruzamento de dados apresentados, agora, poderia quase certamente demonstrar o óbvio, como por exemplo levar a concluir que os processos com perícia são mais lentos do que os que não a têm, ou que os feitos com citação inicial muito morosa estão entre os mais demorados. De fato, é evidente que qualquer lentidão excessiva numa fase processual tende a causar morosidade do feito em conjunto.

Está claro que o acompanhamento foi somente na Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Assim, os atos processuais que se desenvolvem, por exemplo, em seguida a recursos extraordinários para o Supremo Tribunal Federal, não estão abrangidos pelo material coletado.

Outra insuficiência aparente a apontar é o fato de que, no processamento feito, não se cruzaram os dados (como por exemplo, a presença de perícias nos processos que demoraram mais). Dificuldades práticas motivaram a lacuna. Num segundo tempo, porém, espera-se poder efetuar tais cruzamentos, que enriquecerão sobremodo a significação dos dados que a pesquisa apurou.

A um exame acurado, pode-se constatar a existência de algumas aparentes incongruências. São só aparentes. Os dados são congruentes, ou consistentes. Em alguns itens, é possível a existência de erros, porém estes situam-se certamente dentro da margem usual e estatística de 3%.

É bom chamar a atenção, ainda, para a “evasão” de feitos, *ab initio*. É que entre o ajuizamento do processo e o despacho inicial do Juiz, já aí, existe diferença no número de feitos (452 para 448 nos ordinários, 1.120 para 1.117 nos sumaríssimos). Isso mostra, desde logo, um fato recorrente

no restante dos atos processuais. São os feitos abandonados pelos autores. No caso, antes mesmo de irem ao Juiz pela primeira vez, já foram abandonados 3 sumaríssimos e 4 ações ordinárias. Sabe-se que acordos liminares, assim como distribuições indesejadas, influem nisso.

A primeira conclusão geral a se tirar é ligada aos três primeiros itens da análise de dados (1) Tempo decorrido entre o ajuizamento do feito e a prolação da sentença, (2) Tempo decorrido entre o recebimento dos autos no Tribunal de segundo grau e a publicação referente ao último recurso na Justiça estadual e (3) Tempo decorrido entre o ajuizamento e a publicação do mesmo acórdão.

Esses itens constituem os grandes agregados de dados, abrangendo a totalidade do tempo pesquisado e separadamente, o tempo gasto em primeira e em segunda instância.

Uma conclusão preliminar se impõe: é a de que os processos demoraram, em geral, muito menos do que aponta a voz corrente. Não que eles tenham sido completados com a rapidez desejável e até prevista nas leis. De qualquer maneira, porém, o fato de que cerca de 72% dos feitos sumaríssimos e 67% dos feitos ordinários receberam sentença em menos de um ano, é indicativo do fato.

Quanto ao tempo médio despendido, em 1º grau, foi de 358 dias para o total dos sumaríssimos pesquisados e de 404 dias para os processos ordinários, enquanto em 2º grau a demora foi, respectivamente, de 184 e 247 dias. Esses dados mostram que a duração média em 1º grau é muito maior do que em 2º, mas também evidenciam que a diferença entre sumaríssimos e ordinários é muito mais acentuada na instância superior e pouco mais que relevante no 1º grau. É claro que os procedimentos sumaríssimos foram muito mais lentos do que a expectativa, na primeira instância, o que pode ser decorrência do detalhe já apontado na análise, relativo ao congestionamento das Varas especializadas neste rito, durante alguns anos. A errônea previsão do fluxo de processos quando se tentou esta especialização, depois abandonada, provavelmente causou a lentidão.

No que tange à duração total dos feitos na Justiça estadual, constata-se que a maioria deles ficou no prazo de dois anos (61.1%) para os sumaríssimos e (63.5%) para os ordinários. Ocorre aqui uma aparente anomalia com o predomínio dos feitos ordinários. O total apurado também parece apontar para uma rapidez maior do que aquela geralmente afirmada, mas o de dois anos é seguramente longo para o normal processamento da

maioria das ações. É curioso notar que o tempo médio de duração total dos processos sumaríssimos foi apenas 10% menor que o dos ordinários (705 contra 757 dias). A constatação acentua a observação de que o procedimento sumaríssimo foi ineficaz, nas condições em que foi aplicado, para acelerar o julgamento das ações.

Das deficiências materiais e de recursos humanos do Judiciário do Estado resulta, certamente, como principal fator, o retardamento dos feitos judiciais. A circunstância de que esse retardamento não é tanto quanto se propaga, não nos tranquiliza a respeito do cumprimento das funções judicantes. Os dados levantados apontam, além disso, *praxis* tradicionais como causa de lentidão de alguns atos. Essas *praxis* ou práticas não estão previstas na lei processual, vilão habitual das declarações de observadores com pouco domínio da realidade. Na pesquisa, em verdade, não se verificou influência negativa das normas do Código de Processo Civil quanto à demora dos processos. Muito pelo contrário, em quase todos os atos parciais pesquisados foram excedidos os prazos legais, quando existentes. A “cobrança de preparos” antecipada em várias dessas oportunidades, além de irregular é causadora de lentidão (essa é uma das *praxis*).

Um dos aspectos visados na coleta de dados foi a possível identificação de “pontos de estrangulamento” no fluxo dos processos. Alguns deles foram verificados como a já apontada *excessiva demora no cumprimento do mandado citatório* em mais de metade dos procedimentos ordinários e quase metade dos procedimentos sumaríssimos; e o muito longo prazo na apresentação dos laudos periciais. A leitura dos dados levantados aponta outros desses “estrangulamentos”, como o adiamento de audiências de instrução e julgamento (em 166 ou 19.8% dos processos sumaríssimos e 54 ou 11.9% para os ordinários). Uma grande parte desses adiamentos decorre do pedido das partes ou de seus advogados, ou ainda, da falta de citações e intimações. Os pedidos de adiamento, aliás, são freqüentemente tentativas de acordo, mascarando uma causa de lentidão não imputável ao aparelho judicial. Aliás, coisa parecida ocorre no momento da citação, quando o autor da ação susta, muitas das vezes, a diligência. Isso mostra que, para a chamada morosidade da Justiça contribui, em grande parte, a inércia das partes ou de seus advogados ou interesses dos próprios litigantes que, amíúde, não desejam celeridade. ◆

COLABORARAM NESTE NÚMERO

Alfredo Calderale. 10

Celina Cardoso Neiva. 137

Felippe Augusto de Miranda Rosa. 162

Gabriel de Oliveira Zefiro, 95

Hamilton Carvalhido, 34

Joaquim Antonio de Vizeu Penalva Santos. 74

Jorge Alberto Romeiro Jr., 107

José Eduardo Nobre Matta. 119

Luiz Fux. 51

Luis Felipe Salomão. 62

Luiz Roberto Ayoub. 78

Luiz Roldão de Freitas Gomes. 42

Marco Antonio Ibrahim. 134

Rogério de Oliveira Souza. 140

Ronald Amaral Sharp Junior. 87

Willis Santiago Guerra Filho. 152