

ISSN 1415-4951
(versão impressa)

Revista da
EMERJ

Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro



Vol. 7 - Nº 25 - 2004



ISSN 1415-4951
(versão impressa)

REVISTA DA

EMERJ

v. 7 - n. 25 - 2004
Janeiro/Fevereiro/Março

Rio de Janeiro

© 2004, 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. Sergio Cavalieri Filho; Des. Wilson Marques; Des. Eduardo Sócrates Castanheira Sarmiento; Des. Jorge de Miranda Magalhães; Des. Luiz Roldão de Freitas Gomes; Min. Luiz Fux; Des. Letícia de Faria Sardas; Des. José Carlos Barbosa Moreira; Des. Décio Xavier Gama; Des. Jessé Torres Pereira Júnior.

Coordenador Editorial: Des. Décio Xavier Gama

Produção: Gráfico- Editorial da Assessoria de Publicações da EMERJ

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

Apoio Cultural: Banco do Brasil

Tiragem: 5.000 exemplares

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

Rio de Janeiro:

v.

Trimestral -

ISSN 1415-4951

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

Número Especial 2003. Anais dos Seminários EMERJ Debate o Novo Código Civil, parte I, fevereiro a junho 2002.

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

CDD 340.05

CDU 34(05)

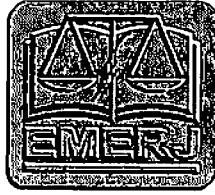
Todos os direitos reservados à

Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro - EMERJ

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

Telefones: (21) 2588-3400 / 2588-3471 / 2588-3376 - Fax: (21) 2533-4860

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



DIRETORIA DA EMERJ

Diretor-Geral

Des. Sergio Cavaliere Filho

Conselho Consultivo

Des. Celso Guedes

Des. Paulo Sérgio de Araújo e Silva Fabião

Des. Wilson Marques

Des. Sylvio Capanema de Souza

Des. Luiz Roldão de Freitas Gomes

Des^a. Leila Maria Carrilo Cavalcante R. Mariano

Presidente do Conselho de Conferencistas Eméritos

Des. José Joaquim da Fonseca Passos

Diretor de Estudos e Ensino

Des. Sidney Hartung Buarque

Coordenador Administrativo

Des. Décio Xavier Gama

Secretário Geral

Paulo Roberto Carvalho Targa

Chefe de Gabinete

Maria Alice da Cruz Marinho Vieira



EMERJ

Juízes do Estado do Rio de Janeiro na Academia Brasileira de Letras

A atividade intelectual dos juízes se manifesta, principalmente, através de seus julgamentos, por sentenças e acórdãos, quando a decisão da causa exige uma aperfeiçoada fundamentação para o esclarecimento do direito invocado pelas partes, à luz da norma legal. Mas o conhecimento profundo que adquirem, mercê de viva inteligência e dedicação, permite que alguns se revelem escritores nas letras jurídicas, em que se destacam com magníficas obras, sempre referidas na solução de controvérsias com temas sobre os quais têm palavra autorizada.

Contudo, também em outras formas de produção intelectual, fora da área jurídica, muitos magistrados têm revelado penhores para a literatura, sem prejuízo do exercício diário da função judicante. Em alguns casos, muitos eram escritores, poetas ou contistas, antes do ingresso na magistratura e outros se revelaram cultores das artes e das letras depois de integrados na carreira.

Por iniciativa da Associação dos Magistrados do Estado do Rio de Janeiro e do Instituto dos Magistrados, ou dos próprios Juízes, já se acham editadas obras em prosa ou em verso, lançadas em concorrida tarde de autógrafos.

Por ocasião de Exposições periódicas do MUSEU DA JUSTIÇA, situado no 3º andar do antigo Palácio da Justiça (Rua Dom Manoel, nº 29), fizeram parte do acervo exibido, os trabalhos literários de diversos magistrados. Na mostra especial com a denominação de "Magistrados em Prosa e em Verso", figuraram muitos livros e trabalhos literários de ilustres figuras do nosso quadro de primeira e segunda instâncias. Importantes referências são feitas no seio da classe dos juízes às obras, no campo da escultura, também ali exposta, do grande escultor e Desembargador Deocleciano de Oliveira, com razão denominado "O Escultor da Justiça".

Recentemente, o Museu da Justiça promoveu pesquisa e, numa outra exposição, em que reuniu informes sobre a vida e a obra de alguns magistrados acadêmicos do Estado, que chegaram a ser eleitos membros da Academia Brasileira de Letras. Foram eles Sylvio Romero, Juiz em Paraty; Graça Aranha, Juiz na cidade de Campos e depois, em Santa Leopoldina, Espírito Santo; Raymundo Corrêa, Juiz em Cantagalo; Ataúlfo de Paiva, Juiz na então Capital Federal (Rio de Janeiro) e, posteriormente, Ministro do Supremo Federal; Ademar Tavares, Juiz de Direito no Rio de Janeiro e Desembargador no Tribunal da Relação do Estado; Pontes de Miranda, Juiz de Vara de Órfãos e Sucessões, também da Capital e Desembargador do antigo Tribunal da Relação do Estado do Rio de Janeiro.

Décio Xavier Gama - Desembargador do TJ/RJ

SUMÁRIO

15

PROPRIEDADE DE FATO?

Luiz Roldão de Freitas Gomes - Desembargador do TJ/RJ - Presidente da Sétima Câmara Cível e Professor Titular de Direito Civil da Universidade Federal Fluminense.

O critério econômico para a vida útil de um bem. O desfrute econômico como fundamento para se proclamar a propriedade econômica. O contrato de "Leasing" pelo prazo daquela vida útil. Desse modo, teríamos duas propriedades: a jurídica do arrendador e a econômica do arrendatário. Seria cabível no Direito das Coisas, o conceito de domínio extravasar as relações econômico-financeiras? Clovis disse o que entendia como sendo a propriedade, mas preferiu não definir, na lei, aquele direito, como também não o fizeram o BGB e o Cód. Civ. Português. Controvérsias resolvidas pelas cortes feudais, sobre a posse de terra e bens móveis, dentro do mesmo sistema. No Direito brasileiro foram enunciados os poderes de propriedade (art. 524 e 1.228 do antigo e do novo Cód. Civ.) tal como no BGB. A definição de Lafayette R. Pereira. O voto do Des. Renato Maneschy na AP nº 2.874/87. Não há base para invocar o desfrute econômico do bem como fundamento, do direito de propriedade, cujos poderes são normativos no Direito brasileiro.

22

A CONSTITUIÇÃO DE 1988, A GLOBALIZAÇÃO E O FUTURO

Paulo Roberto Soares Mendonça – Procurador do Município do Rio de Janeiro e Doutor em Direito – Prof. Adjunto da PUC –Rio, UNI-Rio e do Mestrado em Direito da UNI – Cândido Mendes.

Introdução. 1) A Carta de 1988: um a promessa de democracia. 1.1. O Processo Constituinte. 1.2. Os embates ideológicos 1.3. A "Constituição cidadã" e os seus contrastes. 2) De 1988 a 2003: As mudanças no Mundo, no Brasil e a Constituição. 2.1 O impacto da "queda do muro" sobre a Constituição brasileira. 2.2. A Globalização e a estagnação econômica. 2.2.1 As Emendas Constitucionais nº 5, 6, 7, 8, 9, de 1995 e a mudança dos parâmetros econômicos de 1988. 2.2.2. As privatizações e a mudança do papel do Estado na economia. 2.2.3. O Brasil no cenário internacional. 2.3. A afirmação da democracia. 2.4. A outra face da moeda: as promessas não cumpridas. 2.4.1. O 65º IDH do Mundo. 2.4.2. A crise na segurança pública e o crime organizado: cidadania pela metade. 3) A Constituição de 1988 e o futuro quarenta Emendas depois. 3.1. A Globalização da ética e do "bem-estar". 3.2. Inclusão social: a construção de uma sociedade livre, justa e solidária. 3.3. Desenvolvimento sustentável: a saída para a crise. 3.4. Efetivação dos direitos fundamentais. 4. Conclusão.

A REFORMA PROCESSUAL DE 2002 – LIGEIRAS ANOTAÇÕES – LEI Nº 10.352, DE 26.12.2001. EMBARGOS INFRINGENTES.

43

Wilson Marques - Desembargador do TJ/RJ e Professor da EMERJ

Embargos Infringentes – Art. 530 - Cabimento. Embargos Infringentes contra acórdão que julgou Apelação. Embargos Infringentes contra acórdão que julgou Ação Rescisória. Embargos infringentes. Art. 531. Procedimento. Juízo de admissibilidade. Art. 533 e 534. Embargos Infringentes. Procedimento. Continuação.

INTERNET E RESPONSABILIDADE CIVIL

53

Semy Glanz Desembargador do TJ/RJ e Professor de Direito Civil

1. Conceitos. 2. Fundamentos. 2.1. Fundamentos da indicação do responsável. 3. Responsabilidade contratual e extracontratual. 4. A responsabilidade pelo fato das coisas. 5. A responsabilidade decorrente da Internet. 6. Dano Moral na Internet. 7. A nova proteção – o Código de Defesa do Consumidor. 7.1. Conceito legal de consumidor. 7.2. Conceito legal de fornecedor. 8. O Código do Consumidor abrange os negócios pela Internet.

A PROPRIEDADE, AS INVASÕES DE TERRAS E O PODER JUDICIÁRIO

66

Asclepiades Eudóxio Rodrigues – Desembargador do TJ/RJ

1. Notícias da propriedade no Brasil. 2. As invasões de terras, o MST e o PT. 3. Positividade e alternatividade do direito – garimpagem do direito justo.

NOVOS RUMOS DO DIREITO PENAL: OS TIPOS PENAIS E A INTERNET

77

Leticia de Faria Sardas – Desembargadora do TJ/RJ

I – Introdução. A sociedade formadora dos tipos penais. II - A ordem penal no século XXI. Fragmentariedade do direito penal. Descriminalização e neocriminalização. Fundamento para uma nova reflexão. III - A Internet. Notícias históricas. Importância no mundo moderno. Repercussão no campo jurídico. IV - Neocriminalização? Estudo de cases. Interpretação dos Tribunais. V - Conclusão.

O RENASCER DA NEUROCRIMINOLOGIA

96

Libórni Siqueira – Desembargador do TJ/RJ e Professor de Sociologia

Henrique Ferri, o criador da Sociologia Criminal e a trilogia do delito: a sua divisão dos criminosos em cinco categorias: nato, louco, habitual, ocasional e passional. Rui Barbosa (“Oração aos Moços”) e a profilaxia atual do crime. O Art. 12 da Exposição de Motivos do Cód. Penal e o Art. 13 do mesmo Código. As deformações genéticas e a

Escola Positiva. Os avanços da Neurologia e da Engenharia genética. Aplicação da neurocriminologia na anulação do testamento do banqueiro Amador Aguiar. A patologia genética dos irmãos necrófilos de Friburgo. Não se pode negar a existência do criminoso no contexto da biogênese, psicogênese e sociogênese e condená-lo com base no método jurídico apenas.

ALGUMAS REFLEXÕES SOBRE OS NOVOS RUMOS DO DIREITO

100

Felippe Augusto de Miranda Rosa – Desembargador do TJ/RJ e Sociólogo

I) A vigência efetiva dos chamados “Direitos do Homem”, como diversos documentos internacionais rotulam o quadro dos Direitos Humanos. Tema importante que surgiu após a 2ª Guerra Mundial. Afirmções de princípios e projetos como base da nova convivência entre os povos. Conferências internacionais sobre violação e desrespeito aos princípios garantidores dos direitos básicos adotados de que resultou um verdadeiro ideário mundial que se quis transformar em espécie de declaração universal. II) As divergências e dúvidas sobre a eficácia da norma tem como exemplo a discriminação de pessoas ou grupos. Qual é o grau de confiabilidade dos Direitos Humanos no tocante à discriminação racial? O conteúdo ideológico e o encontro em que se afirmam liberdades e direitos individuais. Ambiente adequado tem que ser democrático em sua essência. A liberdade de expressão é essencial. O respeito aos direitos humanos. III) O entendimento entre os povos e integração mundial no fenômeno da globalização. Ocorrência de uma crescente uniformidade internacional da ordem jurídica. Legislações que se interpenetram, mas há dificuldade do transplante de alguns princípios que exigem adaptações. Ficção de ontem, realidades novas depois. IV) Fenômenos semelhantes, que também exigem respeito, acontecem quanto a outros tipos de regulações normativas como os chamados direitos difusos e no Direito Ambiental. A controvérsia na adoção do Protocolo de Kioto. O problema da água essencial à vida humana e o caso dos alimentos geneticamente modificados.

RÉQUIEM PARA O SIGILO NO INQUÉRITO POLICIAL

112

Sergio Demoro Hamilton - Procurador de Justiça aposentado e Professor Universitário

A Lei nº 4.215 de 27/4/63 (art. 89, inc. XV) já assegurava ao advogado o direito de examinar amplamente o inquérito policial e a estranheza manifestada, na ocasião, pelo autor (**Revista de Direito da Procura-**

doria-Geral de Justiça, nº 1, 1975, p. 28 e segs.). Deixou, então de existir o sigilo do inquérito. A forma equivocada do art. 20 do CPP quanto ao sigilo a critério da autoridade policial. O novo Estatuto da Advocacia e da OAB de 1994 (art. 7º) volta a suprimir o sigilo do inquérito para advogado. A opinião de Tornaghi e o art 5º, inc. LV da C.F./88 refere-se a processo e não a inquérito. O art. 14 do CPP e as diligências requeridas pelo indiciado. É óbvio que o inquérito não é peça instrutória, por não ter o crivo do contraditório, mas um procedimento administrativo peculiar com caráter inquisitivo. Sugestão para nova redação do art. 20 do Código de Processo Penal.

DIREITO INDIVIDUAL HOMOGÊNEO. UMA LEITURA E RELEITURA DO TEMA

Humberto Dalla Bernardina de Pinho – Promotor de Justiça no Estado do Rio de Janeiro, Professor da EMERJ e da UERJ.

O art. 81 (inc. III § único) do CDC em cotejo com a teoria geral do direito civil e as modernas tendências do direito civil constitucional. Natureza jurídica do direito individual homogêneo. A faculdade jurídica, o interesse, a pretensão, o direito potestativo e o direito subjetivo. A origem comum como definição defeituosa do CDC. Do direito subjetivo individual complexo e o direito subjetivo coletivo não se pode dizer como sendo direito público ou privado. Assim, o direito individual homogêneo mais se afina com o direito subjetivo, tanto mais que pode ser deduzido em juízo. É um direito divisível, não obstante o que dispõe o inc. III do art. 81.

RESPONSABILIDADE CIVIL DOS ADMINISTRADORES DE INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS

Maurício Moreira Mendonça de Menezes - Professor da Faculdade de Direito da UERJ (Pós-Graduação Lato Sensu) e Expositor na EMERJ

1. Introdução. 2. O regime jurídico especial das instituições financeiras. 3. Responsabilidade dos administradores de instituições: primeiras considerações. 3.1. Evolução histórica. 3.2. Posições da Doutrina. 4. Breves comentários acerca da evolução da responsabilidade civil. 5. Panorama atual das responsabilidades do administrador de instituição financeira. 6. Conclusão.

DA DISPENSA DE LICITAÇÃO NA CONTRATAÇÃO DE ÓRGÃO OU ENTIDADE EXPLORADORA DE ATIVIDADE ECONÔMICA

Eduardo Azeredo Rodrigues - Procurador do Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro – Advogado e Professor da Universidade Salgado de Oliveira (Universo)

1. Introdução.
2. Impossibilidade de Aplicação do art. 24, VIII, da Lei nº 8.666/93 às contratações que envolvam diferentes esferas federativas.
3. Conclusão.

OS JUIZADOS ESPECIAIS CÍVEIS: ENFRENTAMENTOS E A SUA REAL EFETIVIDADE COM A CONSTRUÇÃO DA CIDADANIA

168

Eduardo Oberg – Juiz de Direito Titular do IV Juizado Especial Cível do TJ/RJ e Professor da EMERJ e da PUC/RJ.

- 1) À Guisa de Introdução.
- 2) Principiologia a ser prestigiada.
- 3) Em torno da competência em sede de juizados especiais.
- 4) As partes e sua Representação.
- 5) O Pedido.
- 6) O aproveitamento dos atos processuais, as citações e as intimações.
- 7) As provas e o ônus probatório.
- 8) A resposta do réu.
- 9) A sentença.
- 10) A limitação dos recursos existentes nos Juizados Cíveis.
- 11) As formas de execução.
- 12) Os ônus sucumbenciais.
- 13) A construção incisiva da cidadania nos Juizados Especiais Cíveis.

CONFISSÃO DE DÍVIDA TRIBUTÁRIA

200

José Jayme de Macêdo Oliveira - Advogado e Professor da EMERJ

O pedido de parcelamento de débitos como confissão da dívida. Legislação nesse sentido (Dec. Lei nº 5/75, art.230). Três razões em sentido contrário: renúncia (forma de extinção de um direito), reconhecimento (instituto tipicamente processual) e a confissão (meio de comprovação judicial da admissão de um fato ou da prova de ter ocorrido um evento). A confissão determinada por um erro de direito não supre a falta de causa jurídica que a justifique. Possibilidade da prova do erro elidindo os efeitos da confissão. A Jurisprudência do TFR que admite retratação da confissão (AC 48.112/SP, Rel. Carlos Mário da S.Veloso e AC 38.113/PR, Rel. Moacir Catunda). RE STF N° 2.927/SP. Rel. Moreira Alves.

DENUNCIÇÃO DA LIDE NAS AÇÕES DE RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO

205

Alessandra de Souza Araújo – Ex-Delegada de Polícia. Defensora Pública no Estado Rio de Janeiro e Professora da Escola Superior da Defensoria Pública.

Responsabilidade objetiva do Estado, com direito de ressarcimento pelo verdadeiro causador do dano (servidor público ou não), em ação regressiva. A denúncia da lide ao causador do dano, não obrigatória, prevista no Código como forma de intervenção de terceiros. O Estado como único réu na ação. Divergência doutrinária quanto à possibi-

lidade de haver essa denúncia pelo Estado. Admissão da assistência voluntária por parte do agente. Denúncia da lide pelo Estado quando pretende provar o dolo do agente que o levaria à condenação. Posição híbrida e a minoritária.

REDUÇÃO DA MAIORIDADE PENAL: SOLUÇÃO?

215

Wagner Cinelli de Paula Freitas. Juiz de Direito do TJ/RJ – Mestre em Política Criminal pela London School of Economics and Political Science

Myrian Sepúlveda dos Santos - Professora de Sociologia do Departamento de Ciências Sociais da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, PhD em Sociologia pela New School for Social Research (NY)

A violência que parece não encontrar limites. A revolta e a indignação, na procura de medidas que garantam a segurança contra a violência, fazem surgir a proposta de redução da maioridade penal. Solução, no entanto, que parece ilusória. O tratamento sensacionalista do problema pela Imprensa. A ineficácia de tal medida no combate ao crime e a injustiça da prisão de adolescentes com riscos de serem eles recrutados pelo crime organizado. Os argumentos dos que defendem a redução da maioridade penal. A lei para os crimes hediondos (1990) não fez reduzir o número dos crimes de extorsão mediante seqüestro. Prisões desaparelhadas, mesmo em países desenvolvidos. Superlotação penitenciária. A impunidade e a delinqüência infantil. A reforma legislativa não leva à reforma social.

A INCIDÊNCIA DA LEI Nº 10.259/2001 NO JUIZADO ESPECIAL CRIMINAL ESTADUAL

220

Cláudio Calo Sousa – Promotor de Justiça e Professor da EMERJ

Com o advento da Lei nº 10.259, de 12/7/2001, que instituiu os Juizados Especiais Cíveis e Criminais no âmbito da Justiça Federal, deve-se concluir que foi ampliado o conceito de infração penal de menor potencial ofensivo, devendo o novo conceito ser estendido à esfera estadual, sob pena de se violar o princípio constitucional da isonomia e o princípio da razoabilidade, excepcionalmente os delitos para os quais haja previsão de rito especial, face ao disposto no artigo 1º do referido diploma legal, que admitiu a aplicação da ressalva prevista no art.61, da Lei nº 9.099/95 à esfera Federal.

ASPECTOS MODERNOS DA TEORIA DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA

229

Marcio Souza Guimarães – Promotor no Estado do Rio de Janeiro, Professor da FGV e da EMERJ

Introdução. 1. A *disregard doctrine*. 1.1. Origem. 1.2 Pressuposto. 1.3. Requisitos. 1.3.1. Teoria Menor. 1.3.2. Teoria Maior. 1.4. Efeitos. 2. Formas de efetivação. 2.1. Desconsideração direta. 2.2. Desconsideração Incidental 2.3. Desconsideração "inversa". 2. 4. Desconsideração indireta. Conclusões.

244

AS FILHAS DAS ESTRELAS EM BUSCA DO ARTIGO PERDIDO

Luiz Edson Fachin - Professor Titular da Faculdade de Direito da UFPR

(METÁFORA PARA A RUA DO 10.406) Surgimento e construção do projeto do novo Código Civil. Longo processo de elaboração legislativa. A idéia propriamente de 1969, com pedra fundamental em 1975, salvo o trabalho de alguns "arquitetos" de 1960 e da tentativa de 1943. As alterações sensíveis, especialmente no Direito de Família, em busca das quais saíram-se emotivos os de maior e justificado interesse em busca de números como: 1.603, 1.605, 1.616 e 1.596 e finalmente do número 1.593.

O PRINCÍPIO DA VULNERABILIDADE: FUNDAMENTO DA PROTEÇÃO JURÍDICA DO CONSUMIDOR

248

José Ozório de Souza Bitencourt – Professor de Direito do Consumidor

1. Considerações iniciais. 2. A Defesa do Consumidor no Direito Brasileiro. 3. O Princípio da vulnerabilidade do Consumidor. 3.1) O Princípio da vulnerabilidade na legislação. 3.2. Publicidade e inversão do ônus da prova. 3.3 Aplicação do Princípio da Vulnerabilidade pelo Judiciário. 4. Conclusão.

CORRUPÇÃO TRANSNACIONAL

266

Paulo César Corrêa Borges – Promotor de Justiça – Professor de Direito Penal da UNESP

A Lei n ° 10.467 de 11.6. 2002 (art. 337-B, 337-C e 337-D) e os crimes praticados por particular contra administração pública estrangeira. A Convenção Interamericana de Combate à Corrupção. Os novos dispositivos previstos no Código Penal, segundo seu art. 7º, inc. II letras "a" e "b". Hipótese de excepcional extraterritorialidade condicionada. A tipificação dos crimes de corrupção e tráfico de influência, contra a administração pública estrangeira para permitir a extradição.

A POLITIZAÇÃO DO JUDICIÁRIO E MARKETING INSTITUCIONAL

269

Luis Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho. Juiz de Direito do TJ/RJ. Coordenador de Direito Processual Penal da EMERJ e Coordenador de Mestrado em Direito da Universidade Estácio de Sá.

I. Introdução. II. Ativismo e Politização do Poder Judiciário. III. Marketing Institucional como Exigência da Sociedade Moderna. IV. Conclusão.

CONTRATOS DE ADESÃO: LIMITE DE JUSTIÇA DO DIREITO

277

Maria Cristina de Brito Lima. Juíza de Direito do TJ/RJ. Mestre em Direito pela UGF. Doutoranda pela Universidade de Lisboa.

1. Importância e atualidade do tema. Fontes. 2. Contratos de adesão: Um momento inicial. 2.1 Cláusulas contratuais gerais. 2.2 Necessidade conformada. 3. Regime brasileiro dos Contratos de Adesão. 3.1 Contratos de Adesão no Código do Consumidor. 3.2 Contratos de Adesão no Código Civil. Cláusulas Abusivas. 4. Riscos da contratação com base nos Contratos de Adesão. 5. O Princípio da Justiça Contratual: O controle do conteúdo nos Contratos de Adesão. 5.1 Meios de controle. 5.2 Controle judicial concreto. 5.2.1 Na formação dos Contratos: Efeitos. 5.2.1.1 Recurso a critérios formais: a boa-fé. 5.2.1.2 Outros recursos. 5.2.2 Na Alteração das circunstâncias. 5.2.2.1 Da Revisão. 5.2.2.2 Da Resolução. 5.3 Controle Judicial Abstrato. 6. Reflexões Conclusivas

COLABORARAM NESTE NÚMERO

Alessandra de Souza Araújo, 205
Asclepiades Eudócio Rodrigues, 66
Cláudio Calo Sousa, 220
Eduardo Azeredo Rodrigues, 159
Eduardo Oberg, 168
Felippe Augusto de Miranda Rosa, 100
Humberto Dalla Bernardina de Pinho, 123
José Jayme de Macêdo Oliveira, 200
José Ozório de Souza Bitencourt, 248
Letícia de Faria Sardas, 77
Libórni Siqueira, 96
Luis Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho, 269
Luiz Edson Fachin, 244
Luiz Roldão de Freitas Gomes, 15
Márcio Souza Guimarães, 229
Maria Cristina de Brito Lima, 277
Maurício Moreira Mendonça de Menezes, 137
Myrian Sepúlveda dos Santos, 215
Paulo César Corrêa Borges, 266
Paulo Roberto Soares Mendonça, 22
Semy Glanz, 53
Sergio Demoro Hamilton, 112
Wagner Cinelli de Paula Freitas, 215
Wilson Marques, 43

Propriedade de Fato?

LUIZ ROLDÃO DE FREITAS GOMES*

Desembargador do TJ/RJ. Presidente da 7ª Câmara Cível - Professor Titular de Direito Civil na Universidade Federal Fluminense

1. Invoca-se hoje o chamado desfrute econômico da coisa como fundamento para proclamar-se a propriedade econômica.

Em primorosa conferência, "Tendências Atuais do *Leasing* no Direito Europeu", pronunciada no antigo Tribunal de Alçada Cível, o eminente Civilista luso, Professor Diogo Leite de Campos¹ explana que a vida útil do bem é um critério econômico, tanto que, normalmente, usaram-se os critérios estabelecidos na lei tributária. Daí que o *leasing* é contratado pelo prazo daquela vida útil, para evitar a obsolescência do bem, passando a conferir verdadeira propriedade econômica ao arrendatário, com ônus do domínio, tributação, transferência etc.

A entender-se deste modo, haveria duas propriedades: a jurídica, do arrendador, e outra, econômica, do arrendatário.

Esta idéia acabaria por extravasar as relações econômico-financeiras e passaria a informar o conceito de domínio.

Seria cabível no Direito das Coisas? Mister se faz, primeiro, examinar o conceito de propriedade em nosso Direito. TEIXEIRA DE FREITAS, em Esboço do Código Civil, conceituava o domínio (direito de propriedade sobre coisas) do seguinte modo: "é o direito real, perpétuo ou temporário, de uma só pessoa sobre uma coisa própria (art. 3.704, n. 1), móvel ou imóvel (arts. 378 a 410), com todos os direitos sobre sua substância e utilidade, ou somente sobre sua substância, ou somente sobre sua substância com alguns sobre sua utilidade".

CLÓVIS BEVILÁQUA, em seus *sapientes Comentários ao Código Civil* de 1916², que o redigiu sob a influência, em matéria de Direito das Coisas, das concepções abrigadas no BGB, esclarece: "A propriedade, con-

* À Nossa Senhora de Fátima, em permanente devoção. À minha família (Maria Cristina, Lívia Maria, Luiz Roldão Filho, Paulo Valério, Beatriz e Maria Luíza). Aos funcionários da Home Care CUIDAR e às minhas secretárias, D. Sueli e D. Edna, em agradecimentos. Niterói, 27 de novembro de 2003. Dia de Nossa Senhora das Graças.

¹ ATA, nº. 31, 1998, p. 16 e segs..

² V. 3, Livraria Francisco Alves, 1958, p. 44/45.

siderada como direito, é o poder de dispor, arbitrariamente, da substância e das utilidades de uma coisa, com exclusão de qualquer outra pessoa". E, invocando a orientação do BGB, preferiu não definir, na lei, aquele direito, mas enunciar apenas os poderes que o compõem. Disciplinou, ainda, em vários artigos (arts. 649 a 673) a chamada propriedade literária, científica e artística.

Os direitos do autor não se consideram mais objeto de direitos reais (art. 1.225 do novo Código).

2. L. MOCCIA, ao tratar do modelo de propriedade inglesa³, explana que a noção de propriedade costuma ser entendida, assim como nas Codificações do século XIX, de modo pragmático, no sentido absoluto de exclusivo do sujeito, sobre uma coisa (físico), móvel ou imóvel, no centro do sistema interno dos direitos reais, em oposição aos direitos reais limitados (ou menores) e a seu sistema externo, contraposto à categoria dos direitos pessoais ou de crédito. Noção que difere, por outro lado, da posse. No modelo inglês se observa que o termo *property* reveste uma acentuada conotação patrimonialística, que o torna ambíguo aos olhos do jurista continental em sua fundamental ambivalência de usos: ora em um sentido subjetivo, com relação a uma variedade de direitos reais concernentes à utilidade de uma coisa e ora – mais freqüente – no sentido objetivo, com respeito aos bens, materiais e imateriais, inclusive os direitos pessoais, na medida em que são considerados todos juntos elementos integrantes da riqueza de uma pessoa, isto é, o seu patrimônio visto do lado das partes contabilizadas como ativo. Daí resulta, portanto, uma noção complexa, de acordo com a qual o termo *property* pode significar uma coisa física considerada (*tangible thing*), seja direitos (rights ou, mais genericamente, interesses) com relação a tal coisa, seja ainda os direitos, como um crédito, relativamente aos quais inexistente qualquer coisa física, vale dizer, os direitos por si considerados.

Idêntica extensão no sentido objetivo ou patrimonial do conceito de propriedade sem, porém, apreciáveis conseqüências do gênero do modelo inglês, verifica-se no direito continental. Não é exato dizer que o termo *property* não seja traduzível.

Todavia, no Direito inglês e nos países de *common law*, o desaparecimento do regime feudal e a abolição dos antigos *real action* e das regras de direito possessório, modificaram a situação.

Em decorrência da riqueza mobiliária, a inclusão nesta categoria de grande variedade de elementos é conseqüência de sua caracterização. Assim, esta categoria acaba por acolher acervo de bens heterogêneos: coisas

³ "Il modello inglese de proprietà", in *Diritto Privato Comparato*, Editore Laterza, p. 39.

corpóreas e incorpóreas. Nestas, compreendidos os patentes, criações intelectuais e bens inerentes à atividade de empresas (como o avião), jamais considerados como coisas. Esta concepção foi estendida aos benefícios sociais. *Property*, para os civilistas, não significa conceituar os direitos reais. Justifica-se porque as cortes feudais resolviam as controvérsias sobre posse de terra e bens móveis dentro do mesmo sistema. A assimilação de *property* à de patrimônio deu-se com o tempo.

A categoria de *property* na Inglaterra, como nos demais países europeus, a saber, a dos bens móveis corpóreos, foi acrescida e desenvolveu-se do regime feudal de posse térrea com rico aparato de direitos anexos mediante modelo, que excluía as coisas incorpóreas. Fala-se em *new property*, que, sob versão pós-moderna, revela volta à tradição medieval, quando se cogitavam de bens patrimoniais. O termo "propriedade" vem utilizado com referência aos bens imateriais, desvinculado do aspecto físico do seu objeto.

Esta idéia penetrou também no Direito norte-americano⁴.

O Direito Brasileiro optou, entretanto, por enunciar os poderes de propriedade (arts. 524 e 1.228 do antigo e novo Código Civil, respectivamente), a exemplo do BGB, como já visto.

Seu conteúdo vem, por conseguinte, descrito em lei, consistindo no uso, gozo, disposição do bem e da faculdade de reavê-lo de quem quer que injustamente o detenha.

Eis por que LAFAYETTE RODRIGUES PEREIRA⁵ define o direito de propriedade como "o direito real que vincula e legalmente submete ao poder absoluto de nossa vontade a coisa corpórea, na substância, acidentes e acessórios".

Em profundo trabalho, "*Pour une rénovation de la théorie de la propriété*"⁶, FRÉDÉRIC ZENATI, Professor da Universidade Jean Moulin, transmite que o estudo do direito romano revela que o *dominium* recala, na realidade, tanto sobre objetos corpóreos quanto incorpóreos. A propriedade é tradicionalmente caracterizada pela natureza do objeto.

Explana FRÉDÉRIC ZENATI⁷ que a opinião dominante dos historiadores, que foi influenciada por deformações do Direito Romano na Idade Média, é de que a distinção entre coisa corpórea e incorpórea não é uma distinção dos objetos da propriedade, mas da propriedade e de outros direitos. O BGB

⁴ Cf. GUIDO ALPA, *Nuovo Diritto Privato*, UTET, 1985.

⁵ *Direito das Coisas*, Typ. Baptista de Souza, Rio de Janeiro, 1922.

⁶ *In Revue Trimestrielle de Droit Civil*, nº 2, 1993, p. 305.

⁷ P. 307 daquela Revista.

foi fortemente influenciado pela doutrina alemã do século XIX, que impulsionou ao máximo a visão subjetivista do direito, na qual BARTOLO teve papel decisivo e é consubstancial à corporeidade dos direitos. BONFANTE⁹ admite, porém, que as coisas incorpóreas também são objeto de propriedade. Os textos romanos, segundo SCIALOJA⁹, indicam a idéia de que a posse está na origem da propriedade no sentido da materialização da relação de propriedade. BARTOLO e seus seguidores desenvolveram papel decisivo na definição clássica de propriedade.

Segundo o Professor francês, a inexatidão no direito positivo da definição romanista medieval de propriedade é patente. Se ser proprietário se limitava ao direito de uso da coisa, bastaria que esta não fosse frugífera ou que seu uso tivesse sido concedido a terceiro.

A definição clássica deixa de ter correspondência atual.

A maioria dos proprietários reconhece-se pelo fato de que desfrutam da coisa e de que têm a propriedade romana. A propriedade consagrada pelo Código Civil é mais um espaço do que um conteúdo.

Em Roma, à qualidade de a coisa pertencer a alguém se agregam o uso e o *fructus*, que podem ser outorgados ao não-proprietário. O paradoxo de definir-se a propriedade com respeito ao direito de outrem se explica pelo prolongamento de sua teoria feudal. Confundindo a propriedade e seu objeto, os pós-glosadores acabaram por integrar o direito real na estrutura da propriedade. Assim surgiu a noção de que o direito real desmembrou-se da propriedade.

É possível no Direito francês conferir à propriedade uma leitura moderna. A posse cada vez interfere menos nos direitos incorpóreos.

Os poderes de uso, disposição e gozo foram, na verdade, pinçados pelos glosadores e pós-glosadores, ao reexaminarem a definição de propriedade.

Os poderes de uso, gozo, disposição da coisa, correspondem a um estágio histórico. De qualquer modo, o atual Código Civil brasileiro, no art. 1.228, preserva os poderes do proprietário nos moldes tradicionais.

O Código Civil português também não definiu direito de propriedade¹⁰. Definiu, por outro lado, a propriedade pelo seu conteúdo, isto é, pelos poderes que a lei confere ao respectivo titular sobre a coisa, tal como fizeram os jurisconsultos romanos através do *jus utendi*, do *jus fruendi* e do *jus abutendi*, conduz a soluções que nem sempre são exatas, dadas a elasticidade daquele direito e a função social que as leis modernas lhes atribuem. É tal o poder de compreensão e de expansão deste direito que, não havendo

⁹ *Corso di Diritto Romano*, II; ps. 206/7.

⁹ *Teoria della proprietà nel diritto romano*, 1928.

¹⁰ Cf. ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado*, em comentários ao art. 1.302.

nas legislações hodiernas senão um tipo de propriedade, esta pode revestir as mais diversas modalidades. Os poderes do proprietário podem mesmo, em alguns casos, ser inteiramente diferentes dos poderes que lhes assistem. Em outros casos, o que quer dizer que, embora juridicamente o direito seja o mesmo, ele apresenta-se com conteúdos diversos. Basta confrontar a situação do proprietário pleno com a situação do proprietário da coisa sobre a qual recaia um direito de usufruto, ao qual falta o direito de gozo. Ou confrontar o direito normal de propriedade com o antigo domínio dos bens dotais no qual faltava, em princípio, ao respectivo titular, o poder de disposição sobre a coisa (art. 1.746, nº 2). O conteúdo não serve, portanto, para através dele se formular um conceito, embora no art. 1.305 (já dentro do regime da propriedade) se faça alusão ao conteúdo de direito de propriedade. E explicita: apenas sobre coisas móveis ou corpóreas pode-se constituir o direito de propriedade.

Na enumeração das faculdades essenciais que integram o domínio - os direitos de uso, fruição e disposição da coisa -, a lei guiou-se menos por um conceito científico do que por um puro critério descritivo da propriedade.

Na Exposição de Motivos do Código luso, o insigne Mestre acentua o caráter normativo do conteúdo do domínio, reportando-se a conceitos do Prof. ORLANDO GOMES, abrigados no Projeto anterior do Código Civil. Idêntico é o entendimento de STEFANO RODOTÀ, em seu magnífico trabalho sobre "*Proprietà, Novissimo Digesto Italiano*". No processo 06/301.458/81, o culto Procurador de Estado, o saudoso Professor PAULO FRANCISCO ROCHA LAGOA, exarou o seguinte trecho em seu parecer: "Para enriquecer essas modestas considerações, assinalamos uma decisão do Supremo Tribunal Federal alemão (Bundesgerichtshof) sobre a matéria ora examinada e na qual essa famosa corte constitucional adota o ponto de vista ora defendido, no sentido de que a lei estabelece o conteúdo (situações jurídicas ativas e passivas) do direito de domínio, inexistente que é, anteriormente ao conceito fixado pelo ordenamento, outro conceito desse mesmo domínio, de ordem absoluta, a ser, por ele, ordenamento, passivamente aceito. A citação do acórdão se encontra em Francesco Romano, *Diritto e obbligonnella teoria del diritto reale*, Napoles, 1967, p. 231:

"anche la Corte Costituzionale federale ritiene che l'imposizione di obblighi alla proprietà possa non alterare la consistenza dell'istituto, e si verifichi quindi una modificazione del contenuto e non una eliminazione della proprietà (espropriazione)".

Não há como duvidar, pois, a respeito do poder da lei ordinária de retirar do direito de domínio situações jurídicas ativas, como, por exemplo, a faculdade de edificar, sem que tal situação incorra em ablação do direito de propriedade e, pois, na ocorrência de dever de indenizar. A situação jurídica

de titular de domínio pode ter, conforme determinar o ordenamento, uma superioridade das situações passivas sobre as situações ativas. É exatamente o caso que surge quando no Município se declara uma área *non edificandi* visando preservar um interesse coletivo. Esse interesse, aliás (a preservação do patrimônio natural) é uma diretriz constitucional federal (Emenda Constitucional nº 1, art. 180, § único)".

Vê-se, por conseguinte, que o conteúdo daquele magno direito promana de sua fórmula legislativa. Não tem assento em concepções doutrinárias variadas, sejam quais forem os fundamentos.

Ao proprietário só se consolidam poderes inseridos no Código Civil e seu direito dele decorre, não se estendendo a situações outras.

Deste modo, quando se fala em propriedade econômica, com referência a seu entendimento no direito anglo-saxão, não se pode estendê-la a não ser a coisas corpóreas, e não a direitos e interesses.

Destarte, não se pode estender a outros direitos o conceito de posse, nem esta há de ser interpretada como propriedade econômica ou de fato, por se estar no desfrute econômico do bem, eis que dentre os poderes do direito de propriedade não está aquele desfrute. Este decorre, sim, da posse, que é um poder de fato sobre a coisa, móvel ou imóvel.

Em primoroso voto vencido proferido na Apelação Cível nº 2.874/87, na 1ª Câmara Cível, reproduzidos em seu livro *Controvérsias Jurídicas, Lumen Juris*, o saudoso e cultíssimo Desembargador RENATO MANESCHY reporta-se ao texto inicial de RUDOLF VON IHERING em sua obra *Posse e Interditos Possessórios*, tradução de ADHERBAL DE CARVALHO:

"Por que se proteger a posse?

Ninguém formula semelhante pergunta em relação à propriedade. É porque a proteção dispensada à posse tem, à primeira vista, algo de estranho e contraditório. Efetivamente, a proteção da posse implica, outrossim, a proteção do salteador e do ladrão; ora, como e por que o direito, que incrimina o assalto e o roubo, pode reconhecer seus frutos na pessoa de seus autores? Não será isso aprovar e sustentar com uma mão o que a outra persegue e repele? "

E prossegue :

"Poderes que o possuidor exerce de fato e não de direito não constituem, por si mesmos, direitos subjetivos, mas os integram como elementos, formando-lhes o conteúdo".

Não há dúvida de que, no Direito da *common law*, em razão da dicotomia entre a propriedade fiduciária e a usufrutuária, o direito invocado com base no desfrute econômico pode enquadrar-se na segunda, remanescendo o domínio titulado com o bem¹¹.

¹¹ MARIA JOÃO e DIOGO LEITE DE CAMPOS, *conf.* A propriedade fiduciária (trust). Estudo para a sua consagração no Direito português.

Não assim no Direito brasileiro, que não conhece aquela bipartição.

Neste, quando se fala em desfrute econômico, tem-se em vista a posse, que não se confunde com o domínio e tem proteção no plano prático, podendo conduzir ao usucapião.

Em suma, não há base para invocar o desfrute econômico do bem, como fundamento do direito de propriedade, cujos poderes são normativos. Por conseguinte, não há fatos no Direito brasileiro sem proteção direta, como domínio, do direito defluente do desfrute econômico da coisa. Há posse, nos moldes do Código Civil, que não justifica se transforme em propriedade econômica - inexistente - ou de fato, inconcebível.

Estas considerações visam despertar a reflexão sobre tema de relevância para o Direito nacional (propriedade, posse e outros, patentes, invenções e benefícios sociais). ♦

A Constituição de 1988, a Globalização e o Futuro

PAULO ROBERTO SOARES MENDONÇA

Procurador do Município do Rio de Janeiro, Professor Adjunto da PUC-RIO, da UNI-RIO e do Mestrado em Direito da Universidade Candido Mendes

Introdução

No contexto dos quinze anos recém-completados da Constituição Federal brasileira, pareceu-nos recomendável realizar um balanço acerca do que foi o período de vigência da jovem Carta do Brasil, refletindo principalmente sobre as mudanças por ela trazidas e as expectativas por ela criadas, que não se concretizaram por diferentes razões.

Trata-se de um artigo voltado a uma panorâmica do regime de 1988, sem pretensões de exaurir as discussões contemporâneas sobre a Constituição brasileira, até mesmo porque a extensão do trabalho não permitiria, buscou-se identificar sob o ângulo da política e do direito as marcas principais da institucionalidade democrática brasileira atual e como o País poderá se inserir em uma ordem internacional nos próximos anos.

A estrutura expositiva compreende três itens. No primeiro, serão debatidos o papel da Constituição brasileira como um bem-sucedido projeto democrático e as correções que ainda resta fazer na Carta, no que se relaciona especialmente à matéria política. A segunda parte refere-se às mudanças ocorridas no Brasil e no Mundo desde outubro de 1988, envolvendo temas variados como o ocaso dos socialismos reais no Leste europeu, a Globalização e as alterações empreendidas na ordem jurídica brasileira, inclusive no texto constitucional, desde então. No segundo item, são também tratadas as promessas não cumpridas pelo regime instaurado com a Constituição de 1988, principalmente aquelas ligadas aos direitos fundamentais de modo geral e à questão da cidadania. Por fim, o terceiro item está relacionado às perspectivas futuras da Constituição brasileira e aos desafios a serem vencidos nos próximos anos em termos de concretização do modelo de sociedade propugnado pelo constituinte de 1988.

1. A Carta de 1988: uma promessa de democracia

A Constituição brasileira de 1988 representou historicamente a concretização do extenso processo de transição do regime militar para a democracia no Brasil. Após quinze anos da sua vigência, é possível afirmar que ela foi um documento jurídico que gerou inúmeras expectativas quando de sua entrada em vigor, trouxe avanços concretos em diversos campos, mas também ocasionou algumas frustrações durante esta década e meia. Não obstante, trata-se de uma Constituição que refletiu claramente o momento em que foi construída e retratou, nas Emendas que a ela foram acrescentadas, as modificações ocorridas no mundo e na sociedade brasileira desde então.

Foi também bastante rico o processo constituinte no qual foi gestada a Carta de 1988, sendo recomendável um comentário a respeito dos principais episódios nele ocorridos, que tiveram claro reflexo no texto final da Constituição brasileira.

1.1. O Processo Constituinte

O processo de elaboração da Carta de 1988 teve início na prática com a promulgação da Emenda Constitucional nº 26, de 27.11.1985, à Constituição de 1967, com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 1, de 1969, que previu a convocação de uma Assembléia Constituinte, formada pelos integrantes da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, incumbida de elaborar a nova Constituição do Brasil.¹ As eleições de 1986 marcaram o processo de escolha dos Deputados e Senadores que participariam do processo constituinte, muito embora a temática da elaboração do texto da Constituição não tenha dominado o debate eleitoral, ocorrido no auge do chamado "Plano Cruzado" e concomitantemente às eleições para os governos dos Estados. Assim, a temática relevantíssima das propostas para a nova Constituição não foi debatida satisfatoriamente pelos candidatos a constituintes, tendo sido as questões essencialmente trazidas a debate a partir do início dos trabalhos da Assembléia Constituinte.

O modelo então adotado para a elaboração da Constituição seguiu um formato bastante peculiar, uma vez que não se partiu de um anteprojeto

¹ O texto do art. 1º da referida Emenda Constitucional dispunha literalmente que "os membros da Câmara dos Deputados e do Senado Federal reunir-se-ão, unicameralmente, em Assembléia Nacional Constituinte, livre e soberana, no dia 1º de fevereiro de 1987, na sede do Congresso Nacional" e o art. 3º previa que "a Constituição será promulgada depois da aprovação de seu texto, em dois turnos de discussão e votação, pela maioria absoluta dos Membros da Assembléia Nacional Constituinte". BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. *História constitucional do Brasil*. 3.ed, Rio de Janeiro, Paz e Terra, 1991, p. 812.

previamente elaborado.² Foram criadas comissões temáticas, formadas por integrantes das duas Casas do Congresso Nacional e ali foram aprovados capítulos específicos da futura Constituição, que posteriormente foram objeto de sistematização pelo Relator, o então Deputado Bernardo Cabral, e por comissão especificamente criada para este fim, presidida pelo então Senador Afonso Arinos, para a aprovação final no plenário da Constituinte. Este formato teve a importante virtude de dar origem a um texto nitidamente oriundo das discussões de parlamentares e não de um trabalho previamente elaborado por um grupo de juristas, mas também alguns defeitos que se refletiram em uma tramitação mais morosa do projeto de texto constitucional, pois algumas comissões caminhavam mais lentamente que outras ou tratavam de temas mais polêmicos, que demandavam mais debates. A própria segmentação decorrente da formação das comissões findou por gerar algumas incoerências no texto final da Constituição, a serem discutidas mais adiante, que não puderam ser sanadas plenamente ao final pelo trabalho de sistematização.

1.2. Os embates ideológicos

Neste breve histórico do processo de elaboração da Carta de 1988, faz-se necessário destacar o momento em que se desenrolaram os trabalhos constituintes, entre o primeiro semestre de 1987 e o segundo de 1988, momento em que o conflito entre setores de esquerda aliados da política durante o regime militar e grupos conservadores e de centro, ligados ainda ao regime que se encerrava ganhou corpo, refletindo-se no próprio processo constituinte e no texto final da Constituição.

Como já dito, a sistemática adotada da criação das comissões temáticas e da repartição dos parlamentares entre elas acabou naturalmente gerando uma concentração de constituintes ligados a grupos de interesse das áreas disciplinadas pelo capítulo sob responsabilidade da comissão, à esquerda e à direita, o que transformou a rotina de trabalho de algumas das comissões em um verdadeiro conflito ideológico. Tal fato fez com que o texto apresentado por algumas comissões fosse produto de votações apertadas,

² Muito embora não tenha a Assembléia Constituinte se baseado em qualquer anteprojeto, o Decreto nº 91.450, de 18.07.1985 instituiu a Comissão Provisória de Estudos Constitucionais, também denominada de "Comissão Arinos", por haver sido presidida pelo jurista Afonso Arinos, que posteriormente viria a ser eleito Senador Constituinte. A comissão formada por cinquenta juristas "notáveis" chegou a elaborar um projeto de texto constitucional, mas que não serviu de base para o anteprojeto da Carta de 1988, não tendo o seu relatório sequer sido enviado pelo então Presidente José Sarney à Assembléia Constituinte. BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. Op. cit, p. 453-454.

com, às vezes, um voto de diferença. A correlação de forças em cada comissão findava por influenciar o desenho do capítulo sob sua responsabilidade, fazendo com que temas afins por vezes tivessem propostas redacionais absolutamente antagônicas, criando uma dificuldade a mais para a Comissão de Sistematização e deslocando para o plenário da Constituinte a decisão sobre qual caminho a seguir em diversos temas.

Outro fenômeno bastante particular foi observado no curso do processo constituinte. A maior capacidade de mobilização dos parlamentares ligados às correntes de esquerda, que adotavam uma postura mais propositiva e mais assídua aos trabalhos das comissões, fez com que os relatórios de boa parte dessas comissões acabasse refletindo uma tendência mais à esquerda, muito embora o perfil dominante na Constituinte fosse de parlamentares de perfil de centro-direita. Cientes de tal situação, as lideranças dos partidos conservadores buscaram uma mobilização de parlamentares de suas bases para alterar em plenário os dispositivos constitucionais aprovados nas comissões temáticas que contrariassem os seus interesses. Essa aliança de centro-direita, capitaneada pelos Deputados Ricardo Fiúza e Roberto Cardoso Alves foi popularmente denominada de "Centrão" e de sua atuação decorreram algumas mudanças de rumo na constituinte, que findaram por agravar algumas contradições existentes no produto do trabalho das comissões temáticas e que se refletiu no texto da Constituição.

1.3. A "Constituição Cidadã" e os seus contrastes

No discurso proferido em 5 de outubro de 1988, quando da promulgação da Constituição, o então Deputado Ulysses Guimarães cunhou a expressão, que entrou para a história, "Constituição Cidadã", que acabou sendo a síntese de todo o processo democrático que orientou a feitura daquela Carta e o conjunto dos direitos por ela assegurados, consolidando aquilo que se chamou de transição democrática no Brasil.

Todavia, o produto final da Assembléia Constituinte foi o reflexo dos desencontros nela ocorridos. Uma Constituição que tivera o seu desenho inicial voltado para um modelo parlamentarista e que por questões circunstanciais sofreu uma guinada presidencialista, mas que não foi capaz de alterar por completo o seu perfil, devido ao estado já avançado do processo constituinte quando da mudança, findou por fortalecer substancialmente o poder das comissões do Congresso Nacional na tramitação de projetos de lei e mesmo na elaboração da legislação orçamentária. Tal fato motivou um tipo de atuação do Poder Executivo de firmar alianças de ocasião, para a

aprovação dos projetos de seu interesse ou uma utilização abusiva das chamadas Medidas Provisórias, a fim de abreviar o trâmite legislativo de certas matérias consideradas importantes.

A Constituição de 1988 ainda criou um sistema de ampla liberdade em termos partidários, mas de forma incompleta, uma vez que foram estabelecidas pela legislação, poucas limitações para a criação de partidos dando ensejo ao surgimento de legendas de aluguel, utilizadas por certos políticos em momentos de crise nos grandes partidos ou mesmo em práticas pouco ortodoxas, como venda de espaços em horários gratuitos de televisão e de vagas em listas de candidatos a cargos eletivos, como fartamente noticiado pelos meios de comunicação nos últimos anos. Além disso, há uma grave distorção no sistema representativo brasileiro na Câmara dos Deputados, decorrente do estabelecimento no art. 45 da Constituição Federal de um mínimo de oito e um máximo de setenta Deputados eleitos por Estado. Como se sabe, há Estados brasileiros que têm uma baixíssima densidade populacional e outros, como São Paulo, bastante populosos. Levando-se em consideração o critério estabelecido pela Constituição, cria-se uma distorção em termos de representação, pois o voto de um paulista “vale” muito menos do que o de um habitante da região Norte do País, por exemplo. Esses e outros fatores tornam imperiosa a chamada reforma política, que ainda não veio e não se sabe exatamente quando virá, de vez que ela alteraria um quadro político que favorece certas elites políticas nacionais, que tiram vantagem das distorções de representação, da ausência de fidelidade partidária etc.

Outras incongruências da Constituição de 1988 decorreram não exatamente de sua concepção original e sim de mudanças ocorridas no Brasil e no Mundo posteriormente à sua entrada em vigor, o que tornou necessária uma adaptação do texto constitucional em vigor a novas realidades.

2. De 1988 a 2003: as mudanças no Mundo, no Brasil e a Constituição

Nos quinze anos de vigência da Carta constitucional de 1988 foram inúmeras as mudanças no campo político, econômico e social, que demandaram uma adequação de nossa Constituição a uma nova realidade. O mero recurso a expedientes de caráter hermenêutico mostrou-se insuficiente para dar conta de certas situações, o que tornou necessário um processo de mudança do próprio texto constitucional, por meio de Emendas. Alguns fatos ocorridos posteriormente tiveram forte impacto sobre o perfil da ordem constitucional instaurada após 1988 e geraram a necessidade de alterar a Constituição. Outras mudanças foram impulsionadas pela própria renovação do ordenamento jurídico brasileiro pós-1988, não demandando uma adaptação da Carta de 1988, mas sendo produto dela própria.

2.1. O impacto da “queda do muro” sobre a Constituição Brasileira

Como mencionado inicialmente, uma das marcas do processo constituinte brasileiro foi um certo embate ideológico entre aqueles que faziam parte de grupos conservadores ainda ligados ao findo regime militar e lideranças de esquerda, que haviam recentemente voltado à cena política, com o processo de redemocratização do País, iniciado a partir da segunda metade dos anos setenta. A Constituição de 1988 acabou sendo, de certa forma, um produto desse embate, com o triunfo de um lado e de outro em partes diferentes do texto.

O conflito ideológico que inspirou vários debates da Assembléia Constituinte sofreu um sério impacto nos anos que se seguiram à entrada em vigor da nossa Constituição. Os chamados modelos de socialismo real, capitaneados pela então União Soviética, mergulharam em um grave quadro de crise, decorrente de sua falência interna em termos econômicos e políticos, além da eclosão de diversos movimentos de questionamento dos regimes. Acrescente-se que na própria União Soviética teve início um processo de reformas políticas e econômicas consistente na *Perestroika* e na *Glasnost*, conduzido pelo líder Mikhail Gorbachev, que culminou no fim da antiga União Soviética e do regime comunista, com a formação de diversas repúblicas independentes.

Esse foi um processo que se expandiu por toda a área de influência soviética, de forma pacífica ou não, como na antiga Iugoslávia, na Romênia, Bulgária, Polônia etc. Cena que entrou para a história foi a destruição do muro que separava a antiga Berlim Oriental, submetida ao domínio do bloco soviético desde o fim da Segunda Guerra, da Berlim Ocidental, representando a reunificação do Estado alemão e simbolicamente o fim da “Guerra Fria”.

O flagrante enfraquecimento do socialismo de influência soviética gerou um sério impacto nos debates ideológicos, mesmo se considerarmos que países como China, Cuba e Coreia do Norte ainda preservam um modelo análogo àquele. No início dos anos noventa, o entusiasmo de alguns teóricos com o suposto ocaso do socialismo gerou teses como a do “fim da história”, do autor americano Francis Fukuyama,³ que vislumbrava a formação de um modelo de consenso na ordem mundial, com fim das grandes ideologias.

A par dos exageros e das distorções decorrentes do fim dos regimes socialistas do Leste europeu, um fato era inegável: o mundo nunca mais seria o mesmo e a pauta política e econômica deveria ser adaptada a uma

³ FUKUYAMA, Francis. *O fim da história e o último homem*. Tradução de Aulyde Soares Rodrigues, Rio de Janeiro, Rocco, 1992.

nova realidade não mais orientada pela tensão entre as áreas de influência norte-americana e soviética, e sim pela existência de apenas uma potência hegemônica, influenciando toda a ordem internacional.

Ocorre que a Constituição brasileira foi pensada ainda sob a ótica das estratégias de grupos políticos com propostas ideológicas antagônicas ainda bastante inspiradas pelo confronto direita/esquerda. Mesmo considerando que o desenho da Constituição de 1988 é de forma geral social-democrático, era possível identificar em determinados capítulos, como o da Ordem Econômica, uma forte influência de um nacionalismo de esquerda, inspirado em movimentos políticos dos anos cinquenta, que afirmava monopólios estatais de algumas atividades econômicas e serviços públicos, além de regimes juridicamente privilegiados para o capital nacional, como fatores de garantia da soberania nacional. Os anos noventa foram então um momento propício para que fossem efetuadas correções no texto constitucional, de forma que o Brasil pudesse se inserir nessa nova ordem internacional em condições de atrair capitais que alavancassem o seu desenvolvimento. Com as Emendas Constitucionais nº 5, 6, 7, 8 e 9, aprovadas no ano de 1995, deu-se o movimento de reforma da Ordem Econômica da Constituição, pondo fim a certos privilégios com que contavam as empresas brasileiras em face das empresas do exterior e abrindo certos setores da economia originariamente objeto de monopólios estatais a capitais privados do Brasil e do exterior.

2.2. A Globalização e a estagnação econômica

Além do declínio dos socialismos reais, os anos noventa foram marcados por um fenômeno denominado **Globalização**⁴, que em breves palavras pode ser associado ao surgimento de uma ordem econômica internacional, a partir das condições favoráveis do fim da “Guerra-fria”, na qual as economias dos diversos Estados estão interligadas e os capitais circulam rapidamente entre os diferentes países, de forma que as economias nacionais passam a sofrer as consequências daquilo que ocorre com as demais. Tal situação foi agravada por uma tendência de formação de blocos econômicos de países com interesses comuns, que proporcionou uma redução das barreiras à circulação de pessoas e produtos, além da criação de políticas econômicas e regimes jurídicos unificados entre os países membros, como foi o caso emblemático da Europa Unificada, do Nafta, na América do Norte e do próprio Mercosul, apesar das crises por ele recentemente experimentadas.

⁴ Sobre os reflexos desse fenômeno no direito ver a obra coletiva FARIA, José Eduardo et al. **Direito e Globalização Econômica**. 1. ed., 2. tiragem, São Paulo, Malheiros, 1998.

Este é um fenômeno atuante também em outras áreas, como a da cultura e da informação, sobretudo a partir da popularização da rede internacional de computadores (*internet*), que permitiu uma troca de informações nunca antes vista na história da humanidade, acerca de uma infinidade de temas. A Globalização, obviamente, é também um fenômeno posterior à entrada em vigor da Carta de 1988, tendo essa nova realidade exigido uma adequação da ordem constitucional brasileira aos novos ditames da ordem internacional, para que não se caísse no isolamento e na conseqüente estagnação econômica.

2.2.1. As Emendas Constitucionais nº 5, 6, 7, 8 e 9, de 1995, e a mudança dos parâmetros econômicos de 1988

No início da década de noventa, ganhou corpo um movimento de reformulação da disciplina da Ordem Econômica na Constituição Federal ao contexto de um mundo globalizado, sobretudo ao considerar-se que o Estado brasileiro perdera boa parte de sua capacidade de investimento nos anos oitenta e que a única forma de alavancar o desenvolvimento seria a atração de capitais externos para os setores da economia que eram objeto de monopólio estatal. Esta foi a motivação do ímpeto modernizador da chamada era Collor, que pretendeu abrir a economia brasileira, então profundamente protecionista, ao mercado externo, assim como dos processos de privatização de empresas do setor público, conduzidos sobretudo a partir do primeiro mandato do Presidente Fernando Henrique Cardoso.

A primeira grande reforma na Constituição foi consubstanciada na aprovação das Emendas Constitucionais, que alteraram consideravelmente o Capítulo da Ordem Econômica da Constituição de 1988, conforme destaca Marcos Juruena Villela Souto:

[...]Com a posse do Presidente Fernando Henrique Cardoso, foi novamente deflagrado um processo de reforma da Constituição, desta feita por via de emendas, que resultariam na flexibilização dos monopólios das telecomunicações (art. 21, XI e XII, CF – EC n. 8, de 15.08.95), da distribuição de gás canalizado pelos estados (art. 25, § 2º CF – EC n. 5, de 15.08.95) e do petróleo e gás natural (art. 177, CF – EC n. 09, de 9.11.95), além do fim da reserva de mercado na navegação de cabotagem (art. 178, CF – EC n. 07, de 15.08.95) e da distinção entre empresas brasileiras e empresas estrangeiras de capital nacional, com o fim da reserva de mercado no setor de mineração (revogação do art. 171 e modificação dos arts. 170, IX e 176, § 1º, CF – EC n. 06, de 15.08.95).⁵

⁵ SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Aspectos Jurídicos do planejamento econômico*. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 1997, p. 25

Concretizadas tais mudanças no texto constitucional, abriu-se caminho para uma substancial alteração do perfil da economia brasileira, principalmente na atuação do Estado, que passaria de prestador direto de diversos serviços públicos, por meio de empresas sob seu controle acionário, a mero regulador de atividades concedidas ao setor privado.

2.2.2 As privatizações e a mudança do papel do Estado na economia

O processo deflagrado a partir das primeiras privatizações de empresas estatais ainda no governo Itamar Franco e que ganhou corpo nas duas gestões de Fernando Henrique Cardoso foi um sério impacto na posição do Estado brasileiro nos últimos trinta anos, no que se refere à prestação de serviços públicos nos chamados setores “estratégicos”. Serviços de telefonia, fornecimento de gás e energia elétrica passaram a ser prestados por empresas privadas, que assumiram, além do patrimônio das antigas empresas estatais, a própria concessão dos serviços prestados por essas últimas.

A ordem econômica, fundada em monopólios estatais e em regras de privilégio ao capital nacional, deu lugar a um modelo no qual o Estado passou a desempenhar uma função diferenciada, de regulação e fiscalização dos serviços prestados pelas concessionárias dos serviços recém-privatizados, o que demandou uma mudança em termos culturais e a criação de um sistema regulador fundado na criação das denominadas **Agências Reguladoras**, que passaram a desempenhar uma função normativa dos setores sob a sua supervisão e também a própria fiscalização do cumprimento dos contratos de concessão de serviço.⁶

Sem penetrar na discussão do modelo adotado para as referidas Agências no Brasil, tema que escapa à proposta deste artigo, pode-se afirmar que as mudanças no capítulo da Ordem Econômica da Carta de 1988 representaram uma das mais expressivas alterações ocorridas na proposta inicial da Constituição brasileira. O impacto das modificações políticas e econômicas pós-1988 sobre a economia brasileira serviram de incentivo para a revisão da agenda estabelecida pela Assembléia Constituinte nessa área e para a adoção de uma proposta de modernização econômica e de abertura para o ingresso de capitais externos.

2.2.3 O Brasil no cenário internacional

O debate sobre a modificação do modelo econômico brasileiro vai além da mera opção entre ter ou não um Estado empresário, ou privilegiar o

⁶ Para um aprofundamento sobre o tema, ver SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito Administrativo regulatório*. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2002.

capital nacional. A realidade do mundo globalizado, quer se queira ou não, faz com que as economias dos diferentes países sejam praticamente compelidas a um processo de abertura. Além disso, a capacidade de investimento público em países como o Brasil sofreu séria redução a partir do início dos anos oitenta, o que naturalmente teve reflexo na qualidade e na amplitude dos serviços que eram monopólio do Estado. A abertura econômica deixou de ser uma mera questão ideológica, para se tornar um mecanismo de sobrevivência dos países emergentes. O caso da América Latina então é bastante peculiar, pois com o ocaso dos socialismos reais e o fim da "guerra-fria" os investimentos financeiros "ideológicos" dos países capitalistas ocidentais na região foram bastante reduzidos. Acrescenta-se que outras áreas emergentes tornaram-se mais atrativas para o capital internacional, como os chamados "Tigres Asiáticos", cuja complacência das normas tributárias e trabalhistas era bastante convidativa para as empresas dos países do Primeiro Mundo. Do mesmo modo, os próprios países outrora socialistas do Leste europeu se tornaram grande pólo de investimentos, por contarem também com políticas de atração de capitais externos, além de oferecerem na própria Europa uma mão-de-obra altamente qualificada a preços baixos.

A discussão dos países latino-americanos deslocou-se da prioridade nacionalista de outros tempos, de proteção dos capitais nacionais contra os capitais externos, para uma busca de formas de integração regional e global, de forma a evitar a estagnação de suas economias. Tal fato culminou na criação de políticas de integração entre os países da América Latina e em uma verdadeira corrida para a adequação da ordem econômica de cada país a um novo contexto econômico internacional. Praticamente todos os Estados latino-americanos se utilizaram do único nicho econômico potencialmente atrativo de investimentos externos, que era exatamente o dos serviços públicos estatizados, criando programas de privatização.

No caso brasileiro, essa tendência encontrava um obstáculo muito sério, decorrente da sistemática dos monopólios estatais da Constituição de 1988, que precisava ser modificada. Daí a edição em 1995, das Emendas Constitucionais anteriormente mencionadas.

2.3. A afirmação da democracia

Neste breve balanço dos quinze anos de vigência da Carta de 1988, que aqui se faz, há um fator que merece grande destaque e que consiste exatamente nas condições plenas de exercício da democracia que a Constituição brasileira propiciou. Desde a entrada em vigor da Constituição Federal, foram realizadas quatro eleições presidenciais que ocorreram dentro de um ambiente de absoluta normalidade democrática poucas vezes visto na

história brasileira, podendo-se até chegar à ousadia de falar em uma consolidação das instituições democráticas no Brasil após 1988. E isso não é pouco, se consideradas as “turbulências” políticas experimentadas nos últimos anos por nossos vizinhos, como Paraguai, Peru e mais recentemente Argentina e Venezuela.

Após a ocorrência de alguns episódios de fraudes eleitorais no Estado do Rio de Janeiro, no início da década de noventa, o Tribunal Superior Eleitoral empreendeu um arrojado projeto de informatização das eleições no Brasil, por meio do uso de urnas eletrônicas de votação. Tal sistema mostrou-se bastante exitoso, reduzindo a possibilidade de fraudes existente no processo de preenchimento manual de mapas de apuração e proporcionando uma obtenção bastante célere dos resultados dos pleitos. A experiência pioneira do Brasil conta hoje com reconhecimento internacional, havendo o TSE inclusive prestado consultoria a alguns países latino-americanos na implantação de sistemas análogos e sondado por alguns Estados norte-americanos em projetos de modernização dos processos eleitorais, sobretudo em razão da controvertida última eleição presidencial nos Estados Unidos.

Um outro exemplo emblemático da solidez da democracia brasileira foi o processo de *impeachment* do ex-presidente Fernando Collor de Mello. Eleito em 1989, nas primeiras eleições presidenciais no Brasil desde a restauração da democracia, Collor foi submetido a julgamento por crime de responsabilidade por atos de moralidade discutível, praticados durante a sua gestão. Após o processo regular junto ao Congresso Nacional, deu-se o seu afastamento do cargo, tendo o então Vice-Presidente Itamar Franco assumido o cargo na forma prevista pela Constituição e cumprido o restante do mandato de seu antecessor sem qualquer sobressalto ou ameaça à ordem democrática.

Esse amadurecimento político de fato não pode ser creditado exclusivamente à Constituição de 1988 como documento jurídico, mas é inegável que o regime político por ela instituído se não contribuiu diretamente para a estabilidade democrática, que é produto de uma prática política, ao menos não possui instrumentos fragilizadores da democracia.

2.4 A outra face da moeda: as promessas não cumpridas

Muito embora tenham até aqui sido destacados os avanços proporcionados pelo texto constitucional de 1988, a ordem jurídica por ele instituída ainda demanda uma efetivação de diversos direitos e garantias. A “Constituição Cidadã” ainda não foi capaz de tornar realidade muitos de seus preceitos e mesmo se reconhecendo a existência hoje de uma ordem democrática no Brasil em termos formais, a sociedade brasileira ainda se caracteriza por um

quadro de profunda desigualdade e de crise na tutela dos direitos sociais, sobretudo aqueles relacionados a saúde, educação, habitação e saneamento básico.

A realização dos objetivos fixados pela Carta de 1988 passa pela implementação de políticas públicas que façam da Lei Maior algo mais do que um belo enunciado de princípios. Este ainda parece ser um longo caminho a ser percorrido, sobretudo se considerados os anos de atraso do exercício da cidadania no Brasil.

2.4.1 O 65° IDH do mundo

Em recente levantamento realizado pela Organização das Nações Unidas, o Brasil foi classificado em 65° no Mundo no chamado Índice de Desenvolvimento Humano, que leva em consideração diferentes estatísticas na área social e de serviços prestados à população em vários países, para estabelecer uma classificação em termos de qualidade de vida.⁷ A colocação brasileira não é nem um pouco honrosa, sendo bastante ilustrativa de um país de sérios contrastes sociais e regionais, no qual há ao mesmo tempo pólos de excelência na áreas industrial e de tecnologia e bolsões de miséria, colapso dos sistemas públicos de saúde e educação, crescimento desordenado das favelas na área urbana, além de graves tensões sociais no campo e na cidade.

Nesse ponto, a Constituição de 1988 ainda não se concretizou como projeto de sociedade. Os fundamentos humanísticos e democráticos que inspiraram a Carta brasileira ainda permanecem em boa parte distantes do mundo real, sobretudo naquilo que se refere à inclusão na economia formal de boa parte dos brasileiros, que ainda vivem à margem do sistema, na condição de cidadãos de segunda categoria, vivendo de projetos assistenciais ou de ganhos de renda não formalizados, sem qualquer tipo de garantia social ou reconhecimento pelos poderes constituídos.

A mudança nos rumos da economia brasileira durante os anos 90 gerou por um lado uma modernização de setores que outrora eram objeto de monopólios estatais, mas não se avançou suficientemente no processo de inserção de boa parte dos brasileiros neste “admirável mundo novo” da tecnologia e da informática. O quadro na periferia das grandes cidades e regiões rurais do Brasil ainda é de grande pobreza, com índices consideráveis de analfabetismo (ou de “semi-analfabetismo”), condições precárias de habitação e de serviços públicos a ela relacionados, como água tratada,

⁷ Pesquisa realizada na página do Programa das Nações para o Desenvolvimento na *internet*. Endereço: www.undp.org.br. Acesso em 23.9.2003.

esgotamento sanitário etc., o que se reflete claramente no surgimento de certas doenças, que redundam em impacto crescente sobre os sistemas públicos de saúde.

É bem verdade que foram feitos alguns progressos nessas áreas. Com a criação do Fundo de Manutenção e Desenvolvimento do Ensino Fundamental pela Lei nº 9.424 de 24.12.1996, as verbas relativas à educação passaram a ter a sua transferência pela União, orientada pelo número de alunos matriculados na rede de ensino público fundamental, o que gerou um crescimento do número de crianças matriculadas nas escolas em todo o Brasil. Essa providência, junto com a recente adoção de programas de renda mínima, como o “Bolsa-Escola” durante o governo Fernando Henrique Cardoso, contribuíram para a redução dos percentuais históricos de analfabetismo no Brasil.

Todavia, os quinze anos da Constituição Federal ainda não foram suficientes para romper com a séria desigualdade social e econômica existente no País e para realizar a inserção social de milhares de brasileiros, não tendo até agora o processo de abertura da economia brasileira contribuído da forma esperada para a melhoria da qualidade de vida dos cidadãos e para a criação de um mercado de consumo forte. A entrada do Brasil no mundo globalizado deu-se pela porta dos fundos, uma vez que a economia brasileira tem sido refém dos chamados capitais “voláteis”, sem bandeira, que pernoitam onde as taxas de juros lhes são mais atrativas e seguem outro rumo assim que há alternativa mais favorável neste grande “cassino” em que se transformou a economia dos denominados países emergentes. Resta então saber onde foram parar os capitais internacionais de investimento que gerariam empregos e desenvolvimento para o Brasil. A Constituição brasileira tem sido acusada de repelir este tipo de investimento, por causa do tão falado “custo-Brasil”, correspondente às leis trabalhistas, coberturas sociais e carga tributária de forma geral, muito embora não se tenha ainda nitidez acerca do tipo de atividade ou investimento que seria de fato gerador de bem-estar aos cidadãos brasileiros. De toda sorte, parece que o desenvolvimento econômico representa o único caminho viável para proporcionar uma melhoria dos indicadores sociais do País.

2.4.2 A crise na segurança pública e o crime organizado: a cidadania pela metade

Em se tratando da realidade brasileira pós-1988, uma realidade inegável, que está relacionada também com as promessas não cumpridas na área social, diz respeito à degradação dos sistemas de segurança pública e à difusão do crime organizado no Brasil, sobretudo nas regiões socialmente mais carentes.

O enorme abismo social que separa as elites econômicas brasileiras

do restante da população findou por gerar um campo fértil para o surgimento e desenvolvimento de verdadeiros guetos de exclusão no Brasil, no quais pouco a pouco passaram a atuar de forma organizada grupos criminosos, ligados sobretudo ao tráfico de drogas. Esse foi um processo gradativo influenciado em muito por um divórcio do Estado brasileiro em relação a essas camadas despossuídas da sociedade, que desassistidas de serviços públicos de forma geral e carentes de políticas de inclusão social passaram a conviver com uma prática assistencialista e de terror patrocinada por organizações criminosas, que atuam justamente no vácuo do Brasil oficial.

De certa forma, o clima liberal que inspirou a Carta de 1988 contribuiu para que essas organizações criminosas se aprimorassem, pois compreensivelmente causava certa repulsa àqueles que sofreram perseguições do aparato de polícia política do regime militar um tipo de política voltada ao endurecimento das regras de combate à criminalidade. Ao mesmo tempo, a Constituição trazia em seu elenco de direitos e garantias fundamentais diversas regras salutares que asseguravam uma proteção aos indivíduos contra abusos de direito e procedimentos estatais sem a devida transparência. Ocorre, porém, que esta combinação de fatores findou por propiciar um resultado bastante perverso, pois o leque de garantias assegurado pela Constituição acabou sendo concretamente aplicado de forma a tornar-se um bímbo para o desenvolvimento de uma atividade criminosa sofisticada, com ramificações inclusive no exterior. O absentismo estatal em atingir essa séria questão do crescimento da “criminalidade empresarial” redundou em uma grave situação, na qual ironicamente vive-se uma cidadania partida, em que a atividade do crime organizado afronta os poderes constituídos ou mesmo neles já penetrou. A situação opressiva de há muito ocorrida nas comunidades carentes expandiu-se para o contexto da sociedade como um todo, que vive sobressaltada com a ameaça de ações criminosas e conflitos armados entre as autoridades públicas e delinquentes.

Todo esse quadro cria danos muito sérios à cidadania. Primeiramente, porque o próprio espaço público passa a ser comprometido, com o estabelecimento de limitações ao livre trânsito de pessoas em determinados locais e horas, e pelo descrédito nas instituições públicas, seja por uma crença na sua ineficiência no desempenho de suas funções, seja por dúvidas quanto ao seu grau de comprometimento com as atividades que deveria reprimir.

Ao contrário do que advogava uma tendência liberal muito comum ao momento em que entrou em vigor a Carta de 1988, as garantias constitucionais não podem ser vistas de modo absoluto, até mesmo porque não podem elas ser utilizadas de forma a comprometer a segurança da sociedade como

um todo. A proteção do indivíduo contra os abusos do Estado é algo fundamental no Estado de Direito, mas isso não corresponde a dizer que o Estado deva abdicar de suas competências também de base constitucional, de garantir a segurança pública e reprimir as condutas anti-sociais. Há de se avançar em uma reflexão sobre as medidas a serem adotadas de forma a permitir que a criminalidade eventual, motivada muitas vezes por questões sociais, não seja tratada da mesma forma que o crime organizado. Da mesma forma, as garantias constitucionais aplicáveis no primeiro caso não podem ter a mesma leitura no segundo e aqui não se está falando de uma agressão a direitos fundamentais e sim da fixação de regras penais e processuais mais severas para aqueles casos em que evidentemente exista um tipo de atividade criminosa organizada que afronte os direitos dos demais cidadãos, a exemplo do que ocorreu na Itália com o chamado movimento das "Mãos Limpas", que reduziu substancialmente a atuação do crime organizado naquele país.

3. A Constituição de 1988 e o futuro, quarenta Emendas depois

Conforme comentado anteriormente, a Carta de 1988 em seus quinze anos de vigência sofreu aproximadamente quarenta Emendas, o que pode ser visto sob dois ângulos distintos: como uma desfiguração da proposta original ou como evidência da sua adaptação a novos tempos. No item 2 deste artigo externou-se um entendimento mais próximo desta segunda alternativa, muito embora seja até possível questionar as opções jurídicas adotadas em algumas dessas Emendas à Constituição Federal.

Independentemente da tendência que se adote, o fato é que ainda há muito a fazer na efetivação da Carta de 1988 ou daquilo em que ela se transformou após as inúmeras alterações nela empreedidas e o que se pretende neste item é exatamente refletir a respeito dos desafios que nos são postos neste período adolescente da Constituição brasileira.

3.1 A Globalização da ética e do "bem-estar"

Como discutido no item 2.2 deste artigo, o processo de globalização representa um caminho sem volta na atualidade, em função de sua complexidade, da facilidade hoje existente de circulação de capitais e informações e pelo exaurimento da capacidade interna de investimento da maioria dos países intitulados emergentes. Em sendo assim, o que cabe discutir neste momento em que há uma pressão norte-americana muito forte pela formação de uma área de livre comércio nas Américas, a denominada ALCA, é o que os países emergentes do Continente podem efetivamente ganhar com isso e qual é o projeto de integração internacional que se deseja.

Por certo, o atual modelo de globalização não trouxe ganhos substan-

ciais para o Brasil, mas basicamente capitais especulativos, que, num piscar de olhos, migram sem qualquer escrúpulo de nosso País para outro à primeira avaliação precipitada de “especialistas” de vinte e poucos anos das agências de classificação de risco de *wall street*, que só ouviram falar do Carnaval do Brasil. É bem verdade que foram atraídos para o Brasil alguns capitais de investimento, basicamente em atividades privatizadas e no setor bancário, mas o incremento de fôlego na economia brasileira não pode ser considerado substancial a partir apenas dessas áreas.

Parece ser a questão da globalização algo a ser tratado segundo diferente ótica, que não apenas aquela do “Consenso de Washington”. Não basta globalizar capitais e informações, mas o momento talvez seja de uma globalização ética e de bem-estar. Dentre os seus inúmeros defeitos a globalização tem uma inegável virtude potencial, que é a de resgatar a existência de uma tradição cultural comum ao Ocidente, que ficou um pouco obscurecida pelos nacionalismos exacerbados que foram se desenvolvendo a partir da consolidação dos Estados Nacionais na Europa, a partir sobretudo dos Séculos XV e XVI. No momento em que a teoria política empreende uma revisão do conceito tradicional de soberania, deve-se também verificar de que forma a revisão econômica da soberania, que teve a sua expressão mais clara na recente adoção do Euro como moeda comum da Europa, não pode redundar também na construção de uma nova ética política, com a criação de foros internacionais em que os Estados não estejam preocupados basicamente em assegurar os seus privilégios e interesses políticos locais, mas em que haja uma concepção de bloco cultural de países.

Essas reflexões nada têm de românticas, muito embora aparentem sê-lo, de vez que para os chamados países emergentes elas podem representar a única alternativa razoável entre um isolacionismo gerador de estagnação econômica e social e uma inserção na selvageria globalizante da “ciranda” financeira internacional, como majoritariamente tem hoje acontecido. Se de fato há atualmente um mundo globalizado, faz-se necessário repartir entre a humanidade como um todo as conquistas sociais, culturais e econômicas alcançadas pelos países do Primeiro Mundo. Se hoje há integração entre os países, é importante permitir que essa integração alcance também o bem-estar das pessoas nos países emergentes e não apenas o seu mercado consumidor. Qualquer discurso sobre globalização que não inclua uma agenda de desenvolvimento social e econômico dos países emergentes irá cair no clichê do imperialismo e da dominação econômica que povoou o debate das esquerdas durante o século XX e para o qual se busca uma alternativa mais lúcida na atualidade.

O rompimento de barreiras fiscais nos países deve vir acompanhado

de medidas que permitam o desenvolvimento da economia interna e a criação de um mercado consumidor fortalecido em cada um deles e tais providências somente podem ser efetivadas a partir do momento em que os capitais "exportados" pelos países ricos não sejam meramente financeiros e sim de investimento, possibilitando aos países periféricos superar o ciclo de estagnação econômica e crise social em que se encontram hoje mergulhados. Políticas assistenciais são importantes para o atendimento das necessidades imediatas da população dos países emergentes, mas é necessária a criação de algum tipo de programa que permita a qualificação de sua mão-de-obra e a obtenção de uma qualidade de vida mínima que permita o exercício dos direitos de cidadania. Não há que se falar em globalização se a desigualdade econômica e social entre o Primeiro Mundo e os países emergentes se mantiver nos atuais níveis, sendo em realidade tal quadro demonstrativo de uma situação de fato de subordinação e não de integração internacional.

3.2 Inclusão social: a construção de "uma sociedade livre, justa e solidária"

Já se teve oportunidade de observar neste artigo que a Carta de 1988 ainda está a dever à sociedade brasileira a concretização de seu objetivo de criação de uma "sociedade livre, justa e solidária" e talvez este seja o grande desafio para os próximos anos. A Constituição revestiu-se claramente de um perfil social-democrático, mas ainda não foi possível instituir uma genuína democracia social no Brasil. Como já visto, os avanços não foram desprezíveis, mas ainda há muito a fazer nos próximos anos para que o elenco dos direitos fundamentais seja algo socialmente respeitado. No momento em que se discute uma reforma tributária no Congresso Nacional, é bastante tímido o debate sobre medidas fiscais voltadas à redistribuição de renda, sendo prioridade a questão da repartição das receitas tributárias entre União, Estados e Municípios, de forma a sanear os problemas de caixa sobretudo dos Estados. Trata-se de uma reforma que até agora caracterizou-se por uma proposta voltada a reduzir o déficit nas contas do Estado, pressionando cada vez mais os contribuintes que ainda conseguem fazer frente às suas obrigações tributárias.

Políticas de assistência social são importantes e necessárias, mas a visão macroeconômica deve também estar voltada para a oneração mais racional dos capitais produtivos, para que eles não sejam repelidos do País e possam proporcionar empregos e ascensão social a partir do trabalho. A "asfixia" em que vive a economia brasileira é resultado de um ciclo perverso, no qual o Governo tenta equilibrar as suas contas com o oferecimento de

títulos públicos que atraem capitais exclusivamente voltados a ganhos elevados e rápidos, mediante a remuneração dos investimentos com juros altíssimos. Paradoxalmente, tal circunstância afasta os capitais produtivos, uma vez que o crédito se torna cada vez mais difícil, ocasionando um esvaziamento econômico e uma oferta de emprego que não atende às demandas da sociedade. O resultado é um decréscimo na arrecadação de tributos, acompanhado de uma maior pressão sobre os mecanismos de assistência social e serviços públicos estatais, que a cada dia contam com uma demanda maior, o que gera um incremento do déficit público.

O desafio da construção do objetivo fundamental da realização da justiça social passa no presente por opções políticas, pois o instrumental legislativo disponível já proporciona satisfatoriamente os meios para a realização da cidadania. A modernização necessária do capítulo Da Ordem Econômica da Constituição já ocorreu, restando ao Estado brasileiro adotar as medidas cabíveis, para assegurar o desenvolvimento econômico e a melhoria das condições sociais do Brasil.

3.3 Desenvolvimento sustentável: a saída para a crise

Desde a Conferência Rio-92,⁸ sobre o meio ambiente, foi consagrado o conceito de desenvolvimento sustentável, que busca uma compatibilização entre a necessidade de desenvolvimento econômico dos países do Globo e a demanda por preservação dos recursos naturais. Sim, porque um preço caro a ser pago pelo crescimento urbano e industrial é a degradação das condições ambientais das áreas respectivas, tendo sido tal fenômeno claramente observado no processo de industrialização dos países do Primeiro Mundo e repetido hoje nos países emergentes. Assim, a demanda pelo crescimento econômico é inadiável, mas ela deve se dar segundo padrões que não comprometam a própria qualidade de vida daqueles que serão beneficiários daquela atividade econômica.

A Constituição Federal inclusive consagra a proteção ao meio ambiente como um dos princípios da ordem econômica (art. 170, VI) além de estabelecer expressamente uma política de proteção ambiental em seu artigo 225. Ressalte-se que um dos potenciais econômicos do Brasil reside justamente em seus recursos naturais, que são bastante valorizados pela indústria do turismo, daí a necessidade de se impedir que este patrimônio pereça em razão de uma utilização predatória ou desordenada.

⁸ Acerca da experiência positiva de diálogo global sobre o meio ambiente na Rio-92 ver LEIS, Héctor Ricardo. "Globalização e Democracia após a Rio-92: a necessidade e oportunidade de um espaço público transnacional". In: FERREIRA, Leila da Costa; VIOLA, Eduardo (org.). *Incertezas de Sustentabilidade na Globalização*. Campinas, Unicamp, 1996, p. 73-74.

O conceito de desenvolvimento sustentável orienta-se por uma integração entre o homem e o meio natural na produção de riquezas, sendo este um perfil bastante adequado para a realidade brasileira. No momento em que os países do Primeiro Mundo expressam a sua preocupação com a preservação ambiental em outras áreas do Planeta, este tema também deve ser incorporado à pauta da globalização. Diante da situação de pobreza da maioria dos países que concentram no presente a grande parte do patrimônio ambiental da humanidade, mostra-se fundamental agregar às discussões sobre a formação de blocos econômicos e a circulação de capitais formas de incremento do bem-estar dos cidadãos desses países, em troca de políticas locais de preservação e uso racional do meio ambiente.

3.4 Efetivação dos direitos fundamentais

Os desafios postos pela Constituição de 1988 compreendem ainda tornar efetivo o extenso rol de direitos fundamentais por ela instituídos. Se é por um lado possível afirmar que após a Carta de 1988 houve a afirmação do Estado Democrático no Brasil, por outro as relações na sociedade brasileira ainda estão longe de realizar esse ideal de democracia: as mulheres ainda sofrem discriminações no mercado de trabalho e são vítimas de violências das mais diversas naturezas; as crianças brasileiras ainda têm em muito limitado o seu acesso a uma educação digna e as suas precárias condições de vida as empurram a cada dia prematuramente para o mercado informal de trabalho ou mesmo para a criminalidade; isto sem falar na situação dos afrodescendentes, que sofrem diversos tipos de discriminação, em termos salariais, de emprego e de instrução.⁹

Os exemplos da dívida social brasileira são inúmeros e representam um obstáculo a ser superado nos próximos anos. Apesar do quadro social existente no Brasil, a Constituição de 1988 investiu substancialmente no incremento da cidadania, ao prever a Defensoria Pública como função essencial à função jurisdicional, viabilizando o acesso ao Poder Judiciário das camadas mais carentes da população. Conquista relevante do regime de 1988 foi também a criação de um sistema de defesa do consumidor, que alterou consideravelmente as relações entre as empresas e os usuários de seus serviços. O consumidor deixou de sujeitar-se a excessos que no pas-

⁹ O IDH da população negra no Brasil alcança a faixa de 0,700, enquanto o dos brancos chega a 0,811. Com isso, os negros vivem em condições médias de um país situado no 105º lugar do ranking do IDH e os brancos vivem em níveis do 46º colocado, considerado como um IDH alto. Tal fato só reforça a tese da existência de dois brasis: um rico, próspero e branco, e outro pobre, atrasado, no qual majoritariamente vive a população negra. Dados extraídos da página www.undp.org.br. Acesso em 23.9.2003.

sado lhe eram impostos, passando a contar com a assistência dos Procons em todo o País e com os próprios Juizados Especiais (inicialmente de Pequenas Causas), em que suas ações são julgadas com mais celeridade e menos formalismos.

O início do terceiro milênio nos lança novos desafios jurídicos no campo dos direitos fundamentais, como o de tornar efetivo o Estatuto da Cidade (Lei nº 10.257, de 10.7.2000), de forma a equacionar a grave questão urbana brasileira, que tem no processo de favelização e da ocupação desordenada dos espaços nas cidades a sua maior expressão. O próprio Código Civil de 2002 abre em vários de seus dispositivos um extenso campo para a aplicação da equidade pela Jurisprudência, o que reforça a necessidade da existência de um Poder Judiciário socialmente integrado e formado por pessoas capacitadas para lidar com os graves problemas existentes na sociedade brasileira.

4. Conclusão

A Constituição de 1988 representou um marco na história brasileira não apenas por ter sido a concretização do processo de passagem do País para uma ordem democrática, mas também porque foi ela própria inovadora em termos da proteção formal da cidadania, ao instituir um extenso leque de direitos e garantias fundamentais. Entretanto, ela foi gestada em meio a um contexto de acalorados debates ideológicos e de afirmação institucional de posições nacionalistas, que veio a ser suplantado por posteriores mudanças na conjuntura internacional, como o ocaso dos regimes socialistas do Leste da Europa e o denominado processo de globalização. Tal circunstância contribuiu para que fosse promovida uma adequação da ordem constitucional brasileira a esta nova realidade, que se consubstanciou na aprovação de algo em torno de quatro dezenas de Emendas Constitucionais desde 1988.

Independentemente de se discutir o acerto das opções políticas feitas no passado no que tange à Carta constitucional brasileira, é certo afirmar que ainda há bastante a fazer, para que o Brasil venha a concretizar os objetivos fundamentais instituídos pelo texto constitucional e ao mesmo tempo a se integrar à comunidade internacional em condições dignas em termos políticos e econômicos.

Os avanços ocorridos na vigência da Carta de 1988 foram consideráveis, mas a dívida social ainda existente faz com que a verdadeira construção de um Estado Democrático de Direito seja uma meta ainda a ser alcançada, pois não basta a formalização da democracia, por meio dos processos políticos tradicionais, sendo fundamental a incorporação de boa parte da sociedade brasileira ao mundo oficial disciplinado pelo direito. Do mes-

mo modo que o Brasil não pode se conformar com a situação de país periférico na ordem internacional, não é possível a existência de brasileiros de segunda classe, excluídos dos benefícios proporcionados pelos avanços científicos e pela economia global; sendo exatamente essa dupla inserção – do País e dos cidadãos – um dos maiores desafios a serem concretizados nos próximos anos.

A Constituição é, portanto, um documento jurídico dinâmico, sujeito não apenas a mudanças formais em seu conteúdo, mas também a construções interpretativas a partir da correlação entre as suas regras e princípios e o momento presente. Espera-se que nos próximos quinze anos de vigência do texto constitucional alguns dos desafios ainda a serem enfrentados tenham sido superados, mormente aqueles atinentes ao pleno exercício da cidadania pelos brasileiros. ♦

A Reforma Processual de 2002

Ligeiras Anotações

Lei nº 10.352, de 26.12.01

III: Os Embargos Infringentes

WILSON MARQUES*

Desembargador do TJ/RJ. Professor da EMERJ

EMBARGOS INFRINGENTES

Artigo 530 - Cabimento

Nós herdamos os Embargos Infringentes do direito português, onde, não obstante, o recurso foi abolido, desde o advento do Código de 1939.

Trata-se de recurso que, atualmente, só existe no Brasil.

O Anteprojeto Buzaid não contemplava os Embargos Infringentes senão nas chamadas "causas de alçada" e na Exposição de Motivos já se assinalava que "a existência de um voto vencido não basta, por si só, para justificar a criação de um recurso", porque, a não ser assim, dever-se-ia admitir, sempre, pela mesma razão, novos recursos de Embargos Infringentes sempre que ocorresse, nos novos julgamentos, novos votos vencidos, com evidente prejuízo para a celeridade processual, sacrificando-se, assim, o ideal de justiça rápida pelo desejo de aperfeiçoamento da decisão.

Surpreendentemente, no entanto, os Embargos Infringentes, não contemplados no Anteprojeto, reapareceram no projeto definitivo, aprovado, afinal, pelo Poder Legislativo.

Como informa o Professor Barbosa Moreira, em prol da manutenção dos Embargos Infringentes, "tem-se argumentado com a conveniência de abrir-se nova oportunidade à revisão da matéria julgada, quando, no próprio Tribunal, não se formou a unanimidade."

Seria uma forma de proporcionar as condições necessárias à correção de decisões errôneas, por um órgão composto de maior número de julgadores, que se presume vá chegar a resultado mais seguro.

Restaria saber - acrescenta o sumo professor - se essa vantagem compensa os aspectos negativos do recurso, dentre os quais avultam os

* Do mesmo autor, na *Revista EMERJ*: "A Reforma do CPC, de 2002" (I - *Apelação* nº 20, p. 193 - 204) e (II - *O Agravo de Instrumento*, nº 22, p. 94 - 104).

inconvenientes da procrastinação dos feitos e o de o órgão julgador receber a matéria de fato a distância considerável.

Há algum tempo, o Ministro Sálvio de Figueiredo, em entrevista gravada, na EMERJ, pela *Rede Vida de Televisão*, anunciou que, no chamado Projeto de Lei nº 12, que faz parte da reforma processual, a Comissão pensou em abolir os Embargos Infringentes, mas acabou se fixando em uma solução intermediária consistente em excluir o seu cabimento nos casos de divergência: a) só na preliminar; b) no julgamento de apelação interposta contra sentença terminativa; c) no caso de o Tribunal haver confirmado, embora por maioria de votos, a sentença apelada.

Portanto, pela solução proposta, os Embargos Infringentes somente seriam admissíveis no caso de *divergência* no *julgamento do mérito* de recurso de apelação em que a Câmara, por maioria, *reformou* a sentença apelada.

Exatamente essa solução, antes sugerida à Comissão, por Barbosa Moreira, é a que, agora, se vê transformada em lei, com a nova redação que se deu ao artigo 530, onde se acrescentou que, no concernente à Ação Rescisória, os Embargos Infringentes serão admissíveis se o pedido for julgado procedente, sendo, pois, inadmissíveis, se o pedido for julgado improcedente.

Eis a nova redação dada ao artigo 530:

“Cabem Embargos Infringentes quando o acórdão não unânime houver reformado, em grau de apelação, a sentença de mérito, ou houver julgado procedente Ação Rescisória. Se o desacordo for parcial, os embargos serão restritos à matéria objeto da divergência”.

Como diz Dinamarco, a lei excluiu o cabimento do recurso de Embargos Infringentes no caso de *dupla sucumbência*. Se o autor perdeu no primeiro grau e perdeu, também, no segundo, ainda que por maioria, dos Embargos Infringentes não poderá lançar mão.

Mas se a sucumbência não for dupla, os Embargos serão admissíveis: O autor perdeu, no primeiro grau, mas ganhou no segundo, por maioria; ou ganhou, no primeiro grau, mas perdeu, no segundo, também por maioria de votos.

Nos dois casos, houve reforma da sentença, em grau de Apelação, e, portanto, os Embargos Infringentes serão admissíveis. No primeiro caso, Embargos interponíveis pelo réu. No segundo, pelo autor.

É curioso observar que contra o acórdão que julgou Apelação, os Embargos serão sempre do apelado. Não existe Embargos Infringentes de apelante, porque para embargar, o apelante precisaria ter perdido e para ter perdido seria preciso que a sentença não tivesse sido reformada e se a sentença não foi reformada os Embargos não são admissíveis porque deci-

são embargável é somente aquela que "houver reformado, em grau de apelação, a sentença de mérito". (artigo 530, na nova redação)

Na Ação Rescisória, os Embargos Infringentes serão cabíveis quando a maioria houver julgado procedente o pedido inicial e a minoria, improcedente.

Portanto, contra acórdão proferido em sede de Ação Rescisória, os Embargos Infringentes somente poderão ser interpostos pelo réu, nunca pelo autor, pois para embargar, o autor precisaria ter perdido; se perdeu o seu pedido foi julgado improcedente e decisão embargável, em grau de Ação Rescisória, é somente a que "houver julgado procedente ação rescisória" (artigo 530, na nova redação)

Em todos os casos, como observa o mesmo Dinamarco, "o legislador restringiu... a admissibilidade dos Embargos Infringentes, lastreado em um critério de probabilidade".

"Se a maioria votante se pôs ao lado do juiz ou juízes responsáveis pela sentença ou acórdão sujeito à ação rescisória, isso significa que por duas vezes o Poder Judiciário decidiu no mesmo sentido, sendo menos provável que todos eles hajam errado."

Mas se a maioria divergiu do prolator ou prolotores da sentença ou do acórdão, posto em apreciação, em sede de apelação ou de Ação Rescisória, a probabilidade de erro pode ser maior.

Dalí a inadmissibilidade do recurso, no primeiro caso, e sua admissibilidade, no segundo.

Embargos Infringentes contra acórdão que julgou Apelação

Como decorre do próprio texto legal, o recurso, neste caso, será admissível: a) se o acórdão não for unânime e b) se houver reformado sentença de mérito.

Sentença de mérito é aquela que afirma ou que nega a existência do direito material para o qual se veio a juízo pedir tutela ou a que o atinge, de alguma forma, direta ou reflexa (decadência, prescrição).

Basicamente, é a que julga procedente ou improcedente o pedido inicial veiculado em ação de conhecimento ou cautelar. No de execução, não, pois nesta o autor não pede um julgamento de mérito senão que apenas a prática de atos materiais concretos destinados a tornar efetivo o seu direito reconhecido em sentença ou emergente de título executivo extrajudicial.

Há controvérsia sobre a existência de julgamento de mérito no processo cautelar, mas o melhor entendimento é no sentido afirmativo, porque, no processo cautelar, o juiz afirma ou nega a existência do direito para o qual o autor veio a juízo pedir tutela - o direito à cautela - e isso é julgar o mérito do pedido cautelar que, obviamente, não se confunde com o julgamento do mérito do pedido principal.

Quase desnecessário assinalar que: a) para reformar a sentença de mérito o Tribunal precisa, antes de mais nada, conhecer do recurso, o que importa em dizer que, em caso algum serão admissíveis Embargos Infringentes contra decisão que não conheceu do recurso, ainda que por maioria dos votos da turma julgadora: b) se conhecer do recurso, mas ao julgá-lo, o Tribunal anular a sentença, por qualquer razão – *v.g.* falta de fundamentação, incompetência absoluta do juízo, decisão *extra petita* etc. etc. – mesmo por maioria, o recurso de Embargos Infringentes também não será admissível, porque anular não é reformar e este recurso somente é admissível se a decisão embargada “houver reformado, em grau de apelação, a sentença de mérito”.

Em contrário, quanto a este último ponto, manifesta-se, mas, *d.v.*, sem razão, Sérgio Shimura, para quem “se o Tribunal houver *conhecido* do recurso e adentrado ao exame do *mérito recursal*, temos por satisfeito o requisito pretendido pelo legislador, sendo despiciente a distinção entre *anulação* ou *reforma* da sentença. Em outras palavras, a reforma alberga duas situações: invalidação e substituição da sentença” (Embargos Infringentes e seu novo perfil, página 257).

A lição não é de ser seguida porque reformar a sentença é modificar o seu conteúdo; é julgar procedente o pedido que fora julgado improcedente ou vice-versa, o que não ocorre quando o Tribunal invalida a sentença, por entender que tenha sido proferida com algum vício.

Portanto, se pelo novo artigo 530 os Embargos Infringentes são cabíveis quando “o acórdão não unânime houver reformado, em grau de apelação, a sentença de mérito...”, parece de primeira evidência que esses Embargos não são cabíveis quando o Tribunal, invalidar a sentença, porque – diga-se ainda uma vez – anular ou invalidar não é reformar.

Registre-se, também, que havendo julgamento de mérito, por maioria, ao abrigo do artigo 515, parágrafo 3º - “Nos casos de extinção do processo, sem julgamento do mérito (artigo 267), o Tribunal pode julgar desde logo a lide, se a causa versar questão exclusivamente de direito e estiver em condições de imediato julgamento” - a decisão que assim se proferir não poderá ser atacada através de recurso de Embargos Infringentes, porque de acordo com o artigo 530, na redação que lhe deu a lei nova, esses embargos somente são cabíveis “quando o acórdão não unânime houver *reformado*, em grau de apelação, a sentença de mérito”, e, no caso, evidentemente, não terá havido reforma alguma de decisão de mérito, a justificar a interposição do recurso.

Para tornar admissível o recurso de Embargos Infringentes é indiferente se o Tribunal acolheu o pedido que o juiz rejeitara ou se rejeitou o pedido

que o juiz acolhera. Basta, em qualquer dos casos, que o acórdão não unânime tenha reformado, em grau de apelação, a sentença de mérito.

Para os fins em vista, equiparam-se a acórdãos em apelação ou em ação rescisória os de julgamento de agravos inominados, às vezes impropriamente designados por agravos internos ou regimentais.

Desse modo, se o relator, na forma do disposto no artigo 557, parágrafo 1º-A, na redação que lhe deu a Lei nº 9.756, de 17.12.98, der provimento a recurso de apelação interposto contra decisão proferida "em manifesto confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior..." e se a sua decisão, em grau de agravo inominado (artigo 557, parágrafo 1º) for mantida, pelo colegiado, por maioria de votos, contra este acórdão poderá investir o agravado, através de recurso de Embargos Infringentes, interponível contra acórdão que não julgou Apelação, mas que é acórdão equiparável a que julgou Apelação.

Continuam não sendo embargáveis os acórdãos proferidos em sede de Agravo Retido que, conquanto seja recurso que o Tribunal julga como preliminar da Apelação, é recurso distinto, com esta inconfundível.

Em contrário, no entanto, há a Súmula nº 255 do STJ, que está a merecer urgente revisão:

"Cabem Embargos Infringentes contra acórdão proferido por maioria, em agravo retido, quando se tratar de matéria de mérito".

Ao contrário, são embargáveis, desde que reunidos os requisitos legais, os acórdãos proferidos em sede de reexame necessário, que funciona como verdadeiro substitutivo da apelação necessária, desconhecida do ordenamento jurídico em vigor. Nesse sentido: Araken de Assis, **Doutrina e Prática do Processo Civil Contemporâneo**, páginas 335 a 355)

Quanto aos Embargos de Declaração, é preciso recordar que os acórdãos que os retratam incorporam-se aos das Apelações ou aos das Ações Rescisórias (e/ou dos outros recursos e ações autônomas de impugnação) e, portanto, passam a ser acórdãos de Apelações ou de Ações Rescisórias e, portanto, podem perfeitamente desafiar o recurso de Embargos Infringentes, desde que reunidos os requisitos legais.

Por exemplo: No julgamento unânime de Apelação houve omissão. Interposto o recurso de Embargos de Declaração, o Tribunal dá provimento ao recurso, supre a omissão e reforma a sentença apelada, por maioria de votos da turma julgadora.

Embargos Infringentes contra acórdão que julgou Ação Rescisória

O julgamento da Ação Rescisória comporta três fases ou etapas:

A primeira é a do juízo de admissibilidade da ação: O Tribunal vai

verificar se estão presentes os pressupostos processuais e as condições da ação, tantos os genéricos quanto os específicos da Ação Rescisória (v.g. se a decisão rescindenda é de mérito; se transitou em julgado; se a causa de pedir encontra guarida no elenco do artigo 485, etc. etc).

Ultrapassada a primeira fase, o Tribunal, se concluir que a ação é admissível, passará para a fase seguinte: a do julgamento do mérito da Ação Rescisória.

Mas esse julgamento de mérito, por sua vez, comporta uma sub-divisão:

Verificará o Tribunal, inicialmente, se ocorreu, efetivamente, o fato constitutivo da causa de pedir a rescisão, que se invocou, na petição inicial, como suporte da pretensão vestibular. No caso afirmativo, o Tribunal julgará procedente o pedido e rescindir a sentença ou o acórdão. É o *judicium rescindens*.

Em situações excepcionais, o *judicium rescindens* pode ser suficiente para a tutela do direito lesado ou ameaçado. Assim, v.g., se o acórdão rescindendo violou a coisa julgada, bastará retirá-lo do mundo jurídico, através do *judicium rescindens*, para que todo o problema esteja resolvido (artigo 485, IV). O rejuízo da causa, nesta hipótese, importaria em incidir, agora, no mesmo erro de antes: o da violação da coisa julgada.

Também pode acontecer que muito embora insuficiente a mera rescisão da sentença ou do acórdão, a reapreciação da causa não caiba ao próprio Tribunal que proferiu a decisão de rescisão, sendo necessária a remessa dos autos, para tal fim, a outro órgão: Assim, no caso de rescisão por incompetência absoluta do órgão que proferiu a decisão rescindenda (artigo 485, II, *fine*), em que o rejuízo será feito pelo órgão competente. Assim, também, nos casos em que a rescisão seja decorrente da existência de vício no processo anterior, que precisará ser refeito: v.g. citação nula não convalidada, falta de intimação do Ministério Público, nos casos em que a sua intervenção é obrigatória, etc. etc. hipóteses em que os autos serão encaminhados ao juízo competente para que os atos sejam refeitos, prosseguindo-se, depois, como de Direito.

No comum dos casos, no entanto, haverá necessidade de ir adiante. Depois de rescindir a sentença ou o acórdão, precisará o Tribunal rejuizar a causa, que ficou sem julgamento depois que a decisão rescindenda foi retirada do mundo jurídico. A esse rejuízo denominamos *judicium rescissorium*.

É interessante notar que a vitória no *judicium rescindens* não garante ao autor da Ação Rescisória vitória, também, no *judicium rescissorium*. Bem pode acontecer que o Tribunal rescinda a sentença porque verifique que “foi dada por prevaricação, concussão ou corrupção do juiz” (artigo 485, I) e no rejuízo

decida de forma exatamente igual à que decidira o juiz que, apesar da prevaricação, da concussão e da corrupção, proferira sentença justa.

Antes do advento da lei nova (10.352), o julgamento não unânime, em qualquer uma dessas fases ou etapas, era atacável através de recurso de Embargos Infringentes.

Atualmente, como o novo artigo 530 exige, como condição de admissibilidade dos Embargos Infringentes contra acórdão proferido em sede de Ação Rescisória, que o pedido inicial tenha sido julgado procedente, fica excluída a possibilidade do uso desse recurso, contra decisão, mesmo não unânime, proferida na primeira etapa - a do juízo de admissibilidade da ação - na qual, obviamente, não poderá haver, em caso algum, declaração de procedência ou de improcedência do pedido de rescisão.

Bem ao contrário, julgamento de mérito, ou seja de procedência ou de improcedência do pedido de rescisão e do de rejuízo de mérito haverá, tanto no *judicium rescindens*, como no *judicium rescissorium*.

Um e outro integram o que podemos denominar de julgamento do mérito da ação rescisória.

Assim, no caso de julgamento não unânime, de procedência do pedido, no *judicium rescindens* e no *rescissorium*, poderá embargar o réu, atacando tanto um dos julgamentos como o outro (ou um só deles, se somente neste tiver havido julgamento por maioria).

O que não se concebe, em caso algum, em sede de Ação Rescisória, é a interposição de Embargos, pelo autor.

É que constitui pressuposto dos Embargos, nesse caso, que o pedido (de rescisão, de rejuízo de mérito ou ambos) tenha sido julgado procedente (artigo 530, na nova redação) e se o pedido foi julgado procedente (ainda que por maioria de votos) o autor venceu e como vencedor não poderá recorrer, porque lhe faltará interesse processual na obtenção da prestação jurisdicional.

Se o autor perdeu (na etapa da rescisão, na do rejuízo de mérito ou em ambas) o pedido de rescisão não foi julgado procedente e isso basta para tornar inadmissível o recurso de Embargos de Declaração contra acórdão que julgou Ação Rescisória.

Artigo 531

Embargos Infringentes

Procedimento.

Juízo de admissibilidade

Na sistemática anterior, o procedimento dos Embargos Infringentes obedecia ao seguinte *iter* procedimental: 1: Interposição do recurso; 2: Juízo de admissibilidade do recurso, pelo relator da decisão embargada; 3: Distribuição,

com sorteio de novo relator para o recurso (se admitido); 4: Vista dos autos ao embargado, para contra-razões. 5: Relatório e revisão; 6: Julgamento.

Diante da nova redação que se deu ao artigo 531, as contra-razões serão apresentadas antes do juízo de admissibilidade do recurso, podendo versar, inclusive, sobre o cabimento do recurso e demais requisitos intrínsecos e extrínsecos de sua admissibilidade.

Portanto, o *iter* procedimental, agora, é o seguinte: 1: Interposição do recurso; 2: Vista dos autos ao embargado, para contra-razões; 3: Juízo de admissibilidade do recurso, pelo relator da decisão embargada; 4: Distribuição, com sorteio de novo relator para o recurso (se admitido); 5: Relatório e revisão; 6: Julgamento.

Com o novo *iter* procedimental, afasta-se o procedimento dos Embargos Infringentes do da Apelação (onde não há contraditório antes do juízo de admissibilidade do recurso - artigo 518) para aproximá-lo do dos recursos especial e extraordinário (onde existe prévio contraditório antes daquele juízo - artigo 542).

Apesar das vantagens que oferece, notadamente quanto à possibilidade de o embargado impugnar a admissibilidade do recurso, antes de ser proferido o juízo de admissibilidade, o novo sistema apresenta o inconveniente de retirar do relator o poder de negar, *de plano*, "seguimento a recurso manifestamente inadmissível", como ele está autorizado a fazer, na generalidade dos casos, pelo artigo 557.

Cumprir registrar, no entanto, que, não em todos, mas apenas em certos casos, é pelo menos discutível a possibilidade de utilização do artigo 557, em sede de Embargos Infringentes.

Se o relator dos Embargos Infringentes verificar que a decisão recorrida foi proferida "em manifesto confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal ou de Tribunal Superior", ele, isoladamente, poderá dar provimento ao recurso, na forma do disposto no artigo 557, parágrafo 1º - A? É aceitável que um só julgador tenha o poder de reformar um julgamento colegiado?

Razões de ordem lógica impõem a resposta negativa.

Isso não significa que o artigo 557 não é aplicável, em caso algum, em sede de Embargos Infringentes. Com efeito, nada impede, antes tudo recomenda, que, utilizando o poder que lhe foi conferido pelo referido dispositivo legal, o relator da decisão embargada, depois de ouvir o embargado, julgue inadmissível o recurso intempestivo ou aquele ao qual falte qualquer outro requisito intrínseco ou extrínseco de sua admissibilidade.

Artigos 533 e 534 *Embargos Infringentes*

Procedimento.

Continuação.

Com esses dispositivos – artigos 533 e 534 - na sua nova redação, a lei procurou prestigiar os regimentos dos tribunais.

Eis como dispõem, na lei nova, os referidos artigos 533 e 534:

“Artigo 533: Admitidos os embargos, serão processados e julgados conforme dispuser o regimento do tribunal”.

“Artigo 534: Caso a norma regimental determine a escolha de novo relator, esta recairá, se possível, em juiz que não haja participado do julgamento anterior”.

Esses dispositivos legais nem exigem, nem proíbem que participem do julgamento dos Embargos Infringentes os juízes que julgaram a Apelação ou a Ação Rescisória.

O último deles - artigo 534 – deixa claro que o Regimento Interno dos Tribunais pode determinar, ou não, que o relator dos Embargos Infringentes seja o mesmo da Apelação ou da Ação Rescisória. É o que deflui da cláusula “Caso a norma regimental determine a escolha de novo relator....”

O Regimento Interno do nosso Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro estabelece que as Câmaras Cíveis são competentes para julgar “os Embargos Infringentes contra seus acórdãos e o recurso contra a decisão do Relator que não os admitir” (artigo 6º, “d”).

Ou seja, os Embargos Infringentes contra acórdão da Câmara serão julgados pela própria Câmara que julgou a Apelação e a Ação Rescisória, mas deles não poderá ser relator (artigo 130, parágrafo 4º), nem revisor (artigo 33, parágrafo único), quem houver participado do julgamento da Apelação ou da Ação Rescisória.

Mas nada impede que participem do julgamento dos Embargos Infringentes, na qualidade de vogais, os que houverem participado do julgamento da Apelação ou da Ação Rescisória

Será que, diante da nova sistemática do recurso, só o Regimento Interno pode dispor sobre a matéria pertinente ao processamento e julgamento dos Embargos?

O professor Barbosa Moreira faz importante distinção (*in Revista da EMERJ*, volume 5, nº 20, 2002, páginas 190 e 191):

O Regimento sobrepõe-se às disposições do Código de Processo Civil que se refiram, de maneira específica, aos Embargos Infringentes. Assim - exemplifica - a norma regimental pode suprimir a revisão e a expedição de cópias, excluindo a incidência dos artigos 551 e 553 que tratam da matéria, através dessas normas, que se referem, de maneira específica, aos Embargos Infringentes.

Já as normas genéricas, ou seja, as que não tratam especificamente dos Embargos Infringentes, não poderão ser afastadas pelo Regimento.

Assim, o Regimento não poderá dispensar a inclusão do recurso em pauta a ser publicada no órgão oficial (artigo 552) ou afastar a regra que manda solucionar as preliminares antes do mérito (artigo 560), porque essas normas não se referem, de maneira específica, aos Embargos Infringentes.

Dinamarco é mais radical. A seu ver, “não é integral essa liberdade concedida aos regimentos, nem seria razoável que o fosse porque a interferência nos direitos dos litigantes ou em matéria pertinente à ordem pública constituiria invasão de área constitucionalmente reservada à lei – e à própria lei não é permitido delegar competências”.

Assim - acrescenta o processualista de São Paulo – “os regimentos internos não poderão, por exemplo, suprimir o agravo contra o juízo negativo de admissibilidade proferido pelo relator, que o artigo 532 do Código de Processo Civil concede; não poderão suprimir a figura do revisor (artigo 551) ou dispensar do voto pelo mérito os juízes que houverem ficado vencidos na preliminar (artigo 561) etc. etc.” (**Reforma da Reforma**, 2ª. edição, páginas 207 e 208).

Nos dois primeiros casos, a ser correta a tese do Professor Barbosa Moreira, os regimentos internos, diversamente do que sustenta o Professor Dinamarco, poderão – sim - suprimir o agravo interponível contra o juízo negativo de admissibilidade do recurso proferido pelo relator, e, nos julgamentos dos Embargos Infringentes, poderão, igualmente, suprimir a figura do revisor, porque os artigos 532 e 551, que tratam da matéria, contêm disposições que se referem, de maneira específica, aos Embargos Infringentes.◆

Internet e Responsabilidade Civil

SEMY GLANZ

Desembargador aposentado do TJ/RJ

1. Conceitos

A responsabilidade costuma definir-se como a obrigação de reparar o dano causado a alguém, pela atuação de uma pessoa ou por pessoas ou coisas que desta dependem (Savatier).

A denominação “responsabilidade civil” deriva de um fato histórico: na origem só havia responsabilidade penal: quem violava normas de comportamento e causava dano a alguém era punido penalmente. Surgiu depois a responsabilidade que não configura um crime e daí o nome responsabilidade *civil*.

2. Fundamentos

Fundamentos são as razões de ordem jurídica que justificam a formação de uma responsabilidade civil, segundo recente obra de PATRICE JOURDAIN.¹

a) Culpa, dano e nexo causal – responsabilidade subjetiva.

Antigamente, eram poucos os fundamentos: um comportamento de alguém, que podia ser negligente ou imprudente, violando um dever que podia conhecer e observar, e que se chama de culpa; a consequência desta violação, isto é, o dano resultante; e para que a vítima pudesse reclamar a indenização, a doutrina indicava o chamado nexo causal, ou seja, a relação entre o comportamento do responsável e o dano resultante.

Falava-se então em *responsabilidade subjetiva*, ou seja, baseada na atuação desastrosa do sujeito.

Ante a dificuldade de provar a culpa e até em face de pessoas jurídicas, evoluiu a doutrina para a chamada “culpa presumida”. Caberia ao responsável provar que não tivera culpa ou que a culpa fora da vítima, como no caso de nossa antiga Lei da Responsabilidade Civil das Estradas de Ferro (chamada de Decreto) – o Dec. 2.681/1912:

¹ PATRICE JOURDAIN – *Les Principes de la Responsabilité Civile*, Dalloz, 6.ed., Paris, 2003, p. 25.

Art. 17. As estradas de ferro responderão pelos desastres que nas suas linhas sucederem aos viajantes e de que resulte a morte, ferimento ou lesão corpórea. A culpa será sempre presumida, só se admitindo em contrário alguma das seguintes provas:

I - caso fortuito ou força maior;

II - culpa do viajante, não concorrendo culpa da estrada.

b) Risco, dano e nexo causal - responsabilidade objetiva

Mas a evolução do mundo e as novas tecnologias desde a chamada Revolução Industrial, com a multiplicação dos danos, e a complexidade e dificuldade para provar quem seria o responsável e ainda em conseguir a indenização, alteraram as teorias. Passou-se a falar em *responsabilidade sem culpa* e, não considerando a culpa, o direito levou em conta outro aspecto gerador da responsabilidade: o *risco*. O dever de reparar não dependia mais da prova da culpa, que se tornou cada vez mais difícil, e veio a nova teoria da *responsabilidade objetiva*.

PATRICE JOURDAIN salienta duas etapas no processo que vai do fato danoso à reparação:

a) a primeira é indicar o fato gerador da responsabilidade, ou seja, aquilo que dá direito à vítima de obter a reparação.

b) a segunda etapa é indicar a pessoa que deve responder pelo dano.

Quando o fato gerador é a culpa, fica mais fácil indicar a pessoa responsável, pois a esta se atribui o comportamento culposos. Mas há fatos acidentais que também servem de base à indenização, podendo provir de uma coisa ou de uma pessoa, sem haver culpa. Neste caso, leva-se em conta o *risco*, que se realiza por um acidente. O dano é reparável porque concretiza um risco, imposto a alguém, independentemente de culpa.

Indicam-se os acidentes do trabalho, os acidentes de trânsito e os acidentes médicos, cujos danos decorrem de situações de risco. Já o velho Código Civil francês (art. 1384), como o antigo Código Civil brasileiro (arts. 1527 e seguintes), falavam em responsabilidade pela guarda de coisas, o que foi mantido pelo novo Código Civil de 2002 (arts. 936 a 939).

Aí ocorre um caso fortuito realizador do risco, incluindo-se os pais pelos atos dos filhos e dos patrões pelos seus aprendizes ou empregados.

2.1. Fundamentos da indicação do responsável

Surgindo o direito a uma reparação, cabe indicar o responsável. No caso da culpa, conhecido o culpado, este é o responsável.

Mas se não consideramos a culpa, surge outro fundamento e a maioria indica o risco, que é imputado a alguém. Por quê?

Uns dizem que o risco é a contrapartida do lucro. Se alguém tem

empregados, lucra com o trabalho deles; logo, deve assumir o risco dos danos que estes causem. É a teoria do *risco-proveito*.

Outros dizem que deve responder aquele que cria os riscos; é a teoria do *risco criado*.

Embora a atividade empresarial não seja condenável, a criação de riscos deve ser impedida.

Há ainda a contrapartida do *poder*, da *autoridade* ou da *senhoria*, pois o responsável tem pessoas ou coisas a seu dispor e responde pelos danos. Assim, o comitente responde pelos atos do preposto, os pais pelos filhos menores, o dono ou detentor do animal por danos que este cause (arts. 1521 do antigo e arts. 932 e 936 do novo Código Civil).

Conjuga-se esta teoria com a chamada *aptidão para o seguro*: responsável é aquele que pode contratar seguro, para indenizar a vítima. Aqueles que têm atividades de risco devem contratar seguro, para indenizar os danos. Exemplo é o acidente do trabalho dos empregados.

Outros fundamentos são a garantia de solvabilidade, ou seja, deve responder aquele que tem meios de pagar (patrões, pais, comitentes), mas informa-se que já se estuda outra saída e que ainda há um outro fundamento: o dever contratual. Aquele que contrata outras pessoas para realizar trabalhos responde pela força do contrato.

3. Responsabilidade contratual e extracontratual

A doutrina antiga distingue a responsabilidade decorrente de um contrato, e daí chamada de *responsabilidade contratual* e aquela em que não há contrato, mas dever legal, sendo chamada de *extracontratual*, *delitual* ou *aquiliiana* (regulada no direito romano pela Lei Aquília de cerca de 287 a. C).

Quando alguém descumpre um contrato, a lei permite uma indenização, em geral não se podendo exigir o cumprimento exato do contratado, pois não se pode obrigar alguém, especialmente se for dever personalíssimo, a executar o que prometeu. Assim, se um pintor se obriga a pintar um quadro e não o faz, não se pode obrigá-lo a pintar, mas a indenizar o dano. Ora, isto também ocorre com outros deveres, de modo que, na execução, não há distinguir o dever contratual ou extracontratual.

Mas a doutrina ainda aceita a distinção, porque havia contrato e as partes aceitaram realizar certos encargos, cabendo analisar tais deveres e como deve reparar-se o que se incumpriu. Fala-se em culpa contratual e há certas circunstâncias que não se encontram no outro caso, como a constituição em mora, as cláusulas prevendo a inexecução, as penalidades contratadas, como a chamada cláusula penal (arts. 921 e segs. do CC antigo e 408 e seguintes do novo).

A doutrina aponta os requisitos da responsabilidade contratual: 1) contrato válido, 2) dano decorrente do contrato e 3) o nexo contratual entre o responsável e a vítima.

Na maioria dos casos, a vítima é um dos contratantes.

Exceções: mas nem sempre a vítima deve ser parte no contrato, como nos casos de estipulação em favor de terceiro (exemplo é o seguro de responsabilidade civil, em que a vítima não contratou, mas pode acionar a seguradora).

Atualmente, com o direito do consumidor, o nexo não se limita apenas aos contratantes, podendo estender-se a todos os responsáveis, como se vê do art. 12 do CDC:

“o fabricante, o produtor, o construtor, nacional ou estrangeiro, e o importador, respondem, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores...”

4. A responsabilidade pelo fato das coisas

Falamos acima das coisas que causam danos. Podem ser animadas (caso dos animais vivos) e inanimadas. Um muro mal feito, que vem a cair, ferindo pessoas, é um dos exemplos. Há casos de eletrodomésticos que se incendiam ou explodem. Quem é responsável, no caso? A doutrina diz que é a pessoa que tem a sua guarda. Mas, que é guarda?

PATRICE JOURDAIN diz que:

“A guarda é uma noção sutil, uma das mais sutis de nosso direito. Implica certa senhoria, certo poder sobre as coisas, segundo a idéia de que a responsabilidade é a contrapartida do poder. Mas de que poder?”²

Responde a autora que de início a jurisprudência afastou a chamada *guarda física*, decorrente da detenção da coisa e seu controle material. Mas, ao julgar um caso de furto de automóvel, num estacionamento, a Corte de Cassação entendeu que a guarda é o exercício de *poderes de uso, direção e controle*. No caso, estes poderes eram do ladrão.

Os casos mais importantes da jurisprudência francesa aparecem resumidos em MICHEL DE JUGLART.³

No entanto, a excelente autora que aprofunda a teoria da responsabilidade civil na França – GENEVIÈVE VINEY, afirma que, no tocante a dizer

² Obra citada, cap. II, p. 82.

³ MICHEL DE JUGLART – *Cours de Droit Civil*, tomo I, 2º v., 11. ed., 1989, p. 293 e segs.

quem é guardião responsável e em que consiste o dever de guarda, os tribunais ainda manifestam grandes hesitações.⁴

Vem após a *presunção de guarda do proprietário* da coisa, mas o dono pode deixar de ser o guardião, por contrato, como no caso da locação, do empréstimo, do transporte.

A doutrina francesa passa a distinguir o que chama de “*guarda de estrutura*” e “*guarda do comportamento*”, quando ocorreu a explosão de um cilindro de gás, descarregado de um caminhão, em que a válvula estaria com defeito. Embora o cilindro estivesse em poder do transportador, a guarda de estrutura era do fabricante que mandara entregá-lo com defeito.

Passou-se a falar em *coisas perigosas*, para manter o fabricante como responsável, embora a coisa fosse vendida a um comerciante que, por sua vez, a vende a um consumidor.

Assim, emerge a *responsabilidade contratual pelo fato das coisas*.

Finalmente, leis posteriores ao Código Civil regulam os casos das coisas perigosas, como teleféricos, aeronaves, aparelhos nucleares e automóveis. Nestes casos, a responsabilidade se torna objetiva, ou seja, não depende de culpa, bastando o dano e o nexa causal, sabendo-se a quem pertence a coisa.

5. A responsabilidade decorrente da Internet

Sabe-se que a Internet, como nova forma de tecnologia, alterou velhos conceitos e deu origem a novos danos. A chamada rede mundial (World Wide Net), notável forma de comunicação com o uso de computadores pessoais, aproximando pessoas e permitindo infinitas transmissões de conhecimentos, notícias, cultura e diversões, também serve aos maus usuários, que buscam prejudicar terceiros.

Inicialmente, apareceram os técnicos que testavam apenas a vulnerabilidade, com o intuito de proteger os dados das empresas, como os bancos, e que se chamam de *hackers*. Depois vieram os maus elementos, que buscam invadir os dados de empresas ou particulares, com o intuito de causar danos – os chamados *crackers*. Os primeiros são contratados para testar a segurança dos *softwares* e ver se os dados armazenados podem ou não ser descobertos; os segundos tentam retirar os créditos bancários, ou espalham os chamados “vírus”, com o intuito de danificar programas ou funcionamento dos computadores.

⁴ GENEVIÈVE VINEY – *La responsabilité: conditions, parte do Traité de Droit Civil*, sob a direção de Jacques Ghestin, n. 675, p. 784 e segs., L.G.D.G., 1982.

Em recente obra, dissertando sobre o computador, o desembargador ANTONIO LINDBERG MONTENEGRO⁵ afirma:

“O computador torna-se sobretudo uma máquina perigosa porque o proprietário pode facilmente perder o seu comando ou direção, por ação de terceiro, sem que ele sequer perca a sua posse física.”

Mas não só a máquina. Há invasões de contas bancárias, diretamente ou pela Internet, cada vez mais resguardadas pela criptografia, que é um processo informático de camuflar ou cifrar os dados remetidos pela Internet e que são decifrados pelo destinatário, sendo, em princípio, difícil que um terceiro, invasor, possa descobrir o significado dos caracteres enviados. Assim, muitos negócios bancários são realizados diretamente pelos computadores. O meio de garantir o sigilo é a chamada senha, que alguns reforçam com dupla forma, como a de uma frase que só o usuário conhece, além do número ou combinação de letras e números, tudo para dificultar que os dados sejam captados indevidamente. Alguns destes programas são tidos como seguros, mas nem todos.

Há vários estudos sobre a matéria, como o do Desembargador NEWTON DE LUCCA, e do Prof. ADALBERTO SIMÃO FILHO, de S. Paulo, ambos coordenadores de interessante obra coletiva.⁶ O primeiro analisa Títulos e Contratos Eletrônicos, enfocando o direito comparado e a proteção aos consumidores da Internet; o segundo disserta sobre Dano ao Consumidor por Invasão do Site ou da Rede, concluindo que não favorecem ao provedor as excludentes de caso fortuito ou força maior.

Por outro lado, ANTONIO LINDBERG MONTENEGRO estuda a Responsabilidade do Provedor segundo a Natureza do Serviço Prestado, e, embora dizendo que só existem dois tipos de provedores - de acesso e de serviços ou conteúdo, afirma que as funções podem ser desdobradas em quatro classes: de acesso, de hospedagem, de conteúdo e de e-mail.

O primeiro responde pelos danos da deficiência dos serviços; o segundo, de hospedagem, responde contratualmente perante o cliente e extracontratualmente perante os terceiros lesados. No caso do terceiro, provedor de e-mail, deve manter o sigilo da correspondência e evitar o chamado *spam*, propaganda indesejada, e o vírus informático, que é programa para danificar o software, com evidentes danos. Finalmente, o provedor de con-

⁵ ANTONIO LINDBERG MONTENEGRO – *A Internet em suas Relações Contratuais e Extracontratuais*, Lumen Juris, Rio, 2003, n. 9.2, p. 141.

⁶ NEWTON DE LUCCA e ADALBERTO SIMÃO FILHO, coord., *Direito & Internet*, IBCI, EDIPRO, 2000.

teúdo ou de serviços deve controlar seus programas, de modo a evitar danos, podendo exonerar-se, caso prove a culpa exclusiva do usuário⁷.

Há estudos sobre a proteção de dados pessoais, abrangendo a proteção da correspondência particular, que goza de segredo, e que se aplica ao correio eletrônico e o segredo de dados incluídos em arquivos, tanto públicos como privados e que não devem ser violados. Assim, os provedores costumam exigir que os usuários se identifiquem, muitas vezes pedindo dados que não devem ser divulgados, como residência, telefone doméstico, saúde e preferências pessoais de programas ou compras, cartões de crédito etc.

Na França, MARIE-PIERRE FENOLL-TROUSSEAU e GÉRARD HAAS indicam as sanções previstas no Código Penal, arts. 226-16 a 226-24, prevendo penas de 5 anos de prisão e multas, caso se violem direitos das pessoas fichadas; também por violação do sigilo da correspondência e comunicações telefônicas e outros aspectos. Dizem que poucos países têm leis específicas, mas a maioria protege os direitos da personalidade. Concluem estes autores:

“O desenvolvimento das novas tecnologias da informação e da comunicação induzem o crescimento cada vez mais sofisticado de meios de controle e supervisão”.

Adiante informam que:

*“Hoje, a Internet só fez ampliar o fenômeno e o que ontem era isolado torna-se hoje global e planetário”.*⁸

6. Dano moral na Internet

Com este título, foi publicada interessante obra do juiz paulista ANTONIO JEOVÁ SANTOS, na qual estuda a “revolução internética”, a ordem jurídico-patrimonial subordinada à pessoa e o “conceito do dano moral”, o dano moral que pode ser causado pelos provedores e as ofensas à intimidade e à honra, bem como as conseqüências⁹.

Quanto ao conceito de dano moral, já dissemos em outro trabalho que é o dano causado a alguém num dos seus direitos da personalidade. Nada tem com a moral nem com o moral, nem se refere aos costumes, mas *significa dano imaterial*. Pela Súmula 37 do STJ é admitida a cumulação do dano material com o dano moral. Assim, a honra, a intimidade, o segredo, a

⁷ ANTONIO LINDBERG MONTENEGRO – *A Internet em suas Relações Contratuais e Extracontratuais*, Lumen Juris, Rio, 2003, cap. X, p. 165.

⁸ MARIE-PIERRE FENOLL-TROUSSEAU et GÉRARD HAAS – *Internet et protection des données personnelles*, Litec, Paris, 2000, p. 145 e segs. e p. 169.

⁹ ANTONIO JEOVÁ SANTOS – *Dano Moral na Internet*, Ed. Método, S. Paulo, 2001.

autodeterminação sexual, o direito à imagem, o direito moral de autor e outros, quando violados, sofrem o chamado dano moral.

6.1. Será o dano moral extrapatrimonial?

Apesar da difundida noção de que são danos extrapatrimoniais, sustentada em notável tese do professor francês ROGER NERSON, parece-nos que devemos alterar tal classificação. Realmente, os bens da personalidade, como a honra, a privacidade e os demais, não são bens negociáveis, em princípio, nem têm valor comercial. Mas fazem parte do que podemos chamar de “patrimônio imaterial”, em que se alinham os direitos da personalidade. Por isso, sua violação admite que sejam reparados por quantias em dinheiro. Quem duvida, por exemplo, que uma atriz conhecida possa receber dinheiro para admitir que se divulgue a sua imagem, ou que sua imagem (ou retrato) seja usada para fins de propaganda comercial? Ora, se a imagem pode ser negociada, se um ator ou jogador de futebol recebe pagamento pela autorização de usar sua fotografia, é porque este direito tem valor em dinheiro.

Acresce ainda que o direito de autor (que tem aspectos material e moral) também não pode ser violado sem indenização e pode ser negociado, como ocorre, por exemplo, nos casos de escritor fantasma (o chamado *ghost writer*) e na cessão do direito autoral. Até mesmo a honra, embora de modo velado, acaba sendo negociada por certas pessoas.

Tais exemplos levam a refletir que os direitos da personalidade, quando lesados, sofrem danos patrimoniais, podendo ser avaliados para a reparação.

Podemos distinguir para nós dois patrimônios: o material e o moral, ambos suscetíveis de avaliação pecuniária.

Assim, qualquer dano moral causado pela Internet pode e deve ser indenizado, bem como avaliado em dinheiro. O mesmo se pode dizer do dano material, que decorre, por exemplo, de um vírus, quando este danifica arquivos do computador pessoal.

7. A nova proteção – o Código de Defesa do Consumidor

Um significativo progresso em nosso direito, como nos demais países, foi a edição do Código de Defesa do Consumidor. O mundo concluiu que a tendência do comércio é o lucro e muitas vezes a grande maioria (em verdade todas as pessoas) formada pelos consumidores ficava à mercê de empresas ou grupos, cujo único fim é vender ou prestar serviços a qualquer custo e sem maior responsabilidade. Na França, o “*Code de la Consommation*” data de 1972 (Lei 72-1137), e já foi alterado em 1989 e 1993. Além disso, há diversos códigos de conduta, adotados pelas principais organizações profissionais.

Nosso Código, que data de 11 de setembro de 1990, bem anterior ao triste 11 de setembro do terror que atingiu o mundo, veio tornar-se uma espécie de superdireito, abrangendo negociações corriqueiras e que antes ficavam sem a devida proteção.

Assim, observam os autores, havia duas espécies básicas de venda: a realizada diretamente nas lojas e as chamadas vendas à distância, em que a mercadoria é enviada ao endereço do cliente. Partiu-se do entendimento de que o consumidor fica em desvantagem frente ao profissional.

Com a Internet aumentaram as formas de vendas à distância, porque a pessoa pode aceitar a oferta que é feita nos diversos *sites*, bastando um simples "clique do mouse" para que uma compra seja efetuada.

A grande questão é que o consumidor, mesmo vendo e examinando a mercadoria, pode ser enganado ou mal informado, especialmente se pretende adquirir um aparelho eletrodoméstico, havendo vários no mercado, com diferentes qualificações, preços e vantagens.

Esta matéria é estudada, no campo da responsabilidade civil, com a rubrica de "obrigações profissionais".

Entram em jogo os conceitos de profissional e consumidor.

Dizem PHILIPPE le TOURNEAU e LOÏC CADIET que "profissional e consumidor são duas palavras de conteúdo mais sociológico que jurídico". Parece que todos as entendem mas quando se quer dar um sentido técnico, há uma certa ambigüidade, porque é certo que um profissional é também um consumidor. Assim, consumidor não é o contrário de profissional. Alguns julgados na França disseram que consumidor é aquele que contrata no mesmo estado de ignorância que um outro leigo. Uns dizem que não é protegido o comerciante em questões referentes ao seu comércio, mas, salientam estes autores, não é bem assim, porque se um comerciante adquire um alarme para a sua loja, pode nada entender do assunto, como outro leigo. Daí que profissional é aquele que age no campo habitual e normal de sua competência. Se ele compra um aparelho técnico diverso daqueles com que comercia, age como qualquer consumidor¹⁰.

Foi preciso então formular as teorias da informação preliminar, em que o consumidor deve receber do comerciante os esclarecimentos sobre vantagens e desvantagens do produto, o mesmo ocorrendo com a prestação de serviços, devendo o fornecedor indicar quais os limites e as vantagens. Além disso, sendo os modernos aparelhos sujeitos a falhas diversas, cabe saber se o fabricante assegura a substituição ou o reparo, com a chamada assistência técnica, para que o consumidor possa ter ao menos a proteção devida.

¹⁰ PHILIPPE le TOURNEAU et LOÏC CADIET – *Droit de la Responsabilité* – Dalloz, Paris, 1998, n. 1692, p. 493

A origem deste direito novo, como a de muitos outros, veio com a jurisprudência, mas, na época, os tribunais aplicavam as regras gerais do direito civil, evoluindo da culpa para a culpa presumida, depois para a responsabilidade profissional e para a responsabilidade objetiva, ou seja, sem que se examine a culpa.

7.1. Conceito legal de consumidor

No Brasil, já temos um conceito legal de consumidor, expresso no CDC: Art. 2º. Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produtos ou serviço como destinatário final.

Parágrafo único. Equipara-se a consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo.

O Código não só delimitou o consumidor como pessoa (física ou jurídica), mas aditou um "sujeito coletivo", que costuma intervir e pode ser vítima: a coletividade de pessoas.

7.2. Conceito legal de fornecedor

Mas o Código conceitua também a outra parte, que chama de fornecedor e como se refere a produto ou serviço também os define:

Art. 3º. Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividades de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.

§ 1º. Produto é qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial.

§ 2º. Serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista.

Foi preciso ainda indicar quais os direitos do consumidor, o que o Código incluiu no artigo 6º.: São direitos básicos do consumidor:

I - a proteção da vida, saúde e segurança contra os riscos provocados por práticas no fornecimento de produtos e serviços considerados perigosos ou nocivos;

II - a educação e divulgação sobre o consumo adequado dos produtos e serviços, asseguradas a liberdade de escolha e a igualdade nas contratações;

III - a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade e preço, bem como sobre os riscos que apresentam;

IV - a proteção contra a publicidade enganosa e abusiva, métodos comerciais coercitivos ou desleais, bem como contra práticas e cláusulas abusivas ou impostas no fornecimento de produtos e serviços;
V - a modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas;

VI - a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos;

VII - o acesso aos órgãos judiciários e administrativos, com vistas à prevenção ou reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos ou difusos, assegurada a proteção jurídica, administrativa e técnica aos necessitados;

VIII - a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do Juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências;

IX - (Vetado);

X - a adequada e eficaz prestação dos serviços públicos em geral.

Mas seria incompleto o Código se apenas tivesse de dar conceitos, matéria que a doutrina por vezes entende desnecessária, pois a lei deve indicar os fatos que protege e as conseqüências pelas violações do direito. Assim, o Código adentra a matéria da responsabilidade, no art. 12, dizendo que "O fabricante, o produtor, o construtor, nacional ou estrangeiro, e o importador respondem, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores..."

No entanto, atribui também responsabilidade ao comerciante:

Art. 13. O comerciante é igualmente responsável, nos termos do artigo anterior, quando:

I - o fabricante, o construtor, o produtor ou o importador não puderem ser identificados;

II - o produto for fornecido sem identificação clara do seu fabricante, produtor, construtor ou importador;

III - não conservar adequadamente os produtos perecíveis.

Parágrafo único. Aquele que efetivar o pagamento ao prejudicado poderá exercer o direito de regresso contra os demais responsáveis, segundo sua participação na causação do evento danoso.

Mas o CDC não se manteve no campo das hipóteses mais freqüentes e deixou claro que a responsabilidade não é mais subjetiva, isto é, fundada na culpa, porém, objetiva:

Art. 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da

existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos.

§ 1º. O serviço é defeituoso quando não fornece a segurança que o consumidor dele pode esperar, levando-se em consideração as circunstâncias relevantes, entre as quais:

I - o modo de seu fornecimento;

II - o resultado e os riscos que razoavelmente dele se esperam;

III - a época em que foi fornecido.

§ 2º. O serviço não é considerado defeituoso pela adoção de novas técnicas.

§ 3º. O fornecedor de serviços só não será responsabilizado quando provar:

I - que, tendo prestado o serviço, o defeito inexiste;

II - a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro.

Apesar da novidade e da adoção da responsabilidade objetiva, abriu uma exceção, que a doutrina justifica: aquela dos atos dos profissionais liberais, em geral difíceis e complexos, adotando ainda a responsabilidade subjetiva:

§ 4º. A responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa.

Da mesma forma, o Código regula a responsabilidade pelos vícios dos produtos ou serviços (art. 18) e vícios de quantidade e qualidade (arts. 19 e 20). Abrange também os órgãos públicos e empresas concessionárias, permissionárias ou terceirizados em geral (art. 22) e ainda veda a estipulação, infelizmente ainda comum, de cláusulas exonerativas (art. 25), ou seja, imposição do fornecedor, dizendo que não assume qualquer responsabilidade.

Como já tivemos ocasião de dissertar, o Código de Defesa do Consumidor regula ainda as práticas comerciais, cuidando da oferta, da publicidade, das práticas abusivas, da cobrança de dívidas, dos bancos de dados e cadastros de consumidores e da proteção contratual. Neste capítulo, além das disposições gerais em que se cuida do contrato de adesão, dizendo que "não obrigarão os consumidores, se não lhes for dada oportunidade de tomar conhecimento prévio de seu conteúdo" (art. 46), ou "se forem redigidos de modo a dificultar a compreensão", manda interpretar as cláusulas de maneira mais favorável ao consumidor (art. 47), o que já vinha sendo feito pela doutrina e pela jurisprudência. Nos casos de contratação fora do estabelecimento, por telefone ou a domicílio, permite-se o arrependimento do consumidor (o consumidor pode desistir do contrato, diz o art. 49), no prazo de sete dias a contar da

assinatura ou do recebimento. Quando o Código diz “por telefone ou a domicílio”, deve entender-se que também aí se incluem os contratos pela Internet, porque já foi dito que se cuida de contratos à distância.

8. O Código do Consumidor abrange os negócios pela Internet

Os contratos pela Internet enquadram-se nestes limites, pois são os que antigamente se designavam como contratos entre ausentes e, agora, mais ausentes ainda, porque, como já lembra um autor americano, são as máquinas que acabam fazendo os contratos, contendo os computadores os programas que atendem ao consumidor, até falando com ele (por voz gravada que atende ao telefone ou pelo modem do computador), ou por escrito, no site que aparece na Internet.

O professor ALAIN BENSOUSSAN sugeriu uma forma de atenuar o modo de contratar, para que se exigisse mais de um clique do mouse, porém, isto ficou na sugestão. Diz ele que deveria exigir-se, para contratar: um clique, nada; dois cliques, fechado o contrato. Diz ele que deveria ser:

Quer obrigar-se? (clique)

Quer realmente obrigar-se? (outro clique, valendo como assinatura).¹¹

Tudo isto vem indicar que estamos diante de um novo direito, um direito que se afina com os novos tempos.

Como salienta o notável jurista ARNOLDO WALD,

“Ao contrário da evolução de outras tecnologias, que se realizou gradual e progressivamente, a da Internet ensejou uma verdadeira ruptura com o passado, caracterizando o que alguns economistas denominaram a ‘destruição criadora’, pois a nova técnica tornou-se, no mundo hodierno, ‘tão vital quanto a respiração’¹². ♦

¹¹ ALAIN BENSOUSSAN – *Internet aspects juridiques*, 2.ed., revista e aumentada, Hermès, Paris, 1998, n. 11.1.2, p. 120.

¹² ARNOLDO WALD- “Um novo direito para a nova economia: os contratos eletrônicos e o Código Civil”, *in Direito e Internet*, ed. Revista dos Tribunais, 2001, p. 11.

A propriedade, as invasões de terras e o Poder Judiciário

ASCLEPIADES EUDÓXIO RODRIGUES

Desembargador aposentado do TJ-RJ

1 - Quando os portugueses chegaram ao Brasil, cada uma das tribos possuía coletiva e temporariamente uma área de terras. A posse particular compreendia apenas a rede, as armas e alguns utensílios de uso pessoal (V. Clóvis Beviláqua, **Direito das Coisas**, Ed. Freitas Bastos, 3ª ed., v. I, p.105/106).

As possibilidades da caça e da pesca, as guerras entre as tribos e a abundância de terras desocupadas regulavam as periódicas migrações dos índios.

Os portugueses trouxeram o instituto da sesmaria, que, em Portugal, funcionava como incentivo à produção de alimentos - as terras abandonadas ou mal aproveitadas eram dadas a quem promettesse torná-las produtivas, dentro de certo prazo. A Coroa Portuguesa utilizou a sesmaria no Brasil para assegurar o direito de conquista. Esse regime perdurou até um pouco antes da independência. Porém, as sesmarias concedidas, demarcadas e confirmadas constituíram os primeiros títulos de propriedade privada no Brasil.

A Constituição imperial de 1824 garantiu o direito de propriedade em caráter absoluto, atenuado pela Constituição de 1934, que adotou “uma conceituação social da propriedade, determinando não só a desapropriação por necessidade ou utilidade pública, como também o uso da propriedade particular até onde o bem público o exija, em caso de guerra ou comoção intestina, com direito a indenização posterior” (Pinto Ferreira, **Curso de Direito Constitucional**, Cia. Ed. de Pernambuco, 2ª ed., 1970, p. 473).

A humanização do direito de propriedade progrediu com a Constituição de 1988. Depois de declarar que o Brasil é um Estado Democrático de Direito (art. 1º), tendo como objetivos fundamentais, entre outros, “construir uma sociedade livre, justa e solidária”, “erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais”, bem como “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação” (art. 3º, I, III e IV), a Constituição em vigor assegura o direito de propriedade, ressaltando sua função social (art. 5º, XXII e XXIII). Relacionado entre os direitos e garantias individuais, o direito de

propriedade é cláusula pétrea, insuscetível de ser modificado (arts. 5º, XXII e 60, parágrafo 4º). Além disso, o Constituinte de 1988 relaciona o direito de propriedade e sua função social entre os princípios indispensáveis a uma vida digna, conforme os ditames da justiça social (art. 170, II e III).

A desapropriação, em regra, será mediante prévia indenização em dinheiro (arts. 5º, XXIV e 182, parágrafo 3º, id.). Poderá sofrer desapropriação-sanção o imóvel que não cumprir sua função social. Neste caso, sendo imóvel urbano, o pagamento será por títulos da dívida pública, com prazo de resgate de até dez anos, em parcelas anuais, iguais e sucessivas, assegurado o valor real da indenização e os juros legais (art. 182, III). A desapropriação-sanção do imóvel rural, para fim de reforma agrária, admite duas formas de pagamento: as terras, com títulos de dívida agrária, garantida a preservação do valor real, resgatáveis no prazo de até vinte anos, a partir do segundo ano de sua emissão; as benfeitorias úteis e necessárias, porventura existentes, serão indenizadas em dinheiro (art. 184 e seus parágrafos, id.) A propriedade produtiva e a pequena e média propriedade rural não podem ser objeto de desapropriação (art. 186, I, II, id.)

Como as anteriores, a Constituição atual prevê o uso da propriedade privada no caso de iminente perigo público, assegurado ao proprietário o ressarcimento de eventual dano (art. 5º, XXV).

Para não deixar dúvida, o constituinte especificou os requisitos da função social do imóvel urbano (art. 182, parágrafo 2º) e do imóvel rural (art. 186 e seus incisos).

A pequena propriedade rural familiar, assim definida em lei, não pode ser penhorada para pagamento de débitos decorrentes de sua atividade produtiva (art. 5º, XXVI). E está isenta do imposto sobre propriedade territorial rural, cujas alíquotas penalizarão as propriedades improdutivas (art. 153, parágrafo 4º, também da Constituição).

O Código Civil de 2002 “criou uma nova espécie de desapropriação, determinada pelo Poder Judiciário” (Carlos Roberto Gonçalves, **Principais Inovações no C.C. de 2002**, Ed. Saraiva, 2002, p. 63). É uma forma de reconhecimento da “posse-trabalho”, ou posse *pro labore*, em que um considerável número de pessoas, de boa-fé e por mais de cinco anos seguidos, realiza, em conjunto ou separadamente, em extensa área, obras e serviços considerados pelo juiz de interesse social e econômico relevante. Comprovados esses requisitos, o proprietário, embora vencedor da ação reivindicatória, não recebe o imóvel, “mas sim o seu justo preço, sem nele computar o valor das benfeitorias, por terem sido produto de trabalho alheio, considerado pelo juiz de interesse socioeconômico relevante. E a sentença judicial valerá como título para o registro da propriedade imobiliária em nome dos possuidores”

(Maria Helena Diniz, **Código Civil Anotado**, Ed. Saraiva, 2002, nota aos parágrafos 4º e 5º do art. 1228).

2 - Enquanto o Executivo não realiza a reforma agrária no volume desejado, por motivo de falta de dinheiro, os excluídos da atividade econômica, que são muitos, organizados por pessoas ligadas ao governo petista, invadem propriedades rurais e prédios públicos, saqueiam veículos transportadores de mercadorias, especialmente comestíveis, com o objetivo declarado de apressar a reforma agrária. A revista **Época**, nº 271, de 28.07.2003, informou que “em seis meses houve uma invasão de propriedade a cada 37 horas” (p. 45).

A jornalista Dora Kramer, na sua coluna “Coisas da Política”, no **Jornal do Brasil** de 25.07.2003, p. A2, registra em editorial intitulado “As sementes da leniência”, que

“O Ministério do Desenvolvimento Agrário acha normal o recrudescimento das invasões. Considera consequência natural do aumento de expectativa em relação à reforma agrária.

O procurador-geral da República repete dia sim outro também que invasões “ordeiras e pacíficas” em terras improdutivas são perfeitamente aceitáveis, ignorando a Constituição que autoriza a desapropriação - e não a invasão, em fazendas, sem função social.

O Ministério da Justiça e a Presidência da República falam em cumprimento da lei, mas o INCRA segue indiferente à vigência de uma medida provisória que impede desapropriação em terras invadidas, sem por isso ser admoestado”.

Posteriormente, o dirigente do INCRA foi substituído e o Presidente da República, em entrevista no “Fantástico”, da **Rede Globo**, declarou que “na marra” ninguém conseguiria nada.

A advertência presidencial serviu para neutralizar a ameaça (ou bravata) do líder do MST João Pedro Stédile: “A luta camponesa abriga 23 milhões, contra 27 mil fazendeiros. São mil contra um. Não vamos dormir até acabar com eles” (**Época** nº 271, de 27.07.2003, p. 46).

A intimidade incontestável entre o MST e o PT torna necessário conhecer alguma coisa sobre este partido, especialmente sua valoração da propriedade.

Segundo André Singer, o PT é o resultado do concurso de várias facções proletárias, entre as quais a trotskista, que é a “mais avançada”. “O papel dos trotskistas” - diz André Singer - “foi o de servir de veículo para que chegasse até o ABCD a descoberta teórica de Marx de que o movimento operário teria um papel central na evolução do capitalismo. Por um trajeto

diferente, que não passou pelos escritos marxistas do século 19, os novos sindicatos concluíram que era necessário criar um partido político para representar os trabalhadores" ("O PT", da coleção *Folha Explica*, 2001, p.18 e segts.).

O pensamento de Marx sobre a propriedade particular está expresso no **Manifesto do Partido Comunista (1848)**:... "os comunistas podem resumir suas teorias nesta única expressão: supressão da propriedade privada" (tradução de Sueli Tomazini Barros Cassal, ed. L e M Pocket, 2001, p. 48).

André Singer, no trabalho já mencionado, fazendo referências a "Resoluções e Encontros do PT", esclarece que

"No que diz respeito à propriedade, a posição do PT é privilegiar a propriedade social, porém sem eliminar, por decreto, a propriedade privada.

O PT afirma que deseja combinar "diversas formas de propriedade (estatal, coletiva, social, pública, particular, mistas), privilegiar as formas de propriedade de caráter social" e estabelecer "limites à propriedade individual". De que maneira as diversas formas de propriedade irão combinar-se dependerá de um "longo, demorado e conflituoso processo, do qual, no momento, só podemos vislumbrar as formas mais gerais" (obra cit., p. 42/43).

Embora não seja intenção do PT eliminar "por decreto" a propriedade privada, como informou André Singer na transcrição acima, há evidência de que pretende restringi-la progressivamente. Ives Gandra da Silva Martins, em artigo intitulado "A reforma e o viés marxista" (**Jornal do Brasil**, 06.09.2003, p. A3), faz comentários sobre o assunto:

"O substitutivo do relator para a reforma tributária, aprovado com pequenas alterações pelo plenário da Câmara em primeira votação, implica potencial aumento da carga tributária e importante viés marxista na transferência para o Estado de recursos legitimamente devidos pelos cidadãos.

"O Ministro Palocci chegou a falar em alíquota, no imposto sobre heranças e doações de 35% a 50% (teto)"

"Os herdeiros de qualquer grande empresário nacional que venha a falecer teriam de vender de um terço a um meio da empresa para poder pagar o tributo de forma que o Brasil estaria, em cada sucessão, estatizando as empresas privadas ou as desnacionalizando, obrigando a sua alienação para que os herdeiros possam pagar o referido tributo. Mesmo o texto aprovado" (15%) "leva a uma transferência de metade da empresa em três sucessões".

No dia 29.10.2003, a Comissão de Constituição e Justiça do Senado aprovou a progressividade para o imposto sobre herança, deixando a definição das alíquotas para lei complementar, diferenciadas segundo o valor da herança e o grau de parentesco (“O Globo”, 30.10.2003, p.10).

André Singer, encerrando o ensaio “O PT”, antes parcialmente reproduzido, diz que:

“No dia-a-dia o PT mostra-se cada vez mais preocupado em realizar governos eficientes, que ampliem a participação direta e que diminuam o grau de exclusão social, sem afastar a classe média e os eleitores despolitizados. Tem ampliado o leque de alianças, e a burguesia não é mais tratada como “inimiga”, conforme aparecia nos documentos da década de 80”.

“O que o PT será no futuro caberá à prática dizer” (p. 88).

O manifesto do Partido Comunista recomenda a supressão da propriedade particular. O socialismo petista, de acordo com André Singer, não pretende eliminar a propriedade privada por decreto. Por enquanto, pelo menos, conforma-se em pulverizá-la, a longo prazo, aumentando fortemente a alíquota do imposto de transmissão *causa mortis*.

A invasão de terras não conta com o apoio explícito do governo, apesar das declarações do Procurador-Geral da República sobre ocupações “ordeiras e pacíficas” de terras sem função social. Porém, não há uma repressão decidida, dentro da lei, que não alcance o exagero de “mandar baixar o pau” nos movimentos sociais, como teriam sugerido alguns dissidentes da esquerda (V. Merval Pereira, “Quem é quem”, O Globo de 13.08.2003, p. 4).

Talvez o governo, com a sua “leniência”, esteja evitando provocar certos grupos que ele conhece bem. Leia-se a seguinte declaração de João Paulo Rodrigues, um dos coordenadores do MST:

“O campo não tem grupos armados por causa do MST, que é organizado e segue o centralismo democrático. Mas a direita é burra. A partir do momento que a direita reprime os grupos organizados, abre espaço para a ação de grupos mais radicais (Jornal do Brasil de 14.09.2003, p. A2, na reportagem intitulada “Governo apura formação de grupo guerrilheiro no campo”).

3 - Como já ficou registrado, o sistema jurídico do país, a começar da Constituição, estabelece regras para a distribuição de terras. Por outro lado, dispõe de um estoque de leis infraconstitucionais reguladoras da defesa do direito de propriedade e da posse. A título de exemplo, leia-se o art. 1210 do Código Civil de 2002:

“O possuidor tem direito a ser mantido na posse em caso de turbação, restituído no de esbulho e segurado de violência iminente, se tiver justo receio de ser molestado”.

É quase uma repetição do art. 499 do Código Civil de 1916.

O Código de Processo Civil disciplina o procedimento das ações possessórias, facultando, inclusive, a expedição de mandado liminar de manutenção ou de reintegração de posse, uma vez devidamente instruída a petição inicial (arts. 920/933).

O Código Penal, por sua vez, estabelece a pena de um a seis meses de detenção e multa contra quem invade terreno ou edifício alheio, para fim de esbulho possessório (art. 161, parág. 1º, II). A definição legal do crime permite concluir que há três espécies de esbulho: o esbulho praticado com violência contra pessoa; o praticado mediante ameaça; e o praticado com o concurso de mais de duas pessoas. A invasão de terras sem violência, sem ameaça e sem armas, porém praticada por mais de duas pessoas, basta para caracterizar o esbulho possessório (V. Nelson Hungria, citando Magalhães Noronha, **Comentários do CP, Forense**, 2ª ed., v. VII, p. 95).

Todos são favoráveis à reforma agrária. A grande maioria, porém, desaprova a invasão de terras. Aqueles que consideram indispensáveis as invasões de terras, para rotinizar o conflito e apressar a solução do problema, devem cuidar para não incorrer nas sanções dos crimes de incitação ou apologia de crime (arts. 286 e 287 do Cód. Penal). E o grupo organizado para invasão de terras poderá incidir nas penas do crime de quadrilha ou bando, que, segundo Nelson Hungria, é a "reunião estável ou permanente (o que não significa *perpétua*), para o fim de perpetração de uma indeterminada série de crimes" (obra cit., v. IX, p.177).

Esses conflitos, cíveis e criminais, convergem para o Poder Judiciário, que detém o monopólio da jurisdição - "a lei não excluirá da apreciação de Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito" (Constituição da República, art. 5º, XXXV).

E o Judiciário, quando legitimamente provocado, tem o dever de decidir qualquer lesão ou ameaça a direito. Decide de acordo com a Constituição e as leis em vigor. Não é à toa que o magistrado, antes de tomar posse, assume o compromisso solene de bem servir o cargo, cumprindo e fazendo cumprir a Constituição e as leis. Essa é uma previsão que consta das leis de organização judiciária dos Estados (no Rio de Janeiro, V. parág. 1º do art. 173 do CODJERJ). E a Lei Orgânica da Magistratura Nacional estabelece como primeiro dever do magistrado - "cumprir e fazer cumprir, com independência, serenidade e exatidão, as disposições legais e os atos de ofício" (inciso I do art. 35).

As liminares de reintegração de posse de terras invadidas, os processos penais instaurados contra invasores e a prisão de alguns deles, têm gerado antipatias, protestos, e ameaças de controle externo do Judiciário.

Veja-se a manifestação do Bispo Emérito de Goiás, Dom Tomás Balduino, em entrevista publicada no **Jornal do Brasil** de 14.09.2003, p. A8:

“ E a visita do presidente da Câmara, João Paulo Cunha, a José Rainha na prisão?”

“ Ele e a mulher são presos políticos. Foram presos porque ousaram entrar no sacrossanto latifúndio, aliás público, porque todo o Pontal foi grilado. O presidente da Câmara foi lá por causa da repercussão internacional. Fui entrevistado por um repórter de uma agência alemã que me perguntou como, no governo Lula, se faz prisão política. É o nosso Judiciário, que trabalha em linha anti-reforma. Estamos em um estado de direito, mas juizinho ou juizão considera quadrilha o fato de se organizar com sem-terra. A lei tem várias interpretações, mas há uma constante no Judiciário. O levantamento da Pastoral mostra que, nos últimos onze anos, houve 976 assassinatos de trabalhadores do campo, inclusive adolescentes e crianças. E só 56 julgamentos, 14 mandantes. Destes, só sete foram condenados, dos quais dois estão foragidos. De quase mil assassinatos, só cinco na cadeia. Sem comentários, no coments”.

O arcebispo do Rio de Janeiro, Dom Eusébio Oscar Scheid, hoje cardeal, condenou a lentidão da reforma agrária e criticou o radicalismo do MST, embora reconhecendo “que toda a reforma que se fez no país, e foi muito pouca, ocorreu por movimentos tipo MST” (**O Globo** de 30.09.2003, p.14).

Em entrevista ao **Jornal do Brasil** (27.10.2003, p. A2), o Secretário Especial de Direitos Humanos, Ministro Nilmário Miranda, declarou:

“É preciso reformar a prestação jurisdicional no país. A sociedade reclama as mudanças”

“Há setores do Judiciário que ainda tratam a questão agrária da forma chamada civilista. Está lá na República Velha, como se a propriedade fosse um direito absoluto. Há juízes que dão reintegração de posse para terras 100% improdutivas ou sem a comprovação da propriedade. Acirram o conflito. É diferente a questão social da questão criminal”

“Este juiz (de Presidente Prudente) que tem decretado as prisões do MST criminalizando o MST por formação de quadrilha, tem as decisões constantemente reformadas. Se as decisões são reformadas, é porque existe problema. Está na hora de aprofundar a democracia”.

A declaração do Bispo Emérito de Goiás e do Secretário Especial de Direitos Humanos, parcialmente transcritas antes, são exemplos de como o Judiciário é considerado pelos defensores das investidas do MST - conservador, anti-reformista e reacionário. Essa antipatia certamente contribuiu para o anúncio de uma inspeção da ONU no Judiciário, graças à participação inocente de uma delegada do órgão internacional, que mostrou desconhecer a divisão dos Poderes no Brasil e o sistema processual que adotamos, tanto no cível como no crime, fundado no princípio da demanda - *ne procedt judex ex officio*.

As mazelas do sistema penitenciário e dos órgãos de segurança em geral, com a correspondente suspeição de tortura e extermínio, a deficiência numérica da defensoria pública, que dificulta o acesso à justiça, tudo de responsabilidade do Executivo, foram deixadas por conta do Judiciário. Uma legislação processual repleta de recursos e de burocracia - que favorece o Executivo e outros maus pagadores, agravando o "custo Brasil" - também foi imputada ao Judiciário, quando cabe ao Legislativo consertá-la.

Afirmou-se que a reforma agrária não saía por falta de vontade política. Não por falta de recursos (V. Gerson Gomes, "Reforma Agrária: algumas questões atuais", in "Introdução Crítica ao Direito Agrário": da série **O Direito Achado na Rua**, v. 3, 2002, p. 297/305. Essa conclusão não pode ser mantida após a assunção do governo petista. A incapacidade operacional do INCRA e o alto custo dos assentamentos (de vinte a quarenta mil reais por família), constituem obstáculos importantes.

A solução, pelo menos parcial, seria o Judiciário.

Diz o desembargador Amilton Bueno de Carvalho:

"O momento é crucial para afirmação do Judiciário enquanto agente político do Estado e como possível participante do processo de transformação social. Vê-se que ante o fracasso da tentativa de alteração do modelo vigente, via processo violento ou eleitoral, a população busca conquistar espaços através do jurídico. Com a razoável democratização por que passa o país, a angústia popular ousa atualmente apostar no Judiciário: a luta dos sem-terra, mutuários do Sistema Financeiro Habitacional, pretensões de entidades comunitárias".

"Assim, no Brasil a realidade é tão cruel, radical e insuportavelmente indigna, que a legalidade deve ser rompida em nome de princípios humanitários superiores, conquista da humanidade, que o sistema gerador da pobreza repele. A fome nada suporta, muito menos leis que a mantêm e estancam o movimento social na busca de sua superação, ou seja, a hipocrisia legal-formalista não tem respaldo ético

para impedir o resgate da dignidade humana” (Magistratura e Direito Alternativo. Ed. Lumen Juris, 6ª ed., 2003, p. 130 e 132).

Entre os membros de um grupo sempre há importantes divergências no julgamento ético de condutas sociais. O grupo se organiza uniformizando regras aceitas pela maioria e impostas pelo poder central. Permitir que cada membro do grupo, ou, pelo menos, alguns deles, crie individualmente nova regra para determinado caso concreto, por lhe parecer mais justa que as normas existentes, é extremamente arriscado.

Mais prudente é a recomendação do desembargador Inocêncio Borges da Rosa, também do Rio Grande do Sul:

“Em face de um texto legal injusto, é quase sempre possível ao intérprete ou julgador, socorrer-se de outro ou outros textos legais do mesmo sistema, ou do mesmo ramo jurídico, ou de outro ramo semelhante, ou de preceito geral, ou constitucional do Direito pátrio, e, assim, evitar solução injusta, defendendo-se da lei com a Lei” (Questões Essenciais de Direito e Nullidades Processuais, Ed. Borsoi, 2ª ed., 1959, p.322).

No julgamento da apelação nº 5.230/95, no Tribunal de Alçada Cível do Estado do Rio de Janeiro, em 30.11.95, tive oportunidade de, como relator, seguir o ensinamento de Borges da Rosa. O recurso era contra sentença que julgou improcedentes embargos à execução, opostos por fiador de locatário, que estava sendo executado para pagamento de crédito decorrente de contrato de locação. Visava o apelante desconstituir a penhora que recaiu sobre seu único imóvel residencial, alegando que o nº VII, inserido no art. 3º, da Lei nº 8.009/90, pela Lei nº 8.245/91, era inconstitucional por ofensa ao princípio de isonomia. Dei provimento ao recurso, não por inconstitucionalidade. Considerei que o citado nº VII do art. 3º da Lei nº 8.009/90, além de quebrar o sistema da lei que regulamentava a impenhorabilidade do bem de família, porque não se referia a crédito correspondente ao próprio bem de família nem a crédito alimentar, criava uma situação considerada absurda pelo mestre Sylvio Capanema, nestes termos:

“O único imóvel residencial do locatário, que é o devedor principal, estará a salvo da execução, sobre ele não podendo recair a penhora. Mas a proteção da Lei nº 8.009/90 não alcançará o devedor garante, que é o fiador, o que não guarda a menor lógica” (A Nova Lei do Inquilinato Comentada, Forense, 2ª ed., p. 357).

Na ementa do acórdão, como deve ser, está a síntese da fundamentação do julgamento:

“Embargos à execução. Impenhorabilidade do bem de família. Lei nº 8.009/90. Obrigação decorrente de fiança locativa.

"O princípio estabelecido no art. 72, do Código Civil" (1916), " que subordina a alienação do bem de família ao consentimento dos interessados, é aplicável ao bem de família genericamente reconhecido pela Lei nº 8.009/90. As exceções ao benefício da inalienabilidade ou da impenhorabilidade, que dispensam a manifestação específica dos interessados, são as referentes a obrigações ligadas ao próprio bem de família ou a débito alimentar (Código Civil (1916), art. 70, e Lei nº 8.009/90, art. 3º, incisos I a VI). Assim, a exclusão do benefício em relação a crédito oriundo de fiança locativa, só ganha eficácia se o fiador abrir mão expressamente do benefício.

Provimento da apelação."

A decisão foi por maioria. O 1º Grupo de Câmaras daquele antigo Tribunal de Alçada, provendo embargos infringentes, restabeleceu a sentença do primeiro grau.

Este acórdão teria feito uso alternativo do direito, na expressão de Amilton Bueno de Carvalho, forma mitigada do direito alternativo, que atua nas contradições, lacunas e ambigüidades do sistema, visando a fazer justiça. Já o direito alternativo, em sentido estrito, é alternativo ao direito oficial - "direito concorrente, paralelo, achado na rua, emergente, insurgente, é construído pela população na sua caminhada libertária" (Amilton Bueno de Carvalho, obra cit., p.129).

Joaquim Távora Alfonsin, no trabalho intitulado "Apontamentos sobre alguns julgados brasileiros", indica acórdãos "que retiram da função social da propriedade efeitos iguais aos das regras constitucionais de eficácia plena, imediata e geral " (**O Direito Achado na Rua**, v. cit., p. 269/282). Menciona o voto do Ministro Cernichiaro em acórdão da 6ª Turma do STJ, no HC nº 4399 - SP, distinguindo a ocupação de terreno alheio pelos sem-terra do esbulho possessório propriamente dito. No primeiro caso os agentes movem-se pressionados para concretizar um direito, ou, pelo menos, um interesse. No esbulho, "o agente investe dolosamente contra a propriedade alheia, a fim de usufruir um dos atributos (uso)".

No seu ensaio **A Função Social da Terra**. Carlos Frederico Marés alude a uma decisão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, que "manteve negativa de liminar de reintegração de posse porque a fazenda não cumpria sua função social" (Sergio Antonio Fabris Editor, 2003, p.110). Aliás, Rui Portanova, em seus **Princípios de Processo Civil**, sustenta ser indispensável prova do preenchimento do requisito constitucional da função social da propriedade, para deferimento de liminar na ação possessória (*apud* Grace Virgínia Ribeiro de Magalhães, **Função Social da Propriedade Rural**, Ed. LTR, 2000, p. 61).

Merecem atenção as sugestões de Antônio Jurandyr Porto Rosa, publicadas no citado volume de **O Direito Achado na Rua**, páginas 283 e seguintes, para modificações de dispositivos do Código Civil e do Código Penal, enfatizando o princípio constitucional da função social da propriedade.

No lugar de pressionar o Judiciário para que tire água da pedra, ou que julgue contra a lei, o Executivo e o Legislativo devem fazer as leis necessárias, ou, pelo menos, fornecer recursos para execução das leis existentes.

Finalmente, quando estávamos encerrando a elaboração destas notas, o **Jornal do Brasil** de 04.11.2003, publicou declaração do presidente do PT de que “Chegou a vez do Judiciário”, significando o desbloqueio da reforma do Judiciário que há onze anos dormita no Congresso (p. A5). Todos desejam a reforma do Judiciário. Todos, porém, não devem esquecer que o Judiciário, como os outros Poderes da República, é independente (arts. 2º e 6º, parág. 4º, III. da CF) e tem, como corolário dessa independência, autonomia administrativa e financeira (art. 99, id.). Fica difícil imaginar um controle externo, tão sonhado pelos próceres do atual governo, que não interfira na cláusula pétrea da separação dos Poderes, atingindo a independência do Judiciário e sua autonomia administrativa e financeira.

Embora a mídia não dê o devido destaque, o Judiciário, sem controle externo, vem atuando com energia contra seus membros acusados de improbidade. No Rio de Janeiro alguns já foram condenados, perderam o cargo e cumprem pena privativa de liberdade. A operação Anaconda, que investiga a atividade de uma quadrilha que seria composta de juizes federais, delegados, advogados e policiais, teve sucesso graças à participação decisiva do Judiciário, que autorizou a escuta telefônica dos suspeitos, inclusive de magistrados. Um juiz federal já está preso preventivamente por decisão unânime do Tribunal Regional Federal competente. ♦

Novos Rumos do Direito Penal: Os Tipos Penais e a Internet

LETÍCIA DE FARIA SARDAS

Desembargadora do TJ/RJ

I – INTRODUÇÃO:

No dia 18 de janeiro de 1890, o **Estado de São Paulo**¹ publicou uma interessante carta, encaminhada por Marcos Valente, que, pelo simbolismo do tema, merece integral repetição:

“Janeiro de 1890, Carta de um malandro

Marcos Valente

Meu caro redactor – Ao velho órgão democrático da Paulicéia, inexpugnável baluarte das liberdades públicas (como ainda se usa dizer em momentos solenes como este em que tenho a honra de achar-me), ao Estado, ex-Província de São Paulo, é que eu de preferência dirijo a presente carta em que venho propugnar os meus sagrados direitos de cidadão ocioso.

Como sabeis, acha-se travada na imprensa desta capital, animada contenda a propósito de um trecho do relatório do cidadão Alberto Brandão, director da Fazenda do Estado do Rio de Janeiro, no qual (...) S. E. pede severamente repressão da ociosidade e que sejam os libertos de 15 de maio² compelidos ao trabalho nas fazendas que abandonaram.

¹ Jornal de grande circulação no Estado de São Paulo – Brasil – ano XVI, n.º 4.442

² O texto se refere à libertação dos escravos, assinada em 13 de maio de 1889 pela Princesa Isabel Cristina Leopoldina Augusta Micaela Gabriela Gonzaga de Bragança e Bourbon, conhecida como a *redentora*, e que foi a única brasileira a governar o Brasil. Nasceu no Palácio de São Cristóvão, na cidade do Rio de Janeiro, em 29 de julho de 1846, filha de Dona Teresa Cristina e de D. Pedro II. Recebeu o título de princesa imperial pela Constituição do Império. A corte acertou a união de Isabel com o príncipe francês Luís Felipe Maria Gastão de Orléans, conde D'Eu. Embora a historiografia oficial trate com pouco destaque a regência da Princesa Isabel, o período em que ela esteve à frente do governo revestiu-se de grande importância. A princesa substituiu o imperador durante três viagens que ele fez ao exterior, tomando-se a única brasileira a administrar o país. Foi exatamente durante o seu governo que as principais leis do combate à escravidão foram promulgadas.

Ora, eu sou malandro e prezo-me disso.

A minha ocupação habitual é não me ocupar de cousa nenhuma; todos os meus afazeres resumem-se em não ter o que fazer.

Infelizmente não me sobra tempo para outra cousa.

Não trabalho; em primeiro lugar porque não gosto; em segundo, porque não preciso; em terceiro porque não quero.

Considero o trabalho cousa degradante. Orgulho-me de ser o rei da criação; sinto indizível orgulho em lembrar-me que fui feito à imagem e semelhança de Deus e não me canso de contemplar, embevecido, a estampa com que abrem as edições ilustradas das Fábulas de La Fontaine, no que se vê a figura nobre do homem elevando-se dominadora e soberana entre toda a bicharia congregada e humilde.

Quem trabalha suja, caleja as mãos, maltrata o corpo, deforma a obra mais bela e mais perfeita de Deus.

Ouçou dizer que é pelo trabalho que se adquire riqueza; mas dou-me bem sem ela. Não tenho ambições.

Um naco de carne, um copo de água fresca, uma xícara de café, um bom cigarro, uma rede e um sorriso meigo de mulher – eis tudo o que desejo. Ora, todo este pouco eu o possuo e basta.

Para que trabalhar? perguntar-me-á a temerosa e sanhuda, a tutora da sociedade – a Lei.

De modo o mais simples e honesto; herdei quatro patacas de meus pais e sou feliz com o belo sexo.

Além disso, como tenho um grão de espírito e uma porta de fecundia, não há quem me convide para jantar e não me dê cigarros.

Assim tenho vivido os meus trinta e um anos e meio de existência planetar, e não pretendia – nem pretendo, louvado Deus – modificar tão agradável sistema de vida. Leio agora que se projecta obrigar-me a trabalhar.

Com que direito? Pergunto eu. Com que direito vem a sociedade meter-me nas mãos uma enxada e forçar-me a ganhar o pão com o suor do meu rosto, se não peso à sociedade, se não leso, se não ofendo, se não incomodo ?

Não ando bebendo pelas ruas; as poucas chuvas que apanho, enxugo-as em casa, em família, entre a minha amante e meu gato.

Não brigo, não furto, não jogo. (E que jogasse : jogaria o que é meu).

Não ofendo nenhum dos direitos dos meus cōscios de civilização, respeitando-lhes todos, como faço, tenho o direito de empregar o meu tempo e de dispor do meu bento corpinho como eu entender melhor. Logo – a sociedade, a Lei tem o dever de deixar-me cabular à vontade, de empregar o tempo e matá-lo e de dispor do corpo ... a descansá-lo.

Tenho, pois, o direito de ser malandro e exercito-o consciencientemente.

Conseqüentemente, a Lei que viesse coagir-me ao trabalho seria iníqua e estúpida; iníqua porque atentaria contra a minha liberdade de acção; estúpida porque revelaria ignorar a ineficácia absoluta dos esforços humanos e que segundo a doutrina cristã, o próprio trabalho é vaidade, visto que só o não é amar e servir a Deus. Ora, eu sou cristão pela graça de Deus.

Advogue, pois, senhor redactor, a causa sacralíssima dos amigos do dolce far niente, garanta a vadiagem aos vadios, como deve garantir – e aliás não garante – o trabalho dos trabalhadores.

A sociedade não tem o direito de impedir-me de fazer nada, como teria o de obstar a que eu fizesse alguma cousa.

Direito ao trabalho, direito à vadiagem; são iguais e igualmente respeitáveis.

Protesto, pois, em nome da República, isto é, da liberdade, contra a projectada lei de repressão à vadiagem.

Deus nobilis hocc otia fecit.

Vede, senhor redactor, que além dos argumentos expendidos, tenho a meu lado o latim.

Saúde e fraternidade.

Um malandro.

Com propriedade, **Elizabeth Cancelli** ressaltou que "... quando Marcos Valente escrevia esta debochada carta ao jornal o Estado de São Paulo, o novo Código Penal de 1890 ainda não havia sido aprovado, mas a vagabundagem, de longa data, e de maneiras diferenciadas, vinha sendo enquadrada como assunto criminal."³

O fato ocorrido no Brasil em 1890 ainda é de evidente atualidade na ordem penal, trazendo a debate um dos mais importantes princípios do

³ A cultura do crime e da lei: 1889 – 1930; Edições Humanidades – Série Prometeu – Editora Universidade de Brasília – 2001 - p. 22.

direito penal – o *princípio da intervenção mínima do Estado* -, do qual decorrem duas características desse ramo do direito, a *fragmentaridade* e a *subsidiariedade*.

Crimes e criminosos sempre constituíram parte relevante da história da humanidade. Foram alvo de repressão, de punição, de controle. Com o advento da modernidade, no entanto, tornaram-se objetos de estudo.⁴

Sabe-se que as vicissitudes da vida fizeram com que os homens, que inicialmente viviam isolados e independentes, se unissem, formando as primeiras sociedades.

Se a união era fator de estabilidade e segurança do indivíduo, favorecendo o atendimento das necessidades básicas de sobrevivência, também é certo que as normas de conduta foram imprescindíveis para a manutenção daquela união.

As necessidades sociais, primitivamente expressas pela palavra oral, converteram-se em normas escritas – *leis* -, e a esse conjunto de normas escritas deu-se o nome de *direito*.⁵

Assim, “*na medida em que a tendência natural de cada integrante da sociedade é, e sempre foi, a de subsumir a vontade alheia à sua, as normas estabelecidas para o convívio em sociedade eram desrespeitadas e, para o cumprimento delas, tornou-se imprescindível estabelecer-se sanções àquelas que as infringiam.*”⁶

A partir daí, a história tem nos mostrado a evolução das normas penais restringindo a liberdade individual, na defesa do conjunto harmônico da sociedade.

⁴ “Primeiro, com o nascimento da criminologia propriamente dita, que se debruçará sobre os aspectos não legais do crime, suas causas, suas correlações e sua prevenção, e que terá, no século XVIII, seus primeiros representantes: Beccaria, Jeremy Bentham, Samuel Romilly, John Howard, etc. Depois, no século XIX, é muito importante frisar a existência de uma corrente bastante forte de pensadores – a da Escola Positiva e a da Antropologia Criminal – que se dedicará à especulação científica, basicamente no princípio da neutralidade de Comte – sobre a inscrição da predisposição ao crime nos diversos indivíduos.” Idem, idem – nota 03.

⁵ Conforme verbete contido no Dicionário Jurídico de Plácido e Silva, a palavra *direito* formou-se da junção latina *dis* (muito, intenso) mais *rectum* (reto, justo); donde, *disrectum* e, a seguir, *directum*, que significa “muito reto”, “muito justo”, o que não se desvia, seguindo uma só direção, entendendo-se aquilo que é conforme à razão, à justiça e à equidade.

⁶ *A Intervenção Mínima como Princípio no Direito Penal Brasileiro* - Maura Roberti, Sérgio Antonio Fabris Editor, Porto Alegre, 2002.

O direito de punir surge e se fundamenta na defesa social.⁷

Certo, no entanto, é que a ordem jurídico-penal não protege todos os bens jurídicos.

Em 1789, a *Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão*, fonte inspiradora dos direitos universais, proclamou no artigo VIII, que *"... a lei não deve estabelecer senão penas estritamente e evidentemente necessárias (...)"*

Para o prof. Farla Costa⁸,

"O direito penal tem ou utiliza diferentes técnicas de construção do tipo legal de crime e ao empregar diversos modos de fabricar o crime está a assumir uma escolha. Está a decidir sobre as margens da punibilidade. Está, em síntese, a operar uma decisão político-legislativa."

Entender por que a vadiagem⁹ ascendeu à categoria de ilícito penal, ocasionando o reclamo de *"um malandro"* a um órgão da imprensa, é uma

⁷ Em *Lições de História do Direito*, Walter Vieira do Nascimento ressaltou que a evolução do Direito Penal na antiguidade pode ser dividida em três fases distintas: *"Na primeira fase, longe ainda estavam os homens de sentir ou interpretar esse direito como veículo de ação punitiva. Na vingança pessoal, violenta ou expressiva, buscava-se a justiça pelas próprias mãos. Em razão disso, o que seria ofensa a um único indivíduo passava a ser ao grupo a que ele pertencia, daí resultando contendas e até guerras etimizadas pelo ódio. Na segunda fase, prevalecia para o crime praticado na célula social a autoridade de um chefe, que chamava a si o direito de punir. Da mera vingança pessoal passou-se ao exercício de uma justiça privada. Na terceira fase, procurava-se estabelecer um equilíbrio entre a ofensa e a repressão, mediante sistema condicionado à regra de que ao mal praticado deveria corresponder um mal igual. Era a fase da Pena de Talião. Já predominava o princípio da justiça pública. Vale dizer: a lei penal entrava em fase a que Garraud denominou "période politique", considerando o crime como uma lesão à ordem social e a pena como um modo de prevenir e reprimir."*

⁸ *"As Telecomunicações e a Privacidade – o olhar (in)discreto de um penalista"* - Actas do Colóquio *As Telecomunicações e o direito na "Sociedade da Informação"*, promovido pelo Instituto Jurídico da Comunicação da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, em 23 e 24 de abril de 1998.

⁹ Um relatório apresentado pela Secretaria de Segurança Pública do Estado de São Paulo, em 1909, comprova com dados estatísticos, que a maioria dos crimes praticados nesta época eram os chamados crimes comuns. Assim, foram registrados 1.664 crimes e 7.573 contravenções. Dentre as contravenções foram registrados 3.573 casos de embriaguez e 2.577 casos de desordem.

complexa e controversa questão, que vem sendo objeto de estudo de juristas, historiadores, sociólogos e políticos.¹⁰

É, no dizer do supracitado mestre,

“... uma tarefa que na sua inescapável multiplicidade de aderências toca com as categorias da necessidade e do merecimento da pena e

¹⁰ No início do século XX, os jornais brasileiros, que já eram considerados veículos de comunicação de massa – no ano de 1911, só o Estado do Rio de Janeiro possuía 20 (vinte) jornais de circulação diária -, empregavam grande teatralidade às notícias de certos crimes, demonstrando que os chamados crimes de paixão (assassinatos e suicídios) chamavam a atenção do público. Neste contexto, o *Correio Paulistano*, na edição de 14 de setembro de 1905, reservou 1.137 linhas, em uma coluna, para a cobertura de um crime passionai que virara sensação na capital paulista, narrando: *“Há cinco meses, aproximadamente, às primeiras horas da manhã, circulou rápida, pela cidade, a notícia de um crime que, pelas suas circunstâncias, constituiu grande assunto das palestras de muitos e muitos dias. Foi precisamente o primeiro de abril e, por isso, a nova sanguinolenta era em toda parte recebida com a credulidade natural desse dia. Oito horas e 50 minutos da manhã, mais ou menos, quando o conhecido professor Manuel dos Passos, vindo de sua residência, na rua Carlos Gomes, número 24, caminhava despreocupadamente pelo Largo Sete de Setembro, a fim de dar as suas primeiras lições de música. Vinha pelo trecho da calçada existente fora do nível da rua, quando ouviu que alguém o chamava : - Maneco! Voltando-se, deparou diante de si o tenente Antão, fardado, e aparentando a mais extraordinária calma, disse apenas sacando um revólver Smith Weisson: - Ó Maneco, você vai morrer agora, por causa daquilo que bem sabe... E não tinha terminado a frase, quando o primeiro tiro partiu, indo o projétil encavar-se ao lado esquerdo do peito de Manuel dos Passos. Este, ou porque se sentisse impotente para reagir, dada a situação do momento, ou porque temesse encarar Antão, deitou a correr, banhado em sangue. Poucos passos mais e dois tiros certos foram desfechados pelo tenente, que só conteve a mão, quando viu rolar por terra, escabujando, a sua vítima. Os precedentes dessa cena de sangue são conhecidos de quase todos. Uma velha amizade ligava o tenente Antão Fernandes, maestro da banda de música da Força Policial, a Manuel dos Passos. Todas as noites este ia ter à residência do Tenente, na rua Galvão Bueno, e aí permanecia em palestra com o seu amigo, gozando de toda a liberdade da casa, como velho amigo que era da família. Muitas vezes, ao chegar o tenente Antão estava ausente, mas Passos, na certeza de que não era desconsideração para com ele, mantinha da mesma forma a palestra com a esposa e filhos do tenente, retirando-se muitas vezes antes que este se recolhesse à casa. Algum tempo antes do crime, notou o tenente Antão, que Manuel Passos se tornara esquivo, freqüentando com muito menos assiduidade a sua casa, razão por que o interpelou, recebendo sempre respostas evasivas. Era, entretanto, uma simples desconfiança do Tenente, pois Manuel dos Passos, ao que se dizia, continuava a freqüentar sua casa em horas, porém, que o sabia ausente. Era clara a traição do amigo, no modo de ver do Tenente, e daí teve como conseqüência a morte de Manuel dos Passos, alguns dias depois da cena de sangue, num quarto particular da Santa Casa. Momento antes de dar o último alento, Manuel dos Passos, que negou sempre com insistência o adultério que lhe era imputado, tomando de um crucifixo que lhe apresentou uma irmã de caridade, jurou em face dele e pela honra de suas filhas que não conspurcara o lar do amigo.”* Elizabeth Cancelli, *idem*.

até com todo o processo de legitimação inerente à actividade incriminadora. É tarefa que tem que se desdobrar, que se desimplicar, na compreensão racional de muitas maquinarias político-sociais, nem sempre de fácil inteligibilidade para olhos socialmente menos perscrutadores."

Binding, citado por Luiz Luisi¹¹, foi talvez o primeiro penalista a registrar o caráter fragmentário do direito penal, entendendo que esse ramo do direito não encerra um sistema exaustivo de proteção a bens jurídicos, mas um sistema descontínuo de ilícitos, que decorrem da necessidade de criminalizá-los, para a garantia da estabilidade social.

Bom ressaltar que a carta citada no preâmbulo destas breves linhas, por seu evidente simbolismo, mostra claramente que o Direito Penal é a forma mais drástica de intervenção na vida social, causando enorme desconforto e a clara indignação de um *malandro*.

À escolha dos bens jurídicos que merecem a tutela do direito penal denominamos de **fragmentaridade de 1º grau**, enquanto que a determinação do *modus aedificandi criminis* representa a **fragmentaridade de 2º grau**¹².

II – A ORDEM PENAL NO SÉCULO XXI:

No limiar deste novo milênio uma indagação se impõe, buscando saber se o paradigma penal estabelecido para o Estado Democrático e Social de Direito até o século XX, fundado no iluminismo, ou seja, nos princípios da exclusiva proteção de bens jurídico-penais, da mínima intervenção penal e do acionamento subsidiário dessa intervenção, tem condições de sobrevivência no século XXI.

Com freqüência ouvimos dizer que não existe lei regulando determinada matéria, ou que a que trata de determinado assunto está ultrapassada e precisa, urgentemente, ser modificada.

Em fase de globalização, fala-se, até mesmo, no surgimento de *"... uma sociedade exasperadamente tecnológica, massificada e global, onde a acção humana, as mais das vezes anónima, se revela susceptível de produzir riscos também eles globais ou tendendo para tal, susceptíveis de serem produzidos em tempo e em lugar largamente distanciados da acção que os originou ou para eles contribuiu e de poderem ter como consequência, pura e simplesmente, a extinção da vida."*¹³

¹¹ **Os princípios constitucionais penais**, p. 26.

¹² *Idem*, *idem* – nota 7.

¹³ Jorge de Figueiredo Dias, "O Direito Penal entre a Sociedade Industrial e a Sociedade de Risco" – *Revista Brasileira de Ciências Criminais*.

Apologistas falam da *neocriminalização*¹⁴, outros defendem a *descriminalização*¹⁵.

Oscar Wilde, na conhecida obra denominada *De Profundis*,¹⁶ afirmou, sem receio, que “... o eterno paradoxo da alma humana, é que ela possa ser a um só tempo inteiramente livre e inteiramente dominada pelas leis.”

Se podemos viver sem o jugo das leis, é resposta que não se alcançou até este século.

Certo, no entanto, é que o direito penal, como inequívoca manifestação de um especial sentido histórico, tem que se mostrar “... como uma ordem de geometria variável, aberta e reintegradora dos desafios que o real verdadeiro da vida comunitária constantemente lhe põe.”¹⁷

Em recente artigo¹⁸ publicado na Revista da Faculdade de Direito da Universidade Católica de São Paulo, o prof. Cláudio Dell’Orto¹⁹, refletindo sobre a *fragmentaridade* e a *subsidiariedade*²⁰ do Direito Penal, afirmou:

¹⁴ “É a fenomenalidade em que o legislador define comportamentos proibidos e impõe penas, criando um novo tipo legal de crime” - Doutor José Francisco de Faria Costa, obra citada.

¹⁵ “É a fenomenalidade em que o legislador faz desaparecer do mundo jurídico-penal uma determinada infração.” - idem, idem.

¹⁶ *A Alma do Homem sob o Socialismo e Escritos do Cárcere* - incluindo *De Profundis* e cartas para o *Daily Chronicle*, ed. L&PM, trad. de Maria Ângela S. Vieira de Aguiar, Júlia Tettamanzy e Heitor Ferreira Costa - Porto Alegre, 1996, p. 78.

¹⁷ Doutor Faria Costa, obra citada, p. 304.

¹⁸ “Assim caminha o Direito Penal” - *Revista da Faculdade de Direito da UCP* - v. I - 1999, p. 21.

¹⁹ Juiz de Direito, Professor da Faculdade de Direito da UCP, Mestre em Direito Penal pela UCAM/RJ

²⁰ “O princípio da subsidiariedade expressa a necessidade de hierarquizar e racionalizar os meios disponíveis para responder ao problema criminal adequada e eficazmente. Uma autêntica exigência de *economia social*, em que sempre haverá a opção a favor da intervenção menos lesiva, ou limitada dos direitos individuais, pois ao Direito Penal deve se reservar o lugar de último recurso para o uso de uma sanção.” Cf. nota 06.

"A tendência de descon sideração do bem jurídico como fundamental para a tipificação penal e o desenvolvimento de um sistema penal, visando à prevenção geral positiva, são o ponto de partida para a reflexão sobre as práticas penais no século XXI."
"A concepção pós-moderna, sustentada por uma filosofia funcionalista, sugere que o Direito Penal proteja expectativas de bens jurídicos e não certos e determinados bens. Tornar-se-ia possível um incremento na tipificação de condutas omissivas e de perigo abstrato, porque a tutela penal visaria à proteção de expectativas de comportamento."

Para o mestre brasileiro, - preocupado com as conseqüências advindas da mudança do conteúdo da fragmentaridade -, as novas concepções de bem jurídico não devem gerar o aumento da quantidade de comportamentos humanos incriminados e sim a formulação de uma nova Teoria do Estado, onde o Direito Penal representaria um novo papel, utilizando o mecanismo de valorização da pessoa, num mundo massificado, ao invés da simples aplicação de sanções punitivas.

Impossível esquecer que "*... a vida social cria expectativas de comportamento para que se tornem possíveis à convivência pacífica e à harmonia dentro dela.*"²¹

A intervenção *subsidiária*²² do Direito Penal é um postulado que se apresenta com um caráter limitador do *ius puniendi*, com fundamento político-criminal, sugerindo aos Poderes Públicos o uso cuidadoso dos recursos gravosos penais, salientando que o Estado de Direito dispõe de outros meios também eficazes, mas de menor custo social.

²¹ Felipe Augusto Miranda Rosa é desembargador aposentado do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro - Brasil e professor de Sociologia do Direito - **Comportamento de Desvio, os Crimes e as Penas.**

²² Discorrendo sobre a *subsidiariedade*, o professor Nilo Batista afirmou que, no crime de desobediência, previsto no art. 330 do Código Penal Brasileiro, esse princípio tem aplicação *contra legem*, pois embora a lei não faça qualquer ressalva, doutrinadores como Nelson Hungria, Fragoso e Noronha, assim como os Tribunais têm entendido que se concorrer uma sanção administrativa ou civil para o fato (desobediência), não mais cabe a aplicação da pena.

Assim, neste amplo contexto, os postulados ideológicos (idéias, ideais e valores) fixam limites e objetivos para a ação humana na vida de relação.

As normas editadas segundo os preceitos anteriores configuram a ordem jurídica²³.

Importante ressaltar, no entanto, que a função geral negativa do tipo penal, baseado na coação psicológica, não tem se mostrado capaz de alcançar resultados práticos.

Da mesma forma, a prevenção geral positiva também não tem atingido os esperados resultados, vez que poucos casos chegam à apreciação do Judiciário.

No ensaio denominado *“Desafios do Direito Penal na era da globalização”*, publicado originalmente na *Revista Cidadania e Justiça*, da AMB – Associação dos Magistrados Brasileiros, Zaffaroni²⁴, ao tecer comentários sobre os problemas atuais do Direito Penal, advertindo para o perigo decorrente da previsão para a profecia²⁵ e afirmando que não acredita no apocalipse, defendeu a radical tese da extinção do sistema repressivo penal, asseverando que:

²³ Para o professor Miranda Rosa, agir de acordo com a ordem jurídica, evitando transgressões, é imperativo para os indivíduos e para os grupos, vez que as ações desajustadas aos modelos preconizados nessas normas são comportamentos de desvios que podem ser agrupados, para efeito de análise, em dois campos: os desvios leves e os desvios graves. Os primeiros também se subdividem em comportamentos de pequeno valor ofensivo a direitos alheios e da própria coletividade e desvios aos quais se dirige uma censura social que pode resultar em medidas punitivas de caráter penal.

²⁴ Eugênio Raúl Zaffaroni é professor titular de Direito Penal da Faculdade de Direito e de Criminologia e da Faculdade de Psicologia da Universidade Nacional de Buenos Aires, doutor em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade Nacional del Litoral (Santa Fé), pós-graduado no México e bolsista do Instituto Max Planck (Alemanha), coordenador da área penal da Maestria Latino-americana em Ciências Penais e Criminologia da Universidade de Zúria, Maracaibo (Venezuela) e ex-diretor-geral do Instituto Latino-Americano das Nações Unidas para a prevenção do Delito e Tratamento do Delinquente (Ilanud).

²⁵ *“Mas, quando perguntamos quais serão os problemas do amanhã, isso envolve um grande risco. O passado e o presente são diagnosticáveis, isso é claro. Passado e presente são fatos verificáveis. A crítica também é verificável, uma vez que é motivo de discussão ideológica sobre fatos certos. Porém, quando falamos sobre o futuro, corremos um grande risco de cair na profecia e de virarmos profetas iluminados. Se fazemos um diagnóstico, é porque todo diagnóstico tende a seguir um prognóstico. Então, temos necessidade de falar com base numa perspectiva futura e, assim, corremos o risco de cair numa fala profética. Qual seria a regra para evitar essa propensão à profecia? Acho que a regra é partir do fato presente,....”* - cf. p. 200.

“... O segundo milênio foi o do sistema penal e o terceiro milênio será o da quebra do discurso punitivo e do sistema penal. Não estamos falando em termos de um otimismo irresponsável. No terceiro milênio, a humanidade vai sobreviver, e para isso terá que acabar com o sistema penal, vai ter que acabar com o discurso punitivo e achar soluções reais para os problemas, não ilusões para solucioná-los.”

III – A INTERNET:

Neste contexto,

“... surge a Internet como um baluarte da liberdade de expressão, uma forma de buscar informações sem a obrigatoriedade de acessar os tradicionais meios de comunicação e de exprimir livremente o seu pensamento, sem sujeitar-se a qualquer forma de censura.”²⁶

Em pleno século XXI, nada é tão característico como a *internet*.²⁷

Com um desenvolvimento assombroso, este mundo virtual onde as pessoas “*navegam*” a fim de alcançarem diversos objetivos, sejam de cunho educacional, de diversão ou de curiosidade, vem se firmando como um autêntico e expressivo meio de comunicação.

Estatísticas afirmam que a rede está tirando aproximadamente 3% (três por cento) do público brasileiro da frente da TV, levando-o para a frente do monitor de um computador, na busca de novas atividades no mundo.

O mundo cibernético tem se mostrado fascinante.

Traçando linhas sobre a *Sociedade da Informação*²⁸, o professor **José de Oliveira Ascensão** afirmou que a *internet*, permitindo a experimentação de um tipo de comunicação de âmbito mundial, evoluiu rapidamente, de um estilo amadorístico e cultural, para um poderoso instrumento de negócios.

²⁶ *A Internet e a liberdade de expressão* - André Felipe Alves da Costa Tredinnick – *Cidadania e Justiça*, Revista da Associação dos Magistrados Brasileiros, v. 3, n.º 07, 2º semestre de 1999, p. 115/122.

²⁷ No Brasil, com a posse do novo Presidente, Luiz Inácio Lula da Silva, a imprensa deu grande destaque à política de desenvolvimento da tecnologia da informação. Sérgio Rosa, assessor do presidente ao longo da campanha eleitoral e que ajudou a formatar o programa do TI do Partido dos Trabalhadores – PT, em entrevista concedida ao “*O Globo*”, em 06 de janeiro de 2003, esclareceu que o ponto de partida é a valorização do capital humano, investindo em conhecimento e tecnologia. O Deputado Federal Miro Teixeira, empossado no cargo de Ministro das Comunicações, reforçou o discurso, afirmando que utilizará os recursos do FUST (Fundo de Universalização dos Sistemas de Telecomunicações) para levar a *internet* a todas as salas de aula, priorizando no Ministério das Comunicações a inclusão social através da inclusão digital, após ampla discussão com a sociedade.

²⁸ *Direito da Sociedade de Informação* – Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa – Associação Portuguesa do Direito Intelectual – v. I – Coimbra Editora – p. 163/184.

Em **Informática e Direito**,²⁹ obra de autoria de **Garcia Marques**³⁰ e **Lourenço Martins**³¹, colhe-se a informação de que a *internet* tem origem em um programa implementado no ano de 1969, que visava a assegurar uma segura rede de comunicações para organizações ligadas à investigação científica na área da defesa.

A este programa precursor, o Departamento de Defesa dos Estados Unidos denominou APARNET (*Advanced Research Projects Agency Network*).

Através do protocolo TCP/IP (*Transmission Control Protocol/Internet Protocol*), uma espécie de língua comum que permite a comunicação entre as redes, a *internet* tem funcionado numa dupla finalidade (meio de comunicação e meio de publicação).

O *Request For Comments* – RFC, distribuindo e compartilhando idéias com outros investigadores da comunidade científica, com notas publicadas na rede, foi outro instrumento importante no desenvolvimento e aprimoramento da *internet*.

Com o impulso acadêmico, a *internet* cresceu rapidamente, a partir de 1983.

A *World Wide Web* (*www*), considerada uma enorme teia de aranha mundial, permite uma simples e intuitiva *navegação* pelos *sítios* da *internet*, sem que a localização geográfica do utente tenha qualquer influência.³²

Em termos práticos, o denominado *fornecedor de acessos*, assim como o *fornecedor de serviços*, utiliza-se de uma linha alugada ao *operador da rede*, para a ligação à *internet*.

Atualmente, a IRC – *Internet Relay Chat*, possibilita a comunicação em tempo real entre os assinantes da rede, permitindo a organização de reuniões *face a face*, assim como o intercâmbio de material de relevante interesse nas pesquisas científicas.

Na obra supracitada, os Conselheiros portugueses ressaltaram a questão que a todos aflige: “*A internet é uma zona de não direito?*”, afirmando que não, vez que, apesar de implicar as adaptações de certos institutos jurídicos ou mesmo da publicação de certas leis, a *internet* está mergulhada em direito por todos os lados.³³

²⁹ Almedina, Coimbra – novembro de 2000.

³⁰ Juiz Conselheiro do STJ – Supremo Tribunal de Justiça de Portugal - Secção Cível.

³¹ Juiz Conselheiro do STJ - Supremo Tribunal de Justiça de Portugal – Secção Cível.

³² Para os autores da obra citada, a *World Wide Web* expandiu-se espetacularmente na década de 90, tornando-se na mais importante componente da *internet*, como meio de comunicação e interação entre as pessoas, bem como de transmissão de informações.

³³ Obra e autores supracitados, p. 54.

Em Portugal, o *Livro Verde para a Sociedade da Informação* – SI, editado pelo Ministério da Ciência e da Tecnologia em 1997, dispôs expressamente que a legislação, a par de assegurar proteção ao cidadão e às empresas, não pode impedir o aproveitamento da tecnologia.³⁴

IV - NEOCRIMINALIZAÇÃO?

Pergunta que não quer calar é a que se dirige à necessidade ou não da criação de novos tipos legais de crime, para abranger a fenomenalidade dos novos comportamentos no seio da Sociedade da Informação.

O prof. Faria Costa, em obra já referida neste estudo, afirmou que as chamadas telecomunicações não trouxeram problemas substancialmente novos ao direito penal. Arrastaram, isso sim, densidades diferentes, fizeram com que o eventual desvalor do resultado aumentasse substancialmente, tornaram mais frágil o papel da vítima.³⁵

Não houve qualquer modificação qualitativa e sim, meramente quantitativa, no entanto:

"As profundíssimas mutações que vão exigir resposta – mesmo que esta se configure na ausência de resposta – são aquelas que a Internet está, de maneira inescapável, a introduzir no nosso quotidiano."

Um caso recente, com enorme repercussão na sociedade brasileira, ocupou as páginas dos jornais de grande circulação e foi objeto de diversas pautas televisivas, por envolver a hipótese de pedofilia na *internet*.

Levado a julgamento, a Sexta Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, concedeu, em *habeas corpus*, ordem para trancamento da ação penal intentada pelo Ministério Público contra várias pessoas a quem se imputava a transmissão, pela *internet*, de fotografias pornográficas que incluíam crianças e adolescentes.

Urge, pelo inusitado do tema, que se transcreva, na íntegra, a decisão proferida por aquela Corte de Justiça:

³⁴ Em nota de n.º 58, os professores Garcia Marques e Lourenço Martins consideraram que devem "... ser tomadas *cum grano salis*, neste capítulo do Livro Verde, as afirmações de que "o direito à liberdade de expressão e de escolha deve ser plenamente respeitado", não havendo, pretexto que possa justificar qualquer tipo de censura prévia na rede nacional ou global de informação." Acrescentaram os autores: "Na verdade, tem consagração constitucional o princípio da liberdade de expressão e de informação, sendo que tais liberdades não podem ser impedidas ou limitadas por qualquer tipo ou forma de censura." Só que o mesmo preceito constitucional (art. 37º) dispõe que as infrações cometidas no exercício de tais direitos ficam submetidas aos princípios do direito criminal e agora também do ilícito de mera ordenação social.

³⁵ Ver nota 07.

"Habeas Corpus. A aplicação analógica de disposição penal atenta contra o princípio constitucional da legalidade ou reserva legal. "Divulgar" não é "publicar": quem publica, divulga, certamente; mas nem todo aquele que divulga, publica. A divulgação pode ser por qualquer forma, até oral, mas a publicação não prescinde da existência de objeto material corpóreo. Assim é que a transmissão, pela Internet, e por solicitação ministerial, de imagens pornográficas envolvendo crianças (kids), pré-adolescentes (pre-teens) e adolescentes (teens), enquanto não definida adequadamente como crime, é conduta atípica, não se podendo afirmar infratora do disposto no art. 241 do ECA, sendo questionável possa o mesmo representante do M.P. obrar como "agente provocador", substituindo-se à autoridade policial, para em seguida oferecer denúncia. Em cenas de pedofilia, é "conditio sine qua non" a identificação do titular do bem jurídico protegido, e a certeza ministrada por documento hábil da sua idade. O ECA não tem por escopo a proteção da sociedade, mas a da criança e do adolescente, de "per si". Concessão da ordem para trancamento da ação penal, com extensão da medida aos co-réus. Vencido o Des. Salim José Chalub que concedia apenas a suspensão condicional do processo, pelo prazo de dois anos."

O primeiro ponto que, de imediato e de maneira expressiva, se percebe, é que o órgão colegiado concluiu pela atipicidade do fato, por entender que os denunciados não se utilizaram de *"documento palpável, sensível – única forma de publicar"*.

Assim, se atípico o fato, não estando, portanto, configurado o tipo delituoso e sendo impossível recorrer à analogia, sob pena de se violar a um só tempo o *princípio da reserva legal* e a proibição da aplicação da analogia *in malam partem*, os julgadores trancaram a ação penal que, com fundamento no art. 241 do ECA³⁶ – Estatuto da Criança e do Adolescente, buscava a cominação de pena de um a quatro anos de reclusão.

É claro que o *case* não passou despercebido no mundo jurídico e, de imediato, diversas vozes se levantaram, apoiando umas, discordando outras.

Dentre as que dissentiram, avulta a do professor **José Carlos Barbosa Moreira**³⁷, que, demonstrando profundo equilíbrio lingüístico e jurídico,

³⁶ Art. 241- Fotografar ou publicar cena de sexo explícito ou pornográfico envolvendo criança ou adolescente. Pena – reclusão de um a quatro anos.

³⁷ Desembargador (aposentado) do TJRJ – Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro e professor da Faculdade de Direito da UERJ – Universidade do Estado do Rio de Janeiro.

partiu da análise da palavra **publicar**³⁸ em diversos dicionários da língua portuguesa e adentrou no exame dos dicionários de termos jurídicos³⁹, para discordar da decisão colegiada⁴⁰, afirmando que “... não estava em causa o princípio *nullum crimen sine lege*, nem era mister, para reconhecer como típica a conduta descrita na denúncia, fazer uso da analogia *in malam partem*.”

Chegados aqui, não se pode deixar de transcrever o trecho que se aplica como molde a este estudo, onde o respeitado jurista brasileiro, entendendo que o fato não importa em *novus* comportamento proibido, afasta a figura da neocriminalização, afirmando:

³⁸ “A gravidade do tema incitou-me a uma perquirição, com o fito de averiguar se estava correto o entendimento de a palavra “publicar” ter conotação necessariamente de “impressão ou edição”, como reza outro passo do acórdão. A fonte primária de consulta foram, naturalmente, os dicionários, dos mais autorizados que pude encontrar. Em alguns casos, o verbete “publicar” é sintético; em outros, é bastante extenso. *Em nenhum descobri a limitação semântica propugnada pelo relator*. Todos começam por uma acepção *geral* da palavra, que é a de “tomar público”; e só depois, particularizando, chegam a registrar aquele sentido *secundário* a que se refere o acórdão. Senão, vejamos, a principiar pelos que têm mais sucinto o verbete “publicar”.

CÂNDIDO DE FIGUEIREDO, *Novo Dicionário da Língua Portuguesa*, 9ª ed., v. II Lisboa – Rio de Janeiro: “Publicar – Tomar público; proclamar; vulgarizar. Editar. Anunciar, proferir”.

ANTENOR NASCENTES, *Dicionário da Língua Portuguesa*, 3ª tomo, 1966: “Publicar – V. tr. Tomar público, afixar ou apegar em lugar público, levar ao conhecimento do público. Proclamar. Afirmer publicamente. Divulgar, espalhar, assoalhar. Fazer imprimir, editar, dar à estampa”.(...)

Complete-se o giro com o *Dicionário de Verbos e Regimes* de FRANCISCO FERNANDES, 6ª ed., Rio de Janeiro – Porto Alegre – S. Paulo, 1947. Nele, igualmente, o primeiro sentido que se indica para o verbo publicar é o de “tomar público, notório”; o *quarto* é que especifica: “editar, fazer aparecer em público”.

³⁹ “Divergirá da linguagem comum, neste ponto, a jurídica? Deverá porventura supor-se que, em direito, só se legitima o uso do verbo “publicar” para designar comportamento que empregue “objeto material corpóreo”, que se traduza em “impressão ou edição”?

Há, sem dúvida, dispositivos legais em que aquele verbo se vê empregado com o sentido de estampar, divulgar *por escrito*. Assim, por exemplo, o art. 564 do Código de Processo Civil: “lavrado o acórdão, serão suas conclusões publicadas no órgão oficial dentro de dez (10) dias.”

Mas nem sempre é o que acontece. Quando o juiz, na audiência, profere oralmente a sentença, *publicada* está ela, e incide o art. 463, *início*, do estatuto processual civil, *verbi*: “Ao publicar a sentença de mérito, o juiz cumpre e acaba o ofício jurisdicional ... : . Por óbvias razões, deve reduzir-se a escrito a sentença, oralmente publicada – o que em regra se faz pelo respectivo ditado ao serventuário ou funcionário incumbido da datilografia ou de outro meio de registro. (.....)

⁴⁰ “Parece desnecessário ir além para demonstrar que, tanto na linguagem comum, quanto na própria do direito, a significação de “publicar” de modo nenhum se prende necessariamente a este ou àquele modo de agir; em especial, ao que se vale de “documento palpável, sensível”, de “objeto material corpóreo”, menos ainda de instrumento *escrito, estampado, impresso*. Quem quer que tome pública alguma coisa, seja como for, *publica-a*.”

"De tudo isso ressaí uma conclusão seguríssima: para que se configure o tipo do art. 241 do Estatuto da Criança e do Adolescente, não é preciso, em absoluto, que "a cena de sexo explícito ou pornográfico envolvendo criança ou adolescente" seja estampada, impressa, dada a lume em livro, jornal, revista, inserta em "documento palpável", em "objeto material corpóreo". Se a cena é divulgada por outro meio, de tal sorte que a ela possam ter acesso sectores indiscriminados do público, pessoas em geral, publicada está ela, e configurado o tipo. Não se exige, é claro, que a todos, sem exceção, se abra o acesso, do mesmo modo que não se exigiria, na hipótese de efetuar-se a publicação em "documento palpável", em "objeto material corpóreo", que todos, sem exceção, pudessem in concreto ver o livro, o jornal, a revista: bastaria, à evidência, que o veículo da publicação fosse acessível ao público em geral.

"Ora, é o que ocorre com as imagens projetadas através da Internet. Nem se objete que elas só atingem os donos de aparelhos receptores. A ser exata, a objeção provaria demais: também poderia lembrar a alguém dizer que, divulgadas pela imprensa, elas só atingiriam os adquirentes do livro, do jornal, da revista. Nem isto, nem aquilo é verdade. Primeiro, porque nada garante que assista à cena unicamente quem possua aparelho receptor: um só destes pode ser utilizado, simultânea ou sucessivamente, por número indefinido de pessoas. Depois, porque como já ficou dito, não há cogitar de uma divulgação, seja qual for o meio empregado, que apanhe a humanidade inteira. E, a propósito, valeria a pena indagar se a difusão pela Internet não tem, ao menos potencialmente, alcance até maior que a difusão por meio de livro, jornal ou revista."

V – CONCLUSÃO:

É tempo de conclusão, deixando o tema, por sua atualidade, em sede de permanente reflexão.

Não se objeta, como aquele que quer continuar a ser *malandro*, - por mero comodismo, ou por interesses individuais – a incursão no mundo da neocriminalização, com a criação de novos tipos legais de crimes, a cada avanço tecnológico da sociedade moderna.

Não se defende a extinção do princípio da intervenção mínima do Estado.

Evidente que a expectativa quanto ao comportamento do ser humano no uso (e no abuso) das tecnologias pertinentes à sociedade da informação, é fato de preocupação, quer no Direito Comunitário, como nos sistemas jurídicos nacionais.

As dificuldades que sempre são encontradas em fases de transição, exige o amplo debate dos operadores do direito.

*A conflitualidade é, sem dúvida, a pedra de toque da existência de todo o direito e muito particularmente do direito penal.*⁴¹

No histórico momento da libertação dos escravos, sendo grande o número de pessoas desocupadas, o direito penal deu solução conveniente através do legislativo, intervindo no tecido social, para a criação de um novo tipo legal de crime (contravenção) – *a vadiagem*.

O direito penal, no entanto, não é meio de resolução de todos os problemas sociais.

Neste século que se inicia, algumas perguntas se impõem.

Deve o Direito Penal renunciar à pretensão da *intervenção penal mínima*, ou apenas moderada, ou deve buscar o caminho de um direito penal de máxima intervenção, funcionalizando as exigências de proteção efetiva da humanidade diante dos riscos que se apresentam à sociedade moderna?

Ou, - buscando a tese dos que defendem o fim do Direito Penal -, o melhor caminho seria o reconhecimento da incapacidade de se tutelar estes novos riscos que assoberbam a sociedade moderna, deixando a proteção a cargo de outros ramos do direito, ou quiçá, a outras esferas de controles sociais não-formais?

Melhor seria a dicotomia do direito penal, adaptando-se, a par do direito penal clássico, um Direito Penal dirigido à proteção contra os novos e os grandes riscos, dando lugar a princípios de flexibilização controlada, fundados na proteção antecipada de interesses coletivos indeterminados, sem espaço, sem tempo, sem autores, sem vítimas?

Se é certo que todas as conquistas culturais do homem sempre exigiram atualização⁴², como ocorreu com a fotografia, com o avião, com o telefone, com o automóvel, também é certo que a tentativa de se ver uma dicotomia entre o real e o virtual não passa de publicidade para supervalorizar os modernos meios de comunicação.

Efetivamente, no campo da *internet*, duas formas de ação ou omissão (delituosa) devem ser objeto de consideração: as ações ou omissões (cri-

⁴¹ *Idem, idem* – nota 07.

⁴² Em artigo publicado na *Revista Direito Mackenzie*, denominado "Algumas observações sobre o direito penal e a internet", o professor Vicente Greco Filho, analisando o tema, afirmou que "Não existe a tal realidade virtual. A realidade não comporta qualificativos. A realidade é, e pronto. Não existe a menor razão para bajular os meios eletrônicos, atribuindo-lhes o poder de ter criado uma realidade diferente. Não são realidade virtual o cinema, a televisão e o milenar teatro? E a música? Trata-se de pura e vã exibição de vaidade dos que têm interesse em promover a "grande rede"."

minosas) praticadas por *meio da internet* e as ações ou omissões (criminosas) praticadas *contra a internet*, conquanto bem jurídico autônomo.

Ora, se, aproveitando-se o caso narrado neste breve estudo, se questiona a pedofilia na rede, a discussão não é diferente da que se discute em função da televisão, das revistas ou de qualquer outro meio de divulgação.⁴³

Melhor sorte não assiste às ações ou omissões criminosas praticadas contra a *internet*, enquanto bem jurídico autônomo. A denominada *pirataria* – violação da propriedade intelectual de *software* - já se encontra corretamente incriminada e a proteção aos bancos de dados informatizados pertence à esfera da intimidade do ser humano.⁴⁴

O direito penal, em geral, está perfeitamente aparelhado na missão de coibir condutas lesivas, quer sejam praticadas pela ou contra a *internet*.

Se, por exemplo, se quer discutir a proteção dos direitos dos utentes da rede, quer porque tiveram violada a intimidade, quer porque houve indevida utilização de um cartão de crédito, depois da captura de seu número e da sua senha, através da *internet*, os fatos já configuram crimes específicos, inseridos no ordenamento jurídico.

O ordenamento jurídico português, assim como o ordenamento jurídico brasileiro, já está adequadamente munido de instrumentos dogmáticos adequados para a defesa das lesões decorrentes das ações (omissões) praticadas através da *internet* e das ações (omissões) praticadas contra a *internet* (enquanto bem jurídico autônomo).

O direito penal só deve ser utilizado como resolutor dos atos ou fatos que tocam com o que é fundamental da comunidade.

Evidente que numa sociedade como a do século XXI, com elevado nível de problematicidade, mais do que a mudança de princípios, impõe-se um novo tipo de abordagem do Direito Penal.

⁴³ "Nos crimes de resultado de conduta livre, à lei importa apenas o evento modificador da natureza, tal como, por exemplo o homicídio. O crime, no caso, é provocar o resultado morte, qualquer que tenha sido o meio ou a ação que a causou. Na Europa conta-se que já ocorreu um homicídio por meio da informática: um *hacker* invadiu os computadores da UTI de um hospital e, manipulando seus dados, provocou a morte do paciente. Este exemplo mostra bem o que queremos dizer no começo: homicídio é homicídio, não importa se praticado com arma de fogo ou pela *internet* e inexistente qualquer necessidade de se inventar figura especial para esta última. Tal situação vale para praticamente todas as condutas praticadas por meio ou com a *internet*." Obra e autor supracitados.

⁴⁴ "Tanto é violador o *hacker* que consegue acesso a banco de dados sem autorização, quanto o que dele tira uma cópia sem qualquer utilização de meio informatizado, simplesmente subtraindo disquetes. Igualmente não pode deixar de ser considerado violador aquele que subtrai (ou simplesmente tem acesso não autorizado) a minha caderneta de telefones (que também é um banco de dados) ou minha agenda eletrônica. Idem, idem.

Pensamos que o atual paradigma penal tem condições de afrontar, com sucesso, os novos riscos oferecidos por esta sociedade, em que o progresso científico e tecnológico possui velocidade acelerada, acarretando mudanças extremamente rápidas e conseqüências muitas vezes imprevisíveis em todas as áreas de conhecimento.

A tarefa primordial do Direito Penal é e continua sendo, a de intervir o mínimo possível, para assegurar o máximo de liberdade.

Exigir a criação de novos tipos legais de crimes para as ações ou omissões praticadas pela *internet* ou contra a *internet*, é erro grave e perigoso na política penal.

“Insistindo, ainda exemplificativamente, se se quer discutir a protecção à intimidade, não se deve fazê-lo especificamente para a internet, porque a protecção, se for o caso, deve ser genérica, porque tanto a intimidade pode ser invadida na utilização da rede, quanto por uma gravação ambiental ou pelos paparazzi.”⁴⁵ ◆

⁴⁵ Idem, idem – nota 34.

O Renascer da Neurocriminologia

LIBÓRNI SIQUEIRA

Desembargador do TJ/RJ. Professor de Sociologia. Mestre em Docência do Ensino Superior

A Justiça devidamente codificada ainda está longe de ultrapassar os limites do Código Moral, que é genético e as ciências não conseguiram definir quanto às suas origens. A sociedade o mantém acima de todas as conquistas humanas.

Este é um tema de profunda indagação científica encontrando várias correntes doutrinárias, desde um complexo casuismo de idéias conflitantes até a do método jurídico ou ciência da legislação que dissocia, o quanto possível, os estudos sociológicos, econômicos e políticos, surgida no século XVIII com Genovesi, Filangieri e Pagano.

É difícil desvincularmos os fatores determinantes e condicionantes para aplicarmos o método jurídico, separando-o das demais ciências se a lei nasce do fato social.

A criminologia é uma ciência e esta não se constitui do estudo dos efeitos mas das causas, levando em consideração e amalhando a larga experiência para criar sua própria metodologia.

O maior vulto da Escola Positiva e criador da Sociologia Criminal, Henrique Ferri, ao lançar a trilogia do delito com os fatores antropológicos, sociais e físicos, dividiu os criminosos em cinco categorias: nato, louco, habitual, ocasional e passional. Não discordou do emérito Professor César Lombroso, como muitos assinalam, apenas desenvolveu suas teorias e estudos, aproveitando-os como se observa nos fatores antropológicos que resultaram na célebre classificação do criminoso nato ou atavismo lombrosiano.

Certo é que o delinqüente não está dividido em departamentos, é um todo integral; não é apenas um ser biológico é, também, um ente social, daí porque a divisão em dois ramos: Biologia Criminal e Sociologia Criminal, contudo, entre os dois há que se integrar a biogênese, a neurogênese, a psicogênese e a sociogênese que, em síntese, resultará na neurocriminologia.

Para a aplicação do Direito Penal não basta apenas examinar as peças de um processo e verificar se foram cumpridas as determinantes legais

lançando a pena correspondente, pois o Juiz está usando um instrumento da ciência, é um cientista, e o processo diz respeito ao acusado pela prática ou não de um fato.

Rui Barbosa em sua *Oração aos Moços* disse: *“Vulgar é o ler, raro o refletir. O saber não está na ciência alheia, que se absorve, mas, principalmente, nas idéias próprias, que se geram dos conhecimentos absorvidos, mediante a transmutação por que passam, no espírito que as assimila. Um sabedor não é armário de sabedoria armazenada, mas transformador reflexivo de aquisições digeridas”*.

As diversas escolas criadas por renomados pesquisadores refletem o pensamento de Rui Barbosa, desde o Código de Hamurabi (1728-1686 a.C.) até chegarmos ao período dos dias hodiernos de Política Criminal como profilaxia do crime. Fórmulas e mais fórmulas que, dia a dia, se afastam da verdade científica.

Quando lemos a exposição de motivos do Código Penal no item 12, ali encontramos:

“Parece-nos inconveniente manter a definição de causa no dispositivo pertinente à relação de causalidade, quando ainda discrepantes as teorias e conseqüentemente imprecisa a doutrina sobre a exatidão do conceito. Põe-se, portanto, em relevo a ação e a omissão como as duas formas básicas do comportamento humano.”

Ao chegarmos ao artigo 13 do Código Penal, restringe-se o conceito: *“O resultado, de que depende a existência do crime, somente é imputável a quem lhe deu causa. Considera-se causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido.”*

Observa-se o critério do método jurídico onde a “causa” se vincula ao fato, isto é, ao efeito final que resultou no crime.

Quando atingimos o capítulo da aplicação da pena, a sua fixação, o Juiz é obrigado a integrar o estudo do fato à causa geradora, ou seja, correlacionar crime e delinqüente, estudando seus antecedentes, conduta social, personalidade e motivos que exigem a atuação, pelo menos, de dois profissionais: o assistente social e o psicólogo.

Quem, contrariando a lei, exerce as duas funções? O Escrivão da Delegacia.

É baseado neste “estudo” do Escrivão, ou quem o substitua, que o Delegado elabora o relatório.

Daí em diante desenvolve-se o processo com a folha de antecedentes criminais, interrogatório, sumário etc.

Coligindo todos esses elementos que obedecem ao método jurídico é que o Julgador estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente, a pena para a reprovação e prevenção do crime.

E o delinqüente, quem estudou para detectar as causas que o levaram à prática do delito?

Que ciência criminológica é esta que exercemos?

Em 1967, o Geneticista e Professor Aurélio Balsanelo requereu ao Juiz da 4ª. Vara Criminal de São Paulo, Dr. Miguel René da Fonseca Brasil e este autorizou que fizesse os exames no delinqüente João Acácio Pereira da Costa, conhecido como o “bandido da luz vermelha”, pois havia suspeita de que tivesse um cromossomo a mais, além de outros comprometimentos patológicos, o que dera causa ao envolvimento em 158 (cento e cinqüenta e oito) crimes, num período de 15 (quinze) meses.

Desejava o professor provar a relação entre criminalidade e deformações genéticas dando como resultado os comportamentos anormais, afirmados pela Escola Positiva de que o criminoso é sempre, psicologicamente, um anormal, de forma temporária ou permanente.

Foi condenado a 351 (trezentos e cinqüenta e um) anos, em 88 (oitenta e oito) processos: quatro assassinatos, sete tentativas e 77 roubos, quando contava 25 anos. Hoje está com 53 e em 16 de agosto de 1997 deixou o presídio, pois cumpriu 30 (trinta) anos das penas.

Os exames foram concluídos em parte, contudo, ainda não nos encontrávamos com os avanços de hoje, enunciados pela engenharia genética.

Após 30 (trinta) anos retorna à sociedade. Está em condições de se auto-determinar? Ninguém responde, apenas a lei – cumpriu a pena máxima, é só!

A neurocriminologia renasceu e se consolidou nos tribunais americanos em face dos avanços da neurobiologia e da engenharia genética.

No Brasil, sua aplicação recente foi no caso do banqueiro Amador Aguiar que teve o segundo testamento anulado em face do laudo do psiquiatra paulista Marco Antonio Marcolin que diagnosticou a demência do testador.

Jamais conseguiremos reduzir o estado de violência e agressividade enquanto a ciência criminológica não tiver recursos para oferecer ao Julgador os elementos necessários para que a pena tenha por base o delinqüente, diagnosticado cientificamente.

Negar-se a existência do criminoso no contexto da biogênese, neurogênese, psicogênese e sociogênese, e condená-lo baseado apenas no método jurídico, é regredir no tempo e no espaço, trocando a causa pelo efeito.

Outro exemplo vivo é o dos irmãos necrófilos de Friburgo que assassinaram várias pessoas demonstrando, claramente, uma patologia genética que necessita ser pesquisada para os casos futuros e o bem da sociedade.

Quantos adolescentes recebem as medidas socioeducativas nas Varas da Infância e Juventude sem um diagnóstico aprofundado e prosseguem a caminhada tortuosa até terminarem nas celas frias dos presídios.

Quantos psicopatas estão cumprindo pena dentro dos xadrezes das próprias delegacias, sem um diagnóstico ou tratamento. Depois de 1/6 (um sexto) da pena refulge o direito do retorno à sociedade.

Não esposamos aqui a ilusão de que o Estado não puna, contudo, estamos longe da aplicação da ciência desprezando as causas e esperando que a pena seja o remédio salvador.

É preciso repensar a evolução das teorias dos grandes mestres e conjugar as indagações científicas nesta era revolucionária da genética dentro do binômio crime-criminoso.

Eis o sereno despertar da consciência científica. ♦

Algumas Reflexões sobre os Novos Rumos do Direito

FELIPPE AUGUSTO DE MIRANDA ROSA

Desembargador (aposentado) do TJ/RJ e Sociólogo

1) Em uma reflexão imediata, superficial e apressada, ocorre já o tema, hoje, planetário, da vigência efetiva dos chamados “Direitos do Homem”, como diversos documentos internacionais rotulam o quadro dos Direitos Humanos. Isso constitui um grande conjunto de idéias e valores cuja importância é assinalada a todo instante.

Na realidade, o tema dos Direitos Humanos enraizou-se definitivamente como consequência e após o desfecho da 2ª Grande Guerra Mundial, como ficou rotulado o conflito armado de 1939 a 1945.

As declarações formais firmadas pelas diversas nações que constituíram a ONU estabeleceram uma espécie de “Código” de tais princípios, que supostamente iriam reger a convivência mundial a partir de então. Desenvolveu-se, portanto, um largo campo de afirmações de princípios, garantias e projetos como base da nova convivência entre os povos e seus governos.

A exigência do respeito às normas resultantes, não só formalmente declaradas, mas implicitamente afirmadas, a todo momento nos debates internos e externos dos países que passaram a constituir a comunidade das nações, tornou-se regra geral, embora não uma realidade indiscutível. Intenções e ações, como de costume, não se confundiam numa realidade pragmática.

De qualquer maneira, os chamados Direitos Humanos passaram a constituir o repositório dos princípios fundamentais das sociedades, em diversos níveis. Sua invocação reiterada e, por vezes, duvidosa, passou a ser fenômeno ordinário.

As muitas violações efetivas ou apenas tentadas das regras de conduta assim explicitadas formaram um ambiente de debates, afirmações e negações, que se instalou em todos os continentes.

A violação e desrespeito aos princípios garantidores daqueles direitos básicos adotados como parâmetros das sociedades tornou-se o objeto de conferências internacionais, conclaves científicos, entrechoques ideológicos de grande profundidade e abrangência. Isso resulta na instalação de um

verdadeiro ideário mundial que se quis transformar numa espécie de declaração universal a que todos os povos deveriam aderir.

Não é fácil transformar idéias e princípios, principalmente aquelas e estes restritivos dos comportamentos individuais ou grupais, em realidades observáveis sempre ou quase sempre .

A distância entre o “dever ser” e o que efetivamente acontece foi sempre larga e incerta, segundo os vários ambientes sob observação. Todos sabemos que o desrespeito aos preceitos das normas que foram declaradas ou mandadas observar é muito grande. Tal é, com efeito, um traço da condição humana através de toda a história.

Pensa-se bem, age-se mal, já foi dito e tal realidade tem que ser levada em conta em qualquer análise comportamental. Claro está que se identificassem completamente os pensamentos e as ações viveríamos num quase paraíso. Não é essa a realidade.

Algumas linhas gerais dos princípios que se quer venham a garantir o respeito aos direitos humanos podem ser identificáveis em qualquer pesquisa ou análise do que acontece. De logo, o analista identifica a tensão que se instala entre o planejado e o realizado.

A divergência entre um e outro é uma constante inevitável, apesar de se mostrar em escalas e detalhes diferenciados. O quadro não difere, convém observar, no que respeita a toda ordem jurídica declarada como “dever ser” ideal e raramente obedecida de maneira total.

A dicotomia e a divergência entre os princípios, sobretudo éticos, e os comportamentos de todo dia serão reconhecidas em qualquer investigação dos comportamentos humanos, quase sempre desejados e os passíveis de realização no entrechoque dos conflitos sociais.

O dado é completamente reconhecido, as bases éticas que informam o que deve ser não acompanham de perto os eventos. Essa é a primeira constante a verificar em uma reflexão crítica.

O tema comporta ainda uma segunda linha de raciocínio que diz respeito à eficácia real das normas comportamentais, como resultado da dicotomia mencionada.

A ordem jurídica é o tipo mais acentuado da normatividade social. Na medida em que não é fácil a identificação entre as práticas reais e os comandos comportamentais aludidos. Os indivíduos e os grupos defrontam-se com problemas de orientação que atingem, também eles, o funcionamento coletivo.

O divórcio entre o recomendado e o efetivado, ou melhor, entre o que se recomenda e o que se pode realizar, constitui um elemento de insegurança e dúvida. Tudo aquilo que o discurso jurídico e as regras elementares de comportamento declaram tem grande força condicionante nas ações de indivíduos e grupos.

O comando sociocultural que existe nas regras jurídicas perde substância na psique individual ou coletiva, o que instaura um quadro de ruptura do modelo. As conseqüências psicológicas da incerteza de rumo e de validades passam a atuar de modo que o caminho a seguir torna-se impreciso e confuso. No caso dos Direitos Humanos, as dúvidas sobre sua realidade e validade somam-se às incertezas quanto a sua aplicabilidade. O caso é exemplificativo da discussão a respeito da eventual eficácia das normas.

A incerteza passa a influir na vigência da regra, enfraquecida pelo quadro instável; a validade ou a eficácia jurídica de uma norma depende do grau de convencimento de sua vigência.

Tantas são as dúvidas sobre a efetiva aplicação dos princípios jurídicos que dizem respeito aos direitos da pessoa humana, que a dúvida referida tem conseqüência profunda no próprio conhecimento daquele princípio, quanto aos caminhos que devem ser percorridos no dia-a-dia.

Exemplo disso é o conjunto de normas que proíbe a discriminação de pessoas ou grupos por motivos quaisquer, independente da vontade dos vulnerados. A discriminação racial, sob suas formas clássicas de preconceitos, práticas lesivas, segregações e outras que estão no centro de grandes debates mundiais, mostra claramente a dicotomia entre os princípios fundamentais de natureza ética e as práticas efetivas no comportamento usual.

Qual é o grau de confiabilidade dos Direitos Humanos no tocante à discriminação racial? O observador, olhando o que ocorre a todo instante, refletindo a respeito, pode sentir-se impelido a tolerar as práticas discriminatórias, pelo menos alheias.

Daí, por exemplo, piadas e ditos depreciativos, anedotas desrespeitosas e outros tipos de comportamentos que significam a vigência real e quase permanente das discriminações. A dúvida torna-se torrencial e constitui elemento subjetivo-objetivo para negação dos princípios jurídicos de natureza ética.

O indivíduo fica no centro de um processo contraditório que pode levá-lo a ações ilegais, lesivas à dignidade e à auto-estima de outros, objetos das discriminações. As contradições psicossociais manifestam-se com força e provocam divergências de comportamentos e de apreciação no mundo, as quais constituem o que é hoje uma das áreas de maior atrito.

O trabalho de esclarecimento e de reconstrução de estruturas normativas, ou de substituição de quadros preconceituosos na direção da maior racionalidade, é certamente o caminho a seguir pelas sociedades e pelos grupos dentro das eventuais esferas de organização político-social.

A *Intelligenza* tem que estar engajada nesse processo. Sob esse aspecto o problema do eventual respeito rigoroso aos Direitos Humanos é uma linha de desenvolvimento da ordem jurídica que inevitavelmente ocorre-

rá. Na verdade, já está ocorrendo, praticamente em todos quadrantes do planeta como se pode constatar da simples audição de noticiários radiofônicos e televisivos e da diária leitura da imprensa escrita. Este é um dos rumos imperativos que as discussões de natureza jurídico-social assumiria.

II) O contexto em que o respeito aos Direitos Humanos deve ser objeto de estudo e de análise das possibilidades de sua aplicação é o que se convencionou chamar de democrático. O vocábulo se reporta à idéia de governo do povo, significando o primado da maioria desse na definição das metas e das regras para atingi-las. Essa é a base da sociedade em que não prevalecem as determinações de um ou de grupos detentores do poder. A presença dos partidos políticos, com sua carga ideológica e freqüentemente, com alto grau de exclusivismo, complica a livre perseguição dos objetivos fundamentalmente éticos que são submetidos ao crivo das práticas sociais.

Tal é o quadro em que se impõe o exame de qualquer fenômeno jurídico. Tão exigível é essa condição, que a sua ausência torna-se um óbice formidável ao desenvolvimento e à aplicação de princípios como os que dominam o debate a respeito dos direitos do homem.

A existência, pois, de um ambiente democrático, favorece a discussão, porque liberta as manifestações das opiniões e posições divergentes, sustentando a maior ou menor exigibilidade da aplicação desses direitos e das respectivas garantias. A atmosfera leve que se instaura, então, é o campo ideal para isso.

As declarações formais de direitos denominados "Humanos" (expressão, aliás, discutível e imprecisa) trazem sempre um forte conteúdo ideológico porque se referem ao uso das prerrogativas de todos e de cada um com o mínimo de obstáculos possíveis. É um encontro em que se afirmam, de um lado, liberdades e direitos individuais e/ou grupais com os argumentos destinados a "amestrá-los", com o fim de torná-los factíveis e eficientes.

De um lado, a pretensão de ampla vigência dos Direitos e prerrogativas assim declarados, de outro, está a cautela conservadora por excelência, medrosa das conseqüências da observância daquelas faculdades.

O ambiente para isso adequado tem que ser democrático em sua essência. As restrições à abordagem do tema não podem passar de um nível modesto, sem o que, as imposições próprias do exercício do poder podem desvirtuar o exame da matéria. O contexto, ou seja, a conjuntura político-social em que isso deve ser desenvolvido, não prescinde de amplas garantias para o posicionamento dos atores envolvidos.

A sociedade democrática é, portanto, ambiente adequado ao desenvolvimento das divergências e/ou convergências de opiniões e teorias a que recorrem todos os que se empenham no desbravamento da matéria.

A liberdade de expressão e de sustentação de pontos de vista divergentes ou convergentes é, assim, primordial.

A afirmação dos Direitos Humanos, ou seja, os chamados direitos do homem, deve ser baseada em um estudo o mais científico possível em que os preconceitos, os comandos imperativos, as teorias exclusivistas e o detestável "salvacionismo" não compareçam, ou, se surgirem, em que tenham sido superados pela inteligência e se possível, pela emoção.

III) Isso tem pertinência com o entendimento entre os diversos países e povos. Está em pleno desenvolvimento o processo de integração mundial entre eles, como conseqüência mesma do fenômeno que se rotulou de "globalização", que abrange não somente os avanços tecnológicos ligados à informática e, portanto, à comunicação cada vez maior entre os grupos sociais.

As relações internacionais passaram a incluir o respeito aos Direitos Humanos como um dos itens mais importantes de acordos e políticas que, afinal de contas, interessam a todos. O ambiente democrático de cada sociedade, importante para pleno o exercício de tais direitos, não é somente nacional, mas internacional.

Observe-se, o noticiário de todos os dias sobre o tema e seus desenvolvimentos em todos os continentes. Uns países fiscalizam aos outros porque a generalidade da observância dos princípios que regem tais direitos é fundamental para cada uma das realidades nacionais.

Daí que, na esfera internacional, convenções diversas, acordos setoriais e/ou globais refiram-se à aplicação dos Direitos do Homem, de maneira a construir uma rede mundial de compromissos para sua realização concreta e para uma troca de informações extremamente minuciosa. Qualquer violação desses direitos é notícia dos meios de comunicação de massa no planeta inteiro. Críticas e observações são desenvolvidas, incluindo acusações, explicações e justificativas sobre os detalhes surpreendidos em determinado contexto.

Ocorre uma crescente uniformidade internacional que se reflete na ordem jurídica entre os diversos países. O Direito ajusta-se, portanto, a mais essa transformação planetária com o enriquecimento recíproco de conceitos, doutrinas e teorias. Aí está presente um dos resultados fundamentais da maior comunicação mundial e da comum preocupação com direitos e deveres de fundamento ético.

A legislação nacional de cada país tende a assumir formas segundo modelos que se vão interpenetrando e generalizando, o que reflete transformações nas respectivas ordens jurídicas. O contexto internacional muda as várias realidades setoriais na evolução dos comandos legais, oriundos das novas situações.

Isso acontece não só quanto aos chamados Direitos Humanos, alvo de insistentes fiscalizações recíprocas, mas também quanto a outras manifestações surgidas ou modificadas nos diversos grupos sociais e nacionais. Tais novos rumos prendem-se às novas conseqüências da mudança social em todo o planeta.

O Direito é fenômeno sociocultural conseqüente dos modos de ser e das relações entre grupos humanos, cujo universo comportamental está respondendo a transformações de variável escala, largueza ou profundidade. Tipo mais rigoroso do controle social que todos os grupos desenvolvem, ele reflete conveniências e convicções partilhadas que acabam por se influenciar mutuamente.

Coisa que é constatada em qualquer observação sociológica ou política que se faça da vida sociocultural, política e econômica que sofrem mutação no processo de interferência mútua, acentuando-se a generalização de princípios e normas comuns aos vários grupos.

Leis, codificações, normas, discursos de conduta seguem uma tendência de mundialização, apesar das dificuldades do transplante de alguns princípios e de algumas regras de comportamento, de uma sociedade para outra. Como se sabe, por exemplo, a adoção de estruturas legais bem sucedidas em uma sociedade, em outro contexto, só é eficaz em parte e após adaptações ditadas pelo contexto ao qual se quer aplicá-las.

A intercomunicação se faz, assim, com alguns "ruídos", para se usar uma expressão moderna, do que resulta sua melhor utilização. É nesse rumo final fracionado ou não que se desenvolvem as instituições e práticas jurídicas. Um processo dialético entre a transformação e a consecução de princípios e normas ocorre na generalidade dos povos. Surgem, então, novos desenvolvimentos jurídicos antes completamente ou parcialmente ignorados, como se observa diante da crescente constatação de conseqüências naturais, ou não, dos avanços científicos e tecnológicos que incluem até a exploração do espaço externo ao mundo terráqueo.

Exemplos disso são as primeiras manifestações de acordos internacionais destinados a disciplinar desenvolvimentos políticos futuros resultantes da conquista do espaço. O tema é fascinante e se presta a cogitações muito ricas no mundo da chamada ficção científica, mas não apenas nele.

O que era ficção na véspera, vai se transformando em realidades novas, cada vez mais invadidas pela expansão do conhecimento humano. Nossa espécie é perigosamente curiosa, investigativa, exigente de mais amplos saberes e tal soma de qualidades persistirá enquanto existir. O universo é o seu alvo predominante de reflexão, com seus mistérios ainda insondáveis, mas profundamente fascinantes. Em tudo isso o mundo normativo está inse-

rido, com as conseqüências lógicas e inevitáveis do crescente conhecimento do que nos envolve.

IV) A existência de uma comunidade internacional importa necessariamente na cada vez maior criação e ampliação de regras de interesse comum e de ajustes de conveniências recíprocas entre os vários “sujeitos” do conflito de tais interesses setoriais. A vida econômica é palco do mais evidente entrelaçamento dos diversos países, o que evoluiu historicamente na proporção da crescente comunicação social e da informação cada vez maior entre os diversos povos, sobre uns e outros. Resultado: modos de vida e valores geralmente retratados em acordos internacionais. Em tais acordos que produzem sempre grandes conseqüências normativas das mais variáveis, no tempo e espaço. Esse é o campo de desenvolvimento normativo nas relações em escala mundial.

O mesmo fenômeno que ocorre em relação à exigibilidade do respeito aos Direitos Humanos, acontece quanto a outros tipos de regulações normativas, suscetíveis de previsão e intervenção estatal e supra-estatal, hoje em dia em expansão, como os chamados direitos difusos, entre eles os relativos à conveniente sanidade do *habitat* natural dos homens.

Exemplos característicos são, entre outros, as regras que se aplicam quanto ao uso e à interferência no ambiente em que existimos. O chamado Direito ambiental é importantíssimo caminho de evolução jurídica em que se afirma a existência de interesses economicamente valiosos para a nossa espécie.

As ramificações que tal tipo de normatividade assume estão no centro das cogitações de legisladores e cientistas de todos os campos do saber. Surgem, então, especializações que tendem a se ampliar em um futuro próximo.

O chamado Meio Ambiente compreende muitas coisas antes percebidas apenas globalmente, mas hoje entendidas em realidades diversas a merecer uma regulação jurídica especial. O respectivo tratamento também deve ser variável segundo o objeto da intervenção jurídica, amplia-se, portanto, o saber.

A crescente compreensão do que seja o “Meio Ambiente” reclama alargar o esforço regulatório. O planeta está produzindo cada vez mais normas a respeito. É conveniente observar que tudo o que nos cerca, do infinitamente grande ao infinitamente pequeno, constitui tal ambiente e será cada vez mais objeto de nossas cogitações teóricas e práticas.

Essa reflexão é indicativa da natureza gigantesca desse objeto do conhecimento e da utilização pelos homens. Claro que não vamos regular o universo. Mas, podemos e teremos que regular nossa atuação nele, dentro dos limites do possível e para que não sejamos nele intrusos desordeiros. O Senhor nos perdoará por isso.

O nosso Meio Ambiente inclui, decerto, por exemplo, as realidades ligadas aos fenômenos referentes à existência de grupos de interesses não tanto difusos, mas muito precisos e identificáveis que são as entidades multinacionais, e a chamada “rede de comunicação”, objeto da informática.

As pessoas costumam pensar em Direito Ambiental, ou normas referentes ao meio ambiente, de maneira muito limitadora, abrangente na verdade de uma fração muito pequena da realidade que nos preocupa. Esse é um ponto de reflexão sobre o qual se impõe uma análise cada vez maior e focalizada em um universo de fatos e fenômenos, também em expansão.

A verdade é que o nosso meio ambiente é enorme, abrange tudo que se refira ao *habitat* natural de nossa espécie, significando não somente o planeta em que vive a espécie humana, mas também o “entorno” desse *habitat*.

Não surpreende, portanto, a intensa discussão a propósito de práticas de intervenção na atmosfera, com a sua poluição montante e resultado de tais práticas. O caso do chamado “efeito estufa” é emblemático.

O famoso Protocolo de Kioto em que países amplamente desenvolvidos e outros emergentes para o pleno exercício das faculdades humanas em nosso mundo tem servido de palco para o embate entre os dois grupos de sociedades. A chamada “potência hegemônica”, que o princípio do século XXI revela aos nossos olhos e às nossas evidências, tem recusado reiteradamente sua participação nos esforços contra o envenenamento das camadas superiores da atmosfera pela cada vez maior emissão de gases poluentes.

A controvérsia instalada vai evidentemente ser resolvida adiante, em futuro que esperamos não seja muito distante, em benefício de nossa espécie. Uma composição dos interesses conflitantes será seguramente montada diante da grande pressão de todos os povos e países do chamado terceiro mundo, e também dos povos emergentes, contra o exclusivismo e o arraigado egoísmo dos países mais ricos, mais poluidores, mais agressivos ao meio ambiente.

A identificação desse fato se justifica, desde logo na verificação de que normas internacionais, supranacionais, de natureza mundial (o planeta é o nosso mundo) constitui em si mesmo, exemplos de uma profunda revolução normativa que tende a se aplicar a toda a Terra, em face da gravidade dos riscos e dos males que podem advir do impasse a que aludimos.

Eis aí um campo largo e de profunda abrangência para o desenvolvimento de uma normatividade jurídica que tende, o que afirmamos sem fantasias futuristas, a criar uma nova rede de princípios e mandamentos de vigência internacional, abrangente e incluindo as até aqui intocáveis prerrogativas das diversas soberanias nacionais e dos conglomerados de povos e nações responsáveis em grau variado pelos males causados ou a serem produzidos pelos conflitos de interesses a que aludimos.

Uma inevitável expansão de princípios e regras de convivência abrangerá, certamente, não apenas nosso minúsculo planeta e seu ambiente próximo, mas também projeções gigantescas do espaço externo a ele e que inclui, não apenas o nosso sistema planetário dos “filhotes” da estrela Sol, mas muito além, porque a vocação de crescimento e domínio do universo, nos limites da possibilidade, acompanha uma verdadeira ideologia humana. Os homens sonham em conquistar o universo, em chegar às estrelas que identifique, e a entender o misterioso meio ambiente em que vivem. Por menor que seja o nosso Planeta, ele será, pelo menos enquanto as coisas continuarem como estão, pretensioso e significativo. O *habitat* natural dos homens, enquanto o for, estará inserido em um meio ambiente de proporções impossíveis de avaliar com os conhecimentos que hoje temos. Pode parecer fantasia de ficção científica, mas isso é a realidade cósmica que constitui o verdadeiro meio ambiente, maior, abrangente, que temos a obrigação de procurar entender e imperativamente de a ele nos ajustar.

Meio ambiente, portanto, é um conceito de natureza cósmica e limitado no espaço e no tempo. Não significa apenas as plantas das florestas próximas, nem só rios e riachos que encontramos, nem ainda as correntes de ar e de gases que nos circundam, nem o subsolo de que se nutre as vidas que conhecemos. Há uma expressão clássica para nos aconselhar a respeito: temos que “pensar grande”, para compreender a realidade. Esse conceito de grande amplitude deve orientar nossas reflexões sobre o tema que, voltando ao jurídico-humano, reconhecemos existir.

O universo animal e vegetal que conhecemos, assim como os dos seres infinitamente pequenos que o habitam conosco, é um todo, na verdade, indivisível. Quando se pensa nas pragas agrícolas, nos organismos infecciosos que nos circundam, percebe-se então, e só então, o que significa falar em Direito Ambiental.

É claro que o acima exposto é profundamente revolucionário para os processos racionais dos seres humanos. Exige uma reformulação ampla, profunda e total da visão do mundo. Nossas pretensiosas idéias, hoje em decadência, de “centros do mundo” precisam ser repensadas no plano filosófico. Perdoe-nos os possíveis leitores destas páginas pelo que foi dito até aqui e que decorre de uma visão em nada imperialista do nosso universo. É conveniente pensarmos como parte de um fenômeno para nós ainda incompreensível que é a existência e a dinâmica do universo que, seguramente, não começou no badalado “Big Bang”. Se nos é permitido mais um esforço de racionalização, dizemos que nada resulta do nada.

Perdoados que estamos (temos certeza) pelos leitores mais atentos e curiosos, voltemos ao conceito de meio ambiente, com essas conotações

gigantescas, mas reais. Quando defendemos a proteção de vegetais pequenos e grandes do solo em que eles estão presos, do ar que os anima, estamos indo muito além das posturas municipais e das leis mais amplas publicadas pelos homens. A percepção disso é essencial por mais absurdo que isso pareça, para que possamos lidar com o conceito referido de maneira útil à nossa espécie.

Jogar fora como lixo um frasco plástico que levará milhares de anos para se degradar, tem implicações muito fortes. Isso não quer dizer que, no momento do gesto aludido, se esteja poluindo o universo. Ninguém imaginaria tal coisa. Mas quando se pensa numa ordem jurídica abrangente das práticas humanas, seus problemas e seus sucessos, ou da convivência entre os humanos de maneira harmoniosa na medida do possível, é preciso ter em mente o infinitamente grande e o infinitamente pequeno.

De tal consideração, aliás elementar, é que deriva a instabilidade, a variedade e a complexidade do nosso mundo. Cada parte do todo está necessariamente subordinada a ele, apesar de ter suas características particulares. A ordem jurídica em que nós homens teimamos em estabelecer na Terra tem que se ajustar a esse imperativo, e vai ajustar-se mais cedo ou mais tarde. Novas realidades formais do Direito estão em plena gestação, nascendo pouco a pouco do confronto de idéias e pretensões. Com essa visão abrangente, teremos que pensar nelas, como resultado mutável, embora futuro e incerto, do que construímos desde o nomadismo primitivo até as grandes conquistas da moderna e provisória realidade tecnológica. O Direito é um sistema normativo que os homens elaboraram e burilaram em sua história para tornar a convivência possível. Não vai parar no que existe hoje. Tempo virá em que outros mandamentos e idéias regerão sua história. Já estamos desde há muito dentro desse processo. A criação e a consolidação das normas jurídicas são apenas parte da mudança das sociedades e dos homens.

Os cultores do aperfeiçoamento jurídico e de sua adequação verdadeira à realidade dos homens não podem deixar de entender que estamos no centro de um processo de profundas e largas modificações do universo normativo em que existimos. Tal fato vai se tornando mais percebido. O dinamismo da história continua presente e assim permanecerá na prática.

É bom não esquecer que o Direito será, mais adiante, conseqüência lógica do que ele já é, com todos seus elementos positivos e negativos. É útil pensar nisso. Somos uma espécie curiosa, o que é bom, embora por vezes perigoso. O que queremos dizer é que o Direito Ambiental não é apenas poupar a água, varrer a calçada, conservar o jardim, proteger as espécies animais e vegetais, mas alguma coisa muito maior e muito mais importante do que estão percebendo os homens atuais no seu dia-a-dia confuso.

Tranqüilizem-se os possíveis leitores incautos. Não pretendemos promover alguma ação contra um desconhecido responsável pelas imperfeições do universo a que pertencemos. O que foi escrito acima o foi apenas para mostrar a inextinguível amplitude que podem assumir certos temas, de resto muito materiais e terra-a-terra, quando se pensa nos problemas ambientais.

Na verdade, tais problemas dizem respeito a uma variação enorme de temas, ações e omissões que abordam o Direito Ambiental. Entre danos ao meio ambiente em geral, podem-se enfrentar questões relativas ao uso normal de terrenos, edificadas ou não, poluição sonora, atmosférica e hídrica, alimentos transgênicos, aqui referidos objetos diversos sem a pretensão de classificá-los ou agrupá-los. Quando alguém pretende corrigir ações ou omissões contra a cobertura vegetal de qualquer imóvel, ocorrem várias consequências jurídicas e de ordem prática. O mau uso das plantas de todas as espécies, medicinais, ornamentais, monumentos ou simples obras úteis, é evidente que se trata de matéria ambiental em qualquer sentido, pois uma parcela determinada do mundo em que vivemos é o cenário da eventual atividade lesiva. O bem jurídico tutelado, no caso, é parte do *habitat* do homem, mesmo que modificado por atividades humanas. O objeto do procedimento judicial, Ação Civil Pública ou Ação Popular contra o dano causado ao legítimo interesse do respectivo autor, nisso compreendida a sociedade em geral ou apenas uma fração comunitária com interesse na conservação e na proteção do *status quo*, será sempre ambiental.

Isso não é muito diverso em essência de um procedimento judicial que tenha por alvo fazer cessar algum ruído excessivo ou, de alguma forma, lesivo. Também não é muito diferente de uma ação que busque indenização por danos a um ambiente cuja importância de preservação tenha como legítimo interessado o proponente do remédio judicial. Nesses casos, como aliás em todos os demais possíveis de enquadrar na pretenciosa lista (mas incompleta) aqui apresentada, a sociedade ou grupo determinado (ou até indeterminado) luta pela conservação do meio que constitui seu local de habitação ou de trabalho, ou ainda de lazer. É sempre o Meio Ambiente, sofrendo modificações variadas e possíveis que se quer preservar.

Tudo aquilo que pode sofrer mudança em virtude de ação desaprovada, no meio físico e seu "entorno" pode dessa maneira ser objeto de legítimo interesse de alguém ou de todos, visando a sua manutenção e/ou defesa. Assim como o mundo vegetal, as muitíssimas espécies animais das mais variadas envergaduras podem ser objeto da proteção ambiental. Também os recursos físicos elementares de um ambiente, em especial aqueles de utilidade para a vida e a saúde dos seres vivos, humanos ou não.

Exemplo evidente e muito atual é a água, potável ou não e, principalmente aquela, essencial à manutenção da vida no planeta e sem a qual presume-se, tal vida ao menos nos moldes em que é conhecida, seria impossível. Basta lembrar a intensidade das investigações científicas, que já estão sendo realizadas em outros corpos celestes, em luas de Júpiter e de outros planetas se não houver vestígios de água em Marte, por exemplo, uma perspectiva de se supor a existência, mesmo que pretérita de vida ali.

A percepção dessa realidade está na essência das preocupações ambientais em que vive, hoje, a humanidade, como resultado da larga ampliação do conhecimento e das possibilidades do evoluir da espécie. Os humanos são apenas uma espécie animal, que vive condicionada pelo meio físico e pelo meio social que eles mesmos produzem, interdependentes, de modo que as alterações de um deles importam em adaptações no outro. Há uma harmonia inevitável a ser buscada, para que a existência seja adequada às condições prévias do meio.

O exemplo dos alimentos geneticamente modificados, centro de uma controvérsia que tem de tudo, inclusive ingredientes ideológicos, pode ser invocado para apontar rumos novos a serem percorridos na evolução histórica do Direito. A matéria tem implicações no plano dos procedimentos *agropastoris* e abrange as práticas eventualmente censuráveis. Não se pode esquecer a invencível capacidade dos homens de mudar as coisas, incluindo seu mundo natural e as criações deles próprios. Sem ir mais adiante em análises setoriais, podemos afirmar com toda segurança que todos esses aspectos da atividade humana podem criar e recriar, com as inevitáveis consequências do Direito, em ramificações múltiplas, que já começam a aflorar nos mais recentes estudos e nos seus desenvolvimentos tecnológicos.

A tecnologia, seja ela jurídica ou de qualquer outra espécie, está incluída no meio ambiente para todos os fins. Ela é parte do meio, e a ação humana que nela se exerce compõe o objeto geral destas cogitações sobre o futuro jurídico que se vai configurando, no correr da história. Os remédios a serem escolhidos para a realização dos objetivos humanos dependem também dos próprios condicionamentos. Mas isso é outra estória. A classificação e a identificação de tais ações não será tratada aqui. ♦

Réquiem para o sigilo no inquérito policial

SERGIO DEMORO HAMILTON

Procurador de Justiça aposentado (MPRJ) e Professor Universitário.

"Infelizmente a demagogia forense tem procurado adulterar, a todo o custo, o caráter inquisitivo da investigação, o que consegue sempre que encontra autoridades fracas e pusilânimes. Por outro lado, a ignorância e o descaso relativos aos institutos de processo penal contribuem, também, decisivamente, para tentativas dessa ordem."⁽¹⁾

1. Quando do advento do anterior Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil (Lei 4.215, de 27/4/63), manifestara toda a minha estranheza em relação ao art. 89, XV, daquele estatuto legal que assegurava ao advogado o direito de "examinar em qualquer repartição policial, mesmo sem procuração, autos de flagrante e de inquérito, findos ou em andamento, ainda que conclusos à autoridade, podendo copiar peças e tomar apontamentos". Dizia, na ocasião, que, a partir de então, cessara o sigilo nos inquéritos¹.

Não sou profeta, nem filho de profeta, mas sei somar dois mais dois, concluindo, com alguma facilidade, que o total é quatro. Não há qualquer toque de genialidade na constatação de que o segredo, desde que, por muitos conhecido, deixa, por óbvio, de existir como tal. Tudo isso tive a oportunidade de registrar há 28 anos atrás! Há quase três décadas, portanto.

2. Não obstante tal colocação, ainda se afirma, com certa frequência, principalmente, em manuais e cursos de processo penal, quando do estudo da natureza jurídica do inquérito policial, ser ele um procedimento administrativo sigiloso. É caso de dizer, como sentenciava Nelson Rodrigues, "se os fatos me desmentem, pior para os fatos". A máxima do grande dramaturgo e extraordinário frasista cai, qual uma luva, para o caso em exame.

Aliás, a própria redação do art. 20 do CPP, onde o sigilo, originariamente, vem assinalado, apresenta-se equivocada. Ali não está dito, como era de esperar, que o inquérito policial *será sigiloso*. Com efeito, compulsando o

⁽¹⁾ MARQUES, José Frederico, *Elementos de Direito Processual Penal*, v. I, p. 57, Forense, Rio-São Paulo, 1961, 4ª edição.

¹ Basta consultar meu trabalho, escrito há quase três décadas, publicado na *Revista de Direito da Procuradoria-Geral de Justiça do Estado do Rio de Janeiro*, 2ª fase, nº 01, 1975, p. 28 e seguintes, intitulado "A importância do sigilo no inquérito policial".

dispositivo em questão, vê-se registrado que a autoridade policial, quando do inquérito policial, assegurará o sigilo necessário à “elucidação do fato” ou, ainda, quando tal for exigido pelo “interesse da sociedade”.

Vê-se, destarte, que a própria lei não consignou, de forma indiscutível e peremptória, o sigilo. Muito pelo contrário, manda que a autoridade coatora “assegure” tal segredo quando necessário à elucidação do fato. Ora, como assinalei nos idos de 1975, “a redação poderia ter sido mais enxuta”² fazendo um ponto final, após determinar que o inquérito seria sigiloso. Porém, não é o que diz a lei; ali, de forma duvidosa, afirma-se, apenas que a autoridade policial somente assegurará o sigilo quando necessário “à elucidação do fato” ou quando o “interesse social” o recomende. Já afirmara então (1975!) “que, pelo menos, para a elucidação do fato o segredo da investigação não pode jamais ser dispensado”³. Ou será que pode? É o que a lei deixa entrever.

Da mesma forma, a ressalva quanto ao “interesse social”, conceito válvula que dá margem a grande discricão por parte da autoridade, podendo descambar para o arbítrio, não traduz a melhor redação para o texto, na forma insegura em que ele vem enunciado no Código de Processo Penal.

Magalhães Noronha⁴, que por tantos anos perorou na defesa dos interesses do Ministério Público de São Paulo, ao cogitar do tema, salienta que o sigilo da investigação é da “*essência do inquérito*” (destaques meus), pois não guardá-lo importará, muita vez, em fornecer armas e recursos ao delinqüente”, frustrando a apuração da infração penal e da autoria.

3. Agora, com a entrada em vigor do novo “Estatuto da Advocacia e da OAB” (Lei 8.906, de 04/07/1994), o assunto veio, novamente, à baila, em função do que dispõe o art. 7º da mencionada lei. O dispositivo em questão consta do Capítulo II, do Título I, que cogita dos direitos do advogado. Ali, no inciso XIV, está dito:

“examinar em qualquer repartição policial, mesmo sem procuração, autos de flagrante e de inquérito, findos ou em andamento, ainda que conclusos à autoridade, podendo copiar peças e tomar apontamentos.”

A nova lei, como de fácil observação, repete *ipsis litteris* a redação do Estatuto de 1963, pondo a pá de cal no assunto. Para encurtar idéias: o inquérito, há muito, deixou de ser sigiloso.

4. O grave equívoco dos corifeus de tamanha absurdidade decorre do fato de que eles ignoram um dado elementar a respeito da natureza jurídica do inqué-

² *Apud op. cit. in nº 01* dessas notas, p. 28 e seguintes.

³ *Apud op. cit. in nº 01* dessas notas, p. 28 e seguintes.

⁴ Magalhães Noronha, Edgard, *Curso de Direito Processual Penal*, p. 22, Editora Saraiva, 1986, 17ª edição, atualizada por Adalberto José Q. T. de Camargo Aranha.

rito policial, qual seja o de que o sigilo é da *essência* daquela peça de investigação, como bem assinala a doutrina que se ocupa do tema com seriedade.

Tornaghi, versando sobre o assunto, deixa claro que o inquérito sem o segredo “seria uma burla ou um atentado⁵, pondo em relevo que tal reserva não importa restrição à defesa, pois esta não se faz presente nesta fase.

Na realidade, a Constituição Federal, em seu art. 5º, LV, somente alude ao contraditório e à ampla defesa, quando faz referência ao processo, usando, no plural, o vocábulo “litigantes”. Ora, no inquérito policial, não há litígio nem tampouco acusação, motivo pelo qual não há falar em defesa. O inquérito (é bom que fique assinalado) não é *contra* o indiciado, o que soaria a tolice; o indiciado apenas responde ao inquérito policial por ser a pessoa em relação a quem há indícios de autoria de uma infração penal. Por tal razão, a própria natureza do inquérito não se compadece com as formas secundárias que, em geral, integram o processo acusatório, entre elas a publicidade e a oralidade. Em relação à última, o art. 9º do CPP estabelece a forma escrita para o inquérito, mostrando, de forma bem nítida, o descompasso de tratamento entre as duas situações processuais.

Quanto à publicidade, trata-se de forma secundária típica do processo judicial, valendo o destaque de que nem mesmo nesta fase, eminentemente acusatória, a lei processual impõe que ela seja observada em caráter absoluto e integral. É o caso, por exemplo, das regras constantes dos arts. 486 e 792 § 1º do CPP, que permitem restrições à publicidade no decorrer do processo. São situações excepcionais que motivam a limitação e restringem, em parte, a publicidade. Aliás, a própria Constituição Federal deixa claro que a “lei poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem” (art. 5º, LX). Portanto, resta claro que a publicidade, nem mesmo durante o processo, assume caráter inafastável e imposterável. Complementando aquele dispositivo genérico, o art. 93, IX, da Carta Magna permite que a publicidade dos julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário sofra limitação, “quando o interesse público o exigir”.

5. Outro aspecto a ser examinado em matéria de sigilo no inquérito policial decorre do caráter inquisitório de que se reveste aquela peça informativa. Sabe-se que o processo inquisitório apresenta dois aspectos fundamentais: o sigilo e a forma escrita. É certo que nenhuma daquelas duas formas integra a *essência* do processo inquisitório. Aliás, no decorrer dos séculos houve grande variação em relação a tais formas secundárias de processo. No Direito Romano, por exemplo, o processo acusatório, em dife-

⁵ TORNAGHI, Hélio, *Compêndio de Processo Penal*, v. I, Tomo I, p. 172, José Konfino-Editor, 1967.

rentes fases, apresentou-se escrito e sigiloso. Isto, porém, não desnatura o caráter sigiloso atual do processo inquisitorial⁶.

É, aliás, por tal razão, que a lei processual penal veda a possibilidade de opor-se a exceção de suspeição em relação às autoridades policiais, quanto aos atos de inquérito (art. 107), embora tenha o cuidado de determinar a abstenção do delegado caso ele se veja naquela condição. É que não há razão para a oposição daquela modalidade de defesa indireta pois inexistente acusação. Aliás, se tal fosse permitido, não se apuraria jamais qualquer infração penal.

Por igual motivo, o art. 14 do CPP enseja ampla liberdade para a autoridade policial deferir ou não qualquer diligência requerida pelo indiciado, evitando, com isso, a procrastinação no andamento e na conclusão do inquérito.

Será preciso dizer mais?

Os dois dispositivos acima examinados estão a demonstrar que o inquérito não é ainda processo no sentido técnico, tanto que o Anteprojeto Tornaghi, recordando o óbvio, dispunha que o inquérito policial não tem caráter instrutório (art. 8º). Na verdade, a instrução irá desenvolver-se na fase processual, mas seria levar-se muito longe a depuração do léxico processual negar qualquer caráter instrutório ao inquérito. Ele pode ocorrer. Explicome: em um primeiro momento ele servirá como suporte probatório para a formulação da acusação, representando, para muitos na doutrina, a demonstração do interesse de agir do autor. Em outra oportunidade, pode ocorrer que a prova técnica, embora sujeita ao contraditório diferido, não mais possa ser renovada. Vislumbre-se, por exemplo, o caso de uma prova pericial cujo valor venha ser contestado mas que não mais possa ser renovada em face do perecimento do objeto a ser examinado (arts. 180 e 181, parágrafo único, do CPP). Em tal hipótese, não se pode contestar que, eventualmente, a prova do inquérito irá valer como elemento de instrução do processo, cabendo ao juiz emprestar-lhe o valor que entender devido. Somente a prova oral, esta sim, exigirá renovação sempre sob o crivo do contraditório.

Porém, como regra geral, é correta a formulação de que o inquérito policial não se reveste de caráter instrutório.

6. É de ser notado que o "Anteprojeto do CPP" de autoria do Professor José Frederico Marques⁷, de acordo com a melhor doutrina, como era de

⁶ MANZINI, Vincenzo. *Trattato di Diritto Processuale Penale Italiano*, volume primo, p. 1/66, capítulo primo, de modo especial os nºs 06 e 07, Torino, Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1931. O eminente jurista italiano discorre *ex professo* sobre processo inquisitório e o acusatório, sendo matéria de leitura obrigatória para quem pretenda aprofundar-se sobre o assunto. Entre nós, cumpre destacar o excelente estudo de JOÃO MENDES DE ALMEIDA JUNIOR (*in Processo Criminal Brasileiro*, v. 1, p. 223 e seguintes, 4ª edição, Livraria Freitas Bastos S.A., 1959, Rio de Janeiro-São Paulo).

⁷ *Apud op. cit.* in nº 01, dessas notas, p. 28 e seguintes.

esperar-se, restabelecia, de forma integral o sigilo no inquérito policial (art. 259), com a ab-rogação, neste ponto, do anterior Estatuto da Ordem dos Advogados (Lei 4.215, de 27/04/1963).

Porém, no atual, o absurdo ressurgue em toda a sua plenitude, ao permitir-se ao advogado, tal como já ocorria anteriormente, “copiar peças e tomar apontamentos” (art. 7º, XIV).

Ora, como se vê da lei, sendo um direito do advogado, poderá ele exigir que lhe sejam extraídas cópias reprográficas das peças que entender, levando-as consigo para , com elas, fazer o uso que lhe aprover. Será desnecessário assinalar o risco que a investigação sofrerá, na medida e que tais peças se tornem públicas e que cheguem em mãos menos escrupulosas.

Averbe-se que o acesso do advogado às investigações do inquérito não é absoluto e exige, por tal razão, algumas limitações. Por isso mesmo os advogados dos indiciados não podem participar juntamente com a autoridade policial quando da inquirição de testemunhas ou por ocasião das perguntas ao ofendido. Diga-se o mesmo no decorrer de outras investigações tais como quando da realização de uma busca e apreensão ou da realização de uma perícia ou, ainda, quando de uma sessão de reconhecimento de pessoas e coisas ou por ocasião de uma acareação.

Tem carradas de razão a irônica observação de Tourinho⁸, ao registrar: “faz sentido o Estado, titular do direito de punir e da *poursuite*, convidar um representante do indiciado para auxiliá-lo na colheita de provas, para, posteriormente, acusá-lo?”

E ele mesmo responde:

“Seria um disparate inqualificável”.

De qualquer maneira, com as franquias que lhe são concedidas pelo art. 7º, XIV da Lei 8.906/94, nada impedirá que o advogado copie dos autos do inquérito policial tudo que bem entender para a “defesa” de seu cliente.

7. Um argumento falacioso costuma ser usado para defender a publicidade do inquérito policial, fundado no art. 5º, LV da Constituição Federal, que estabelece: “Aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”. Não resta dúvida que o inquérito policial é um processo administrativo, porém revestido de peculiaridades que o distinguem dos demais procedimentos administrativos. Vamos a elas:

a) no inquérito policial não há litigantes, pois não há litígio nem acusação; o inquérito policial não se dirige *contra* o indiciado, este responde, apenas, a uma investigação;

⁸ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa, *Processo Penal*, v. 1., p. 210 e seguintes, Editora Saraiva, 20ª edição, 1998.

b) por tal razão, não há falar em acusado ou réu, mas em mero indiciado; este poderá ser acusado no futuro, quando, aí sim, for movida uma ação penal *contra* ele pela prática de determinada infração penal, momento em que se farão presentes o contraditório e a ampla defesa com os recursos a ela inerentes;

c) o inquérito policial não é um fim em si mesmo, ele reveste caráter instrumental. Melhor dizendo: é meio para possibilitar o eventual ajuizamento da ação penal. Ora, o processo administrativo a que alude a Constituição Federal é aquele que termina com uma decisão de natureza administrativa, que poderá trazer conseqüências mais ou menos graves para o funcionário, como, por exemplo, sua demissão ou outra qualquer sanção prevista em lei. Em suma: ele é um fim em si mesmo, justificando-se, portanto, a presença da defesa, do contraditório e dos recursos inerentes a tal forma de processo.

Como bem assinala Donnedieu de Vabres⁹, a propósito das investigações preliminares na França, "*Dans la phase policière du procès pénal, le défenseur n'a pas le droit d'intervenir*".

Porém, em nosso Brasil, ainda se insiste em transformar-se o inquérito policial em verdadeira instrução criminal...

8. Há uma ressalva contida no art. 7º § 1º da Lei 8.906/94, que assinala a não aplicação dos incisos XV e XVI, vedando a vista e a retirada de autos do cartório quanto "aos processos sob regime de segredo de justiça" (I) ou quando, nos autos respectivos, existirem documentos de difícil restauração (II) ou, ainda, aqui como sanção, quando o advogado houver deixado de devolver os autos no prazo legal, e só o fizer depois de intimado" (III).

Merece observação, no entanto, que tais restrições estão voltadas para o processo civil (art. 40, II e III do CPC), embora a lei não faça alusão expressa a tal circunstância. É de se entender assim, pois, do contrário, não se justificaria a referência "aos processos sob regime de segredo de justiça", uma vez que o inquérito não é processo, assim como não há no Código de Processo Penal, na fase do inquérito policial, qualquer alusão a tal situação, isto pela singela razão de que, apesar da defeituosa redação do art. 20 do CPP, o inquérito policial é (ou deveria ser) sigiloso por natureza. Destarte, não haveria razão legal para decretar-se o seu sigilo. Mais ainda: é no inciso XIV do art. 7º que a lei se refere especificamente ao procedimento policial.

9. É preciso ter em conta que a consulta aos autos, pelo advogado, com toda a amplitude que lhe concedeu o inciso XIV do art. 7º da Lei 8.906/94, jamais autorizará o causídico a intrometer-se no curso das investigações

⁹ Donnedieu de Vabres, *Traité de Droit Criminel et législation pénale comparée*, Paris, Sirey, 1947, *apud op. cit. in* nº 08, dessas notas, p. 212.

que estão sendo realizadas no sentido de apurar os fatos criminosos, como já posto em relevo (nº 6, *supra*).

Que despautério seria ter a autoridade policial, à sua ilharga, o defensor do indiciado “auxiliando” nas investigações!

Quando muito, alvitre-se que o advogado do indiciado possa requerer alguma diligência de interesse do seu cliente que será realizada ou não, a critério da autoridade (art. 14, CPP). Tal dispositivo da lei processual é outro fator indicador bem nítido do caráter inquisitivo do inquérito policial.

Ao ocupar-se do exame da presença do advogado na fase da investigação preliminar, Espínola Filho¹⁰ assegura que o patrono do indiciado pode acompanhar o seu constituinte quando chamado à polícia a fins de inquérito, não se admitindo, porém, sua presença quando do interrogatório do investigado.

10. Até aqui vimos direcionando nosso estudo voltado para o interesse público, isto é, para o êxito da apuração da infração penal. Mas há outro aspecto, nem sempre destacado, que reside no dever moral e legal do resguardo da própria pessoa do indiciado. Não resta dúvida que ele também, como investigado, deve ser protegido de maneira que seu nome ou sua fotografia ou mesmo qualquer outra forma de publicidade negativa venha à tona desnecessariamente, salvo, evidentemente, se a providência possa tornar-se necessária ou mesmo inevitável para a apuração do fato ou para a localização do próprio indiciado.

É que, muitas vezes, com a publicação de fotos, de vídeos ou mesmo através da exposição através da televisão, torna-se possível reconhecer e prender perigoso criminoso, que se encontra foragido.

Quem não se lembra do “Maníaco do Parque” (designação que lhe foi outorgada pela mídia), que, faz algum tempo, atemorizou a cidade de São Paulo, estuprando e matando mulheres após conduzi-las a lugar ermo, na busca da realização de seus propósitos criminosos. Era ele um “*moto-boy*”, que foi reconhecido por uma das vítimas, que conseguiu escapar. Pois bem: com a divulgação nos meios de comunicação de massa de sua fotografia, tornou-se possível a sua prisão, cessando, a partir de então, a série de crimes hediondos por ele perpetrados. Assim ocorre em vários casos que chegam ao nosso conhecimento diário.

Conclui-se daí, que, em princípio, a pessoa do indiciado deve ser poupada, evitando-se qualquer publicidade prejudicial para a sua pessoa. Tal cuidado só deverá ser quebrado quando a apuração do fato e/ou o interesse público o exigirem.

¹⁰ Espínola Filho, Eduardo, *Código de Processo Penal Brasileiro Anotado*, v. I, sexta edição, p. 314, Editor Borsoli, Rio de Janeiro, 1965.

11. Há um inquérito policial, no entanto, que goza, desde logo, de ampla publicidade.

Refiro-me ao inquérito policial que tem início através da prisão em flagrante do indiciado (art. 8º do CPP). É que, por força do art. 5º, LXII e LXIII da nossa Carta Política a prisão do indiciado será, *imediatamente*, comunicada à família do preso ou à pessoa por ele indicada (LXII), sendo-lhe assegurada, desde logo, a assistência da sua família e de advogado (grifo meu).

Ora, não resta dúvida que com tantas pessoas podendo tomar conhecimento da prisão do indiciado e, por óbvio, dos motivos que lhe deram causa, não se poderá, nem de leve, cogitar de sigilo.

A razão de tal cuidado por parte do legislador constitucional decorreu de um abuso inominável, conhecido como "prisão para averiguações", despi-da de qualquer amparo legal, ato arbitrário usado, com freqüência, por autoridades policiais que não honram a sua classe, com finalidades, muitas vezes, inconfessáveis.

Aliás, a prisão temporária (Lei 7.960, de 21/12/1989) surgiu, justamente, para obviar aqueles abusos.

De qualquer maneira, no caso de prisão em flagrante, não se poderá falar em sigilo, valendo notar que, *in casu*, não há o que criticar, pois a liberdade individual a tudo sobreleva. Porém, a partir daí, isto é, do ato de prisão, não cabe ao advogado participar das investigações, lado a lado com o delegado.

Aliás, não param aí as garantias do preso: além da necessidade da *imediate* comunicação ao juiz competente do local onde se encontra custodiado o indiciado, (art. 5º, LXII da CF), providência clássica em nossa ordem constitucional, a Lei Complementar de nº 75, de 20.05.1993 (Lei Orgânica do Ministério Público da União) determinou que a prisão de qualquer pessoa, por parte de autoridade federal ou do Distrito Federal e Territórios, seja comunicada *imediatamente* ao Ministério Público competente, com indicação do lugar onde se encontra o preso e cópia dos documentos comprobatórios da legalidade da prisão (art. 10) [destaque do autor]. Ressalte-se que a medida em questão encontra inteira aplicação em relação ao Ministério Público dos Estados, pois, em relação a ele, aplicam-se, subsidiariamente, as mesmas regras da Lei Orgânica do Ministério Público da União, consoante dispõe o art. 80 da Lei 8.625, de 12.2.93 (Lei Orgânica Nacional do Ministério Público dos Estados - LONMPE).

E ainda: ordena a Constituição Federal que o preso tem direito à identificação dos responsáveis por sua prisão ou por seu interrogatório policial (art. 5º, LXIV), além do direito ao silêncio (art. 5º, LXIII), sem que daí lhe advenha qualquer consequência em prejuízo para a própria defesa. Nesse passo, a parte final do art. 186 do CPP não se viu recepcionada pela Carta

Política de 1988, quando a lei processual penal cogita do interrogatório judicial. Do silêncio do réu, na atualidade, nada se extrai em detrimento da defesa.

Como de constatação tranqüila, o preso encontra-se, no momento, bastante protegido não só pela Carta Magna, como também pelas leis processuais que dele se ocupam, o que, sem dúvida, é providência justíssima.

Porém, não resta dúvida que, em razão de todas essas garantias, o inquérito policial, quando iniciado pela *notitia criminis coativa* (art. 8º do CPP), na verdade goza de ampla publicidade, tal o número de pessoas que toma conhecimento do evento-prisão.

Compreende-se, no caso, a exceção à regra do sigilo que deve presidir as investigações em face de um valor maior que se alevanta: o zelo pela liberdade individual, exigindo que sua privação seja imediatamente sujeita a ampla fiscalização e controle.

Aplica-se, na espécie, a teoria da proporcionalidade em toda a sua plenitude, quando em confronto a tutela de bens jurídicos de elevado significado, sacrificando-se um deles em favor daquele considerado, *in casu*, mais relevante.

Aqui, porém, repita-se *ad Instar* do que restou dito, vigora a mesma regra norteadora de todas as investigações criminais; o advogado não poderá participar da apuração dos fatos juntamente com o delegado, assegurando-se, quando muito, requerer as providências a que alude o art. 14 do CPP, que serão realizadas ou não a critério da autoridade.

12. De tudo o que resultou exposto, podem ser extraídas algumas conclusões:

12.1 A redação do art. 20 do CPP já apresentava certa imprecisão, não estabelecendo de forma peremptória o sigilo do inquérito policial, como se impunha (1 a 2, *supra*).

No meu entendimento, a redação ideal do Código deveria revestir-se da seguinte roupagem:

“Art. 20 - O inquérito policial será sigiloso.

Parágrafo único. A autoridade poderá dispensar o sigilo quando exigido para apuração do fato ou pelo interesse social.”

Aliás, a publicidade pode ser restringida mesmo na fase processual quando a defesa dá intimidade ou o interesse social o exigirem (arts. 5º, LX e 93, IX da CF e 792 § 1º do CPP). Tal autorização parte não só do Código de Processo Penal como da própria Constituição Federal.

Não foi este, porém, o caminho trilhado pelo legislador dos anos 40, daí que vemos, a todo dia pela mídia, expressões do tipo “o delegado decretou o sigilo das investigações”, quando, de acordo com a redação proposta, o inverso é que haveria de ocorrer. Quando não fosse caso de sigilo é que haveria de dar-se a manifestação expressa da autoridade.

12.2 Para agravar a situação, temos em vigor a Lei 8.906/94 (Estatuto da Advocacia e da OAB), que, na prática, acabou com o sigilo no inquérito policial (3, *supra*).

12.3 O absurdo doutrinário de tal posicionamento procurei demonstrá-lo no decorrer do presente estudo (4 a 7, *supra*).

12.4 Mesmo com todas estas facilidades de acesso aos autos do inquérito policial, não se admitirá jamais a presença do advogado do indiciado "auxiliando" a autoridade policial na colheita das provas. Como diz TOURINHO: "Seria um disparate inqualificável" (6, *supra*).

12.5 O sigilo recomenda-se não só em favor do interesse público e da apuração da infração penal. Ele é de ser observado, também, para resguardar a vida particular da pessoa do indiciado, evitando a sua exibição *desnecessária* através da mídia. Em certos casos, como mal menor, não haverá outro meio que não seja o de expor a figura do indiciado à publicidade, objetivando a apuração do fato ou a localização do próprio indiciado (10, *supra*).

12.6 Quando da prisão em flagrante do indiciado, como ficou anotado (11, *supra*), a publicidade torna-se inevitável em função do grande número de pessoas que passa a tomar conhecimento do fato. Não me refiro às autoridades mas sim às pessoas da família, advogados *etc...*

Em tal circunstância, na defesa da liberdade do preso, justifica-se a publicidade inevitável.

Porém, como nos demais casos, não estarão o advogado e, muito menos, as pessoas da família e amigos autorizados ao acompanhamento das investigações que se seguem juntamente com a autoridade policial. É bom enfatizar até a náusea. (6 e 9, *supra*).

12.7 A investida imotivada contra a regra do sigilo, originada a partir do Estatuto da Ordem dos Advogados de 1963 (Lei 4.215, de 27.4.1963), encontra, não há dúvida, sua razão de ser nos abusos perpetrados por maus policiais que, fazendo uso indevido da sua nobre função, avançavam *au delà* do que seria legítimo praticar, descambando para o arbítrio e para violência em suas diligências.

12.8 Observe-se, ainda, que nem mesmo nos casos de prisão temporária (Lei 7.960, de 21/12/1989) decretada sempre que "*imprescindível* para as investigações do inquérito policial" (destaque meu) objetivando a busca de prova relacionada com a prática de crimes gravíssimos, enumerados no art. 1º, inciso III, da referida lei, houve o cuidado de fazer-se a ressalva preconizada na redação proposta para o art. 20 do CPP (12.1, *supra*).

É fácil explicar o procedimento do legislador, uma vez que, tratando-se de prisão, a publicidade seria inevitável por força da Constituição Federal (11, *supra*), como, aliás, está ressaltado no art. 2º, 6º da própria lei que dispôs sobre a prisão temporária.

A consequência prática que se extrai dessas considerações é que a prisão temporária perdeu muito de seus efeitos práticos e dos objetivos que tinha em mira resguardar.

13. De tudo o que resultou exposto, parece-me que o nosso legislador ignorou, por completo, a sábia advertência de sólida doutrina, que sustenta a necessidade de que a acusação do Ministério Público tenha uma sólida base inquisitiva, sem o que não será possível levar qualquer causa criminal a juízo.

Isto talvez explique o insucesso de tantos inquéritos policiais, inviabilizando a atuação do Ministério Público, para a felicidade geral da criminalidade.

Primavera de 2003. ♦

Direito Individual Homogêneo (Uma leitura e releitura do tema)

HUMBERTO DALLA BERNARDINA DE PINHO

Professor Adjunto de Direito Processual Civil na Faculdade de Direito da UERJ. Promotor de Justiça no Estado do Rio de Janeiro.

O presente trabalho tem por finalidade examinar o direito individual homogêneo, tal como concebido pelo ordenamento pátrio no inciso III do parágrafo único do artigo 81 do Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90), cotejando o instituto com a teoria geral do direito civil e com as modernas tendências do direito civil constitucional, a fim de determinar sua real natureza jurídica e sua relevância no atual cenário jurídico brasileiro.

Numa concepção tradicional, ao direito civil é delegada a tarefa de regular *“as relações entre os indivíduos nos seus conflitos de interesses e nos problemas de organização de sua vida diária, disciplinando os direitos referentes ao indivíduo e à sua família, e os direitos patrimoniais, pertinentes à atividade econômica, à propriedade dos bens e à responsabilidade civil”*.¹

Nessa perspectiva, *ab initio*, é necessário identificar e distinguir determinados conceitos inerentes à teoria geral do direito civil, tais como, faculdade jurídica, interesse, pretensão, direito potestativo e direito subjetivo, a fim de se proceder ao estudo do direito individual homogêneo.

Começemos pela faculdade jurídica.

É ela comumente entendida como o poder de agir inserido no direito. Não se confunde com o próprio direito, na medida em que a faculdade é uma consequência deste².

Sendo assim, a faculdade não existe de forma autônoma, uma vez que decorre de um direito, e pode ou não ser exercida, sem que tal fato venha a conduzir à perda do direito³.

Por outro lado, a faculdade só surge quando o direito subsiste, razão pela qual o indivíduo que se encontra em situação de expectativa de direito não tem ainda, tecnicamente, a faculdade de agir nesse ou naquele sentido.

¹ AMARAL, Francisco. *Direito Civil: Introdução*, 2ª edição, Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 26.

² GOMES, Orlando. *Introdução ao Direito Civil*, 10ª edição, Rio de Janeiro: Forense, 1990, p. 125.

³ Anote-se que um único direito pode ser composto de diversas faculdades, como ocorre com o direito de propriedade. O proprietário tem as faculdades de usar, dispor e alienar a coisa, entre outras.

Dessa forma, as faculdades jurídicas podem ser agrupadas em quatro classes principais⁴, a saber: a) poder de constituição de um efeito jurídico ou de aquisição de um direito; b) poder de disposição, aí englobadas a alienação e a cessão; c) poder de modificação de um efeito jurídico; e d) poder de extinção de um efeito jurídico.

Interesse, a seu turno, é em linhas gerais tudo aquilo que reflete uma necessidade⁵, seja de que ordem for, inerente a uma pessoa (física, jurídica ou moral). O interesse precede o direito, pois se reflete no mundo dos fatos, dos acontecimentos e não diretamente no mundo jurídico⁶.

A partir daí, podemos dizer que o interesse pode ou não ostentar relevância jurídica, de acordo com as normas de cada ordenamento. Havendo esta relevância, estaremos diante de um direito⁷.

Pretensão, por sua vez, é o poder conferido a alguém que seja titular de um direito, de exigir uma conduta comissiva ou omissiva de outrem. O conceito de pretensão vem intimamente ligado ao do direito subjetivo.

Este termo tem maior relevância no aspecto processual, na medida em que a pretensão, se não é atendida voluntariamente, acaba por ser deduzida em juízo, dando causa à instauração de uma lide, ou seja, um conflito de interesses qualificado por uma pretensão resistida.

⁴ ESPINOLA, Eduardo; ESPINOLA FILHO, Eduardo. "Dos Direitos Subjetivos", in *Tratado de Direito Civil*, Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1941, p. 617.

⁵ A necessidade, entretanto, não precisa ser real, bastando "a *valoração interna do que é indispensável ao titular do interesse, para a satisfação de necessidades primárias (inerentes ao homem e seu desenvolvimento psíquico, físico e moral) e secundárias (econômicas)*". (LISBOA, Roberto Senise. *Contratos Difusos e Coletivos*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 35 e segs.). Por outro lado, além da necessidade sentida, impõe-se a consideração da utilidade do objeto do Direito para o titular. Este objeto deve ser aproveitável para satisfação própria, de acordo com sua vontade, dando-lhe, assim, o titular, alguma utilidade. Nessa linha, mas enfocando a questão sob um novo prisma, Carnelutti afirma que "*pode haver interesse, não apenas em ordem a uma necessidade presente, mas também em ordem a uma necessidade futura. E a existência da necessidade pode resultar não só de uma sensação como de uma dedução*". (CARNELUTTI, Francesco [tradução de Antônio Carlos Ferreira]. *Teoria Geral do Direito*, São Paulo: Lejus, 1999, p. 90).

⁶ ANDRADE, Manuel A. Domingues. *Teoria geral da Relação Jurídica*, Coimbra: Almedina, 1987, p. 8 e 9. O autor afirma expressamente que "*além de não haver identidade entre o direito subjetivo e o interesse juridicamente tutelado, não há sequer uma inteira coincidência entre os dois termos. A todo o direito subjetivo corresponderá um tal interesse. Mas não inversamente. Pode haver interesse tutelado pelo direito objetivo, a que todavia não corresponde um direito subjetivo, porque a respectiva tutela é organizada por outro meio – maxime pela intervenção oficiosa da entidade pública*".

⁷ Observe-se que mesmo quando inexistir expressa previsão legal, o interesse não deixará de ser jurídico se as necessidades do titular forem absolutas em razão de sua natureza ou se mostrarem aferíveis dentro da ótica jurídica, que, aliás, deve ser o mais sensível possível em sede de Estado Democrático de Direito.

Já o direito potestativo incide na esfera jurídica do destinatário a ponto de criar um estado de sujeição. Há, pois, autêntico dever jurídico de sujeição por parte daquele que sofre tal incidência. Cabe salientar, todavia, que o dever jurídico em tela não se caracteriza como obrigação, no sentido jurídico, mas sim, como um genuíno estado de vinculação.

O direito potestativo pressupõe ainda a existência de relação jurídica anterior entre as partes. Deste modo, é correto afirmar que este direito pode gerar um constituição, modificação ou extinção jurídica à qual ficam os demais submetidos. Ademais, ele não se equipara a uma simples vontade de seu titular, visto que decorre do estado jurídico do mesmo⁸.

Visto todos esses institutos, chegamos ao direito subjetivo, que vem merecendo por parte da doutrina especializada, profundas e complexas considerações, até mesmo quanto a sua existência⁹.

Para Savigny¹⁰ o direito subjetivo seria sempre uma expressão da vontade, entendido este termo, a princípio de maneira empírica, como uma faculdade psicológica. O homem sabe, quer e age. Enquanto o homem quer e age, ele se situa invariavelmente no âmbito de regras de direito. O direito subjetivo, portanto, é a vontade juridicamente protegida.

⁸ Podemos exemplificar com o poder de revogar procuração, de revogar doação, ou ainda de renunciar à herança.

⁹ Neste trabalho não nos propomos a discutir a existência ou não do direito subjetivo. Aqueles que não aceitam a existência de direitos subjetivos sustentam terem as relações jurídicas por base as chamadas situações jurídicas. Paul Roubier assim consigna a questão: "(...) Arrivés à ce point de notre exposé, nous commençons à prendre conscience, plus nettement qu'on ne l'a encore fait jusqu'ici, de l'entrecroisement des droits et des devoirs, qui caractérise l'organisation juridique. C'est cet entrecroisement qui a abouti, chez les auteurs contemporains, à prendre pour base de leurs constructions la notion de la situation juridique plutôt que celle de droit subjectif. La situation juridique se présente à nous comme constituant un complexe de droits et de devoirs; or, c'est là une position infiniment plus fréquente que celle de droits existant à l'état de prérogatives franches, ou de devoirs auxquels ne correspondrait aucun avantage". (ROUBIER, Paul. *Droits Subjectifs et Situations Juridiques*, Paris: Dalloz, 1963, p. 52). Cf. ainda a respeito do tema, entre outros, GOMES, Orlando. *Introdução ao Direito Civil*, 10ª edição, Rio de Janeiro: Forense, 1990, p. 114, e RAO, Vicente. *O Direito e a Vida dos Direitos*, 4ª edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 580. Importante ainda consignar, por fim, a lição de Perlingieri, no sentido de que "no vigente ordenamento não existe um direito subjetivo – propriedade privada, crédito, usufruto – limitado, atribuído ao exclusivo interesse do sujeito, de modo tal que possa ser configurado como entidade pré-dada, isto é, preexistente ao ordenamento e que deva ser levada em consideração enquanto conceito, ou noção, transmitido de geração em geração. O que existe é um interesse juridicamente tutelado, uma situação jurídica que já em si mesma encerra limitações para o titular". (PERLINGIERI, Pietro. [tradução de Maria Cristina De Cicco], *Perfis do Direito Civil – Introdução ao Direito Civil Constitucional*, Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 121/122).

¹⁰ SAVIGNY, F. Carl von (tradução para o italiano de Vittorio Scialosa). *Sistema del Diritto Romano Attuale*, volume 1º, §§ 52/53, Turino: Unione Tipografe Editrice, 1886.

Esta teoria foi veementemente contestada, entre outros, por Jhering¹¹, já que o direito subjetivo existe e continua existindo a despeito da vontade do titular ou mesmo contra sua vontade¹².

Sendo assim, na visão deste autor, a essência do direito subjetivo não é a vontade, mas sim o interesse, entendido este num sentido lato, (concreto ou abstrato); daí dizer ele que direito subjetivo é o interesse juridicamente protegido.

Contudo, também o posicionamento de Jhering não escapou ileso de críticas, na medida em que seus opositores consideravam extremamente vaga e imprecisa a definição de interesse, o que poderia prejudicar a segurança das relações jurídicas.

Nessa perspectiva, vários outros doutrinadores passaram a discutir a questão a partir dos mais diversos enfoques, o que deu azo ao surgimento das chamadas teorias mistas, ou seja, aquelas que procuravam aparar as arestas entre as duas teorias originais, conjugando-as.

Manuel Andrade¹³ ao conceituar direito subjetivo relaciona-o tanto ao interesse quanto à vontade. Entretanto, registra que o interesse constitui o substrato do direito subjetivo, embora esteja fora de seu âmbito.

Nesse sentido, o autor desenvolve a teoria de que a todo direito subjetivo deve corresponder um interesse, embora a recíproca não seja verdadeira, na medida em que podem existir interesses tutelados pelo direito objetivo, mas que não correspondam a um direito subjetivo, porque a respectiva tutela é organizada por outro meio, como por exemplo através da intervenção do Estado¹⁴.

Já Pontes de Miranda¹⁵ identifica o direito subjetivo com a idéia de poder; o direito subjetivo é o poder jurídico que legitima o exercício de uma

¹¹ JHERING, Rudolf Von (tradução de João de Vasconcelos) *A Luta pelo Direito*, Rio de Janeiro, Forense, s/d; e *L'évolution du Droit* (título original: *Der Zweck im Recht*), (tradução de Meulenaere). Paris, 1901.

¹² Tal objeção se reflete concretamente na questão da capacidade. A se adotar a teoria de Savigny, os incapazes não poderiam ser titulares de direitos, pois não poderiam ou não saberiam manifestar seu querer.

¹³ ANDRADE, Manuel A. Domingues. *Teoria geral da Relação Jurídica*, Coimbra: Almedina, 1987, p. 10.

¹⁴ Ennecerus fornece o seguinte exemplo para tal assertiva: uma lei que imponha a vacinação obrigatória é uma lei que protege os interesse de cada indivíduo; contudo, nem por isso a cada um compete o interesse subjetivo correspondente (ENNECERUS, Ludwig; NIPPERDEY, Hans Carl. [tradução de Blas Pérez González e José Alguer] *Derecho Civil (Parte General)*, Barcelona: Bosch, 1947, p. 287 e segs.).

¹⁵ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de Direito Privado*, Rio de Janeiro: Borsoi, 1955, Tomo V, p. 226 e segs..

faculdade. As faculdades, nesta conceituação, são poderes de fato exercitados ou não em virtude de uma dada situação.

O autor prioriza assim a idéia de interesse, em detrimento da vontade. Faz questão de frisar que o direito subjetivo não tem no direito objetivo o seu *prilus* lógico, senão representam fenômenos complementares.

Para Eduardo Espínola¹⁶, o direito subjetivo é “a relação que une um bem da vida a um determinado sujeito, e da qual resulta, para o sujeito, o poder de, por si ou representado, tirar, no interesse próprio, de outrem, ou coletivo, toda a utilidade de que é suscetível o mesmo bem, ficando à disposição exclusiva de tal sujeito movimentar a ação coercitiva do direito”.

Ennecerus¹⁷, em obra traduzida para o espanhol, prefere conceber o direito subjetivo como “un poder concedido al individuo por el ordenamiento juridico”¹⁸.

Parece-nos, contudo, que foi a partir dos estudos formulados por Jellinek¹⁹, que a questão começou a se tornar um pouco mais clara.

O autor, em monografia muito aprofundada sobre o tema, classifica o direito subjetivo em público e privado; a primeira espécie é entendida como sendo o poder oriundo da própria condição de pessoa (personalidade), oponível ao Estado, ou seja, o poder de determinar o agir deste.

Já na acepção privada, o direito subjetivo teria como fundamento a liberdade humana (*licere*), e consistiria no conjunto de faculdades de cunho privado originadas pela manifestação da vontade²⁰.

¹⁶ ESPINOLA, Eduardo; ESPINOLA FILHO, Eduardo. “Dos Direitos Subjetivos”, in *Tratado de Direito Civil*, Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1941, p. 573 e segs..

¹⁷ ENNECERUS, Ludwig; NIPPERDEY, Hans Carl. *Op. cit.*, p 287.

¹⁸ Voltando ao exemplo fornecido anteriormente, a lei que determina vacinação criava para todos os cidadãos a expectativa de obter o serviço de saúde, mas não lhes conferia direito subjetivo, segundo o mestre alemão. Isto porque o direito subjetivo é algo distinto do bem jurídico. ENNECERUS, Ludwig; NIPPERDEY, Hans Carl. *Idem*.

¹⁹ JELLINEK, Georg. *Sistema de Diritti Pubblici Subbiettivi*, Milano: Società Editrice Libreria, 1911.

²⁰ Nas palavras de Jellinek (*op. cit.*, p. 61/63) “Nella possibilità giuridica di pretendere qualche cosa da un altro connessa con la facoltà di disporre del diritto e della stessa pretesa, si manifesta il licere (*Dürfen*). Esso è la caratteristica specifica del diritto privato. (...) Il diritto privato è adunque rivolto sempre verso un'altra persona, sottoposta anche essa al potere sovrano. L'acquisto e la perdita di diritti privati non accresce, nè diminuisce la personalità. Questa è indipendente dalla massa dei licere (*Dürfen*), che la persona possiede. Diversamente accade per il posse (*Können*), che, in base alle norme, le quali offrono all'avente diritto la possibilità di esercitare una coazione (*machtverleihende Sätze*), si trova connesso con qualunque diritto privato, e forma il criterio specifico del diritto pubblico subbiettivo. Questo posse (*Können*) non è separabile dalla persona, senza che la medesima ne rimanga menomata, ed è indipendente dal possesso concreto di diritti privati. Le capacità giuridiche attribuite all'individuo dall'ordinamento giuridico, soltanto in base alle quali è possibile l'acquisto dei singoli diritti e la difesa di quelli acquistati, costituiscono l'elemento che rimane costante nel mutarsi delle condizioni giuridiche concrete”.

Dentro desse contexto, na doutrina nacional, Francisco Amaral²¹ entende como direito subjetivo “o poder que a ordem jurídica confere a alguém de exigir de outrem determinado comportamento. É subjetivo por ser exclusivo do respectivo titular e constitui-se num poder de atuação jurídica reconhecido e limitado pelo direito objetivo”.

Este autor, ao discutir as teorias positivas, que afirmam o direito subjetivo, faz a dicotomia clássica entre as teorias de Savigny (para o qual o direito subjetivo é a vontade tutelada pelo direito) e Jhering (para o qual o direito subjetivo é o interesse juridicamente protegido), ou seja, a contraposição entre vontade e interesse, entre teoria subjetiva e teoria objetiva.

Desvia deste conflito adotando uma teoria mista, na qual se identifica o direito subjetivo como esfera de vontade, com influência tanto do interesse²² quanto da vontade.

Elenca, a seguir, a distinção feita por Jellinek²³, que diferencia o direito subjetivo público do privado, ao associar este último com a vontade emitida; o direito subjetivo público não teria origem na vontade de quem o exercita, diferentemente do direito subjetivo privado.

Por último, registra a diminuição da importância do conceito de direito subjetivo público, negando sua autonomia, que a seu ver, não mais se justifica, já que todos, inclusive o Estado, estão subordinados à ordem jurídica constitucional.

Nesse sentido, Perlingieri²⁴⁻²⁵ adverte para a crise do direito subjetivo

²¹ AMARAL, Francisco. *Op. cit.*, p. 178 e segs..

²² Importante ressaltar que na seara processual prevalece a tese que desvincula o interesse da vontade do agente; esta desvinculação é pressuposto do conflito acima aventado. O interesse, como posição que se ocupa diante de um determinado bem jurídico, tem natureza de situação jurídica. A vontade, ao animar o interesse, movendo-o, converte-o em pretensão. (CARREIRA ALVIM, José Eduardo. *Elementos de Teoria Geral do Processo*, 6ª edição, Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 3 e segs.).

²³ *Op. e loc. cit.*

²⁴ “Da qualche tempo si afferma da più parti che la nozione di diritto soggettivo è in crisi; ne dà testimonianza la vastità della letteratura sul tema. Il fenomeno deriva dalla consapevolezza che il mutamento storico-sociale della realtà non può non influire sul tradizionale modo d'intendere il diritto soggettivo. Se si vuole analizzare il concetto in maniera rispondente alle moderne esigenze, gli si deve attribuire un significato, un ruolo diversi da quelli che la dottrina ottocentesca, pandettistica, e quella precedente al codice del 1942, gli assegnavano”. (PERLINGIERI, Pietro. *Il Diritto Civile nella Legalità Costituzionale*, Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 1991, p. 251).

²⁵ Inobstante isso, alguns doutrinadores como Vicente Ráo (*op. cit.*, p. 921/927), sustentam a classificação do direito subjetivo em público e privado. Para o autor, o direito público subjetivo pode ser ainda classificado em: a) direito do Estado (aí compreendidos os direitos existenciais e de soberania e independência); e b) direito dos indivíduos ou dos grupos sociais (que englobaria os direitos da personalidade humana, individual ou coletiva).

concebido nos moldes privatistas, e, principalmente, para a necessidade de uma moderna abordagem do tema sob a perspectiva constitucional.

Como se vê, não existe em doutrina um conceito uniforme acerca do direito subjetivo. Entretanto, como também demonstrado, até mesmo em razão da necessidade prática e concreta de se adotar uma conceituação, passou a doutrina a aceitar majoritariamente uma concepção mista entre as teorias subjetiva e objetiva.

Temos para nós que o direito subjetivo é na verdade um poder conferido a cada indivíduo, a partir da ordem jurídica constitucional e infraconstitucional, de modo a possibilitar a defesa dos seus interesses, dentro de certas regras e limitações necessárias à manutenção da vida em sociedade e do bem comum.

Após a relativa pacificação doutrinária, surgiram as classificações do direito subjetivo, com base nos seguintes elementos:

Quanto à eficácia, divide-se ele em absoluto e relativo. A primeira modalidade compreende aqueles direitos dotados de eficácia universal e que podem ser opostos a qualquer pessoa, como ocorre com os direitos reais e os direitos da personalidade. Já a segunda modalidade desta classificação se refere àqueles que têm eficácia circunscrita a determinadas pessoas, tal como ocorre com as obrigações.

Quanto ao conteúdo, podem ser públicos ou privados. Essa divisão tem como base o diploma legal que cria o direito (se pertencente a um dos ramos do direito público ou do direito privado) e é considerada muito vulnerável, como, aliás, já salientado acima.

Por fim, quanto ao valor, o direito subjetivo pode ser patrimonial ou extrapatrimonial, de acordo com a possibilidade ou não de sua avaliação econômica.

Vistas essas questões, podemos agora começar a examinar o direito individual homogêneo.

Na singela definição do artigo 81, parágrafo único, inciso III do Código de Defesa do Consumidor, direito individual homogêneo é aquele que tem "*origem comum*".

Na verdade, o Código se preocupa mais em definir o direito difuso e o coletivo, dando a entender que o individual homogêneo serviria para abarcar qualquer interesse juridicamente protegido que não se enquadrasse numa das duas definições acima²⁶⁻²⁷.

²⁶ Antonio Gidi ressalta que o critério científico para identificar se determinado direito é difuso, coletivo, individual homogêneo ou individual puro não é a matéria, o tema ou mesmo o assunto abstratamente considerados, mas o direito subjetivo específico que foi violado. Afirmo o autor que o C.D.C. se utiliza de três critérios básicos para definir e distinguir os

Obviamente essa definição é extremamente defeituosa, o que nos leva, através de uma combinação de raciocínios indutivo e dedutivo, a buscar uma conceituação mais apropriada.

Entretanto, antes de conceituar esse direito, é preciso determinar qual a sua natureza jurídica.

Em outras palavras, há que se definir, dentro da teoria geral do direito civil, qual o melhor instituto que retrata as peculiaridades dessa figura.

Com base em todas as considerações já aduzidas, é nosso sentir que o direito individual homogêneo é espécie do gênero direito subjetivo.

Mais precisamente, trata-se de direito subjetivo individual complexo.

É um direito individual porque diz respeito às necessidades, aos anseios de uma única pessoa; ao mesmo tempo é complexo, porque essas necessidades são as mesmas de todo um grupo de pessoas, fazendo nascer, destarte, a relevância social da questão.

Distingue-se ele, desse modo, do direito subjetivo individual simples, que se refere apenas a uma pessoa, considerada em perspectiva individual e isolada, sem pontos comuns a outras.

Observe-se, *ad cautelam*, não existir qualquer ponto de toque entre a defesa em juízo do direito individual homogêneo, através da ação coletiva, e a figura processual do litisconsórcio, já que este último consubstancia a soma de dois ou mais direitos individuais simples, de forma que, em nenhum

direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos: subjetivo (titulariedade do direito material), objetivo (divisibilidade do direito material) e de origem (origem do direito material). Quanto à titulariedade do direito material, tem-se que direito difuso pertence a uma comunidade formada de pessoas indeterminadas ou indetermináveis; o direito coletivo pertence a uma coletividade (grupo, categoria ou classe) formada de pessoas indeterminadas mas determináveis; o direito individual homogêneo pertence a uma comunidade formada de pessoas perfeitamente individualizadas, que também são indeterminadas e determináveis. Todavia, o autor aponta um defeito nesta classificação na medida que atesta existir um único titular para cada um destes direitos e muito bem determinado: "(...) *uma comunidade no caso de direitos difusos, uma coletividade, no caso de direitos coletivos ou um conjunto de vítimas indivisivelmente considerado no caso de direitos individuais homogêneos*". (GIDI, Antonio. *Coisa Julgada e Litispendência em Ações Coletivas*, São Paulo: Saraiva, 1995, p. 23).

²⁷ Entretanto, a questão da configuração, ou melhor, da identificação da espécie de direito transindividual no caso concreto é sempre bastante delicada. Nesse passo, Gustavo Tepedido salienta não ser exagero *"afirmar que, em termos práticos, as lesões a interesses coletivos ou difusos normalmente implicam a configuração de interesses individuais homogêneos, sendo muito difícil isolar cada uma dessas espécies de interesses, de modo a que se pudesse identificar, diante de uma hipótese concreta, a presença do interesse estritamente coletivo ou exclusivamente individual homogêneo"*. (TEPEDIDO, Gustavo José Mendes. "A Questão Ambiental, o Ministério Público e as Ações Cíveis Públicas", in *Temas de Direito Civil*, Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 302).

momento exsurge a relevância social, e sim o interesse privado de um grupo de pessoas.

A ação coletiva, ao contrário, previne um possível litisconsórcio multitudinário, permitindo assim uma tutela social por intermédio de uma única demanda.

Difere também o direito subjetivo individual complexo do direito subjetivo coletivo, que, a seu turno, ocorre nas hipóteses de direito coletivo *stricto sensu* e difuso, uma vez que esses já nascem voltados para um grupamento social, não podendo ser, *ab initio*, individualizados.

Não há que se falar, contudo, em ser este direito público ou privado; primeiro em razão da superação da *summa divisio*, como já exposto, e segundo, porque o instrumento processual através do qual se tutela tal direito pode ter em seu pólo passivo o Estado ou um particular, dependendo da situação fática individualizada.

Por outro lado, cotejando-se o direito individual homogêneo com os demais institutos da teoria geral do direito civil, salta aos olhos a incongruência daquele com qualquer modalidade desses.

Destarte, parece claro que é impossível cogitar-se do direito individual homogêneo como sendo mera faculdade jurídica.

Na verdade o que se dá é exatamente o oposto, já que o titular desse direito tem algumas faculdades, que a princípio não se mostram muito claras, mas que exsurgem à toda evidência no curso da ação coletiva, como, por exemplo, a faculdade de promover a execução individual da decisão transitada em julgado, ou até mesmo promover somente parte da execução.

Tal conduta não irá influir na existência do direito, que, aliás, a essa altura, já estará não só declarado judicialmente, como também coberto pelo manto da imutabilidade oriundo da *res judicata* material, salvo, quanto a esta última afirmação, se o feito estiver transcorrendo em regime de execução provisória.

Quanto ao interesse, já salientamos que representa este o estado anterior à formação do direito, de modo que o direito individual homogêneo nasce como interesse individual homogêneo²⁸.

²⁸ Aliás, é digna de registro a preocupação do legislador com eventuais defesas evasivas de réus em ações coletivas, ao mencionar expressamente no artigo 81 que o conceito se refere a interesses ou direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos. Parece-nos que houve uma clara intenção de deixar a salvo mesmo aqueles interesses sobre os quais pudesse haver divergência acerca de sua qualificação jurídica. Nesse sentido, a expressão origem comum é também mencionada às expensas por Roberto Senise Lisboa (Cf. LISBOA, Roberto Senise. *Contratos Difusos e Coletivos*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 56).

Acerca da pretensão, também maiores considerações não se fazem necessárias, em razão da ênfase processual dada ao termo²⁹.

Também não se poderia afirmar ser o direito individual homogêneo espécie do gênero direito potestativo, porque não existe estado de sujeição ao titular do direito, não havendo, portanto, tecnicamente, vinculação.

Outrossim, nem sempre há relação jurídica pretérita entre os sujeitos ativo e passivo do direito individual homogêneo.

Realmente, o único instituto que se afina com ele é o direito subjetivo.

Não vemos necessidade de propor a criação de uma categoria autônoma de direito; seria, com a devida *venia* dos que não comungam deste entendimento, um preciosismo desnecessário³⁰⁻³¹.

É certo que na teoria geral do direito civil, todos os conceitos foram formulados numa perspectiva individual e patrimonial.

É igualmente certo que nos dias atuais a ênfase se dá muito mais no “ser” do que no “ter”, e que a questão coloca-se no plano coletivo e não individual.

²⁹ Seguimos aqui a concepção de Liebman. Para exame mais aprofundado sobre a matéria, remetemos o leitor a LIEBMAN, Enrico Tullio (tradução de Cândido Rangel Dinamarco). Manual de Direito Processual Civil, 2ª edição, Rio de Janeiro: Forense, 1985.

³⁰ É necessário ressaltar não termos conhecimento, nem na doutrina pátria nem na estrangeira, de obra dedicada ao estudo específico do direito individual homogêneo dentro da perspectiva da teoria geral do direito civil; contudo, pudemos localizar na obra de Perlingieri vasto material sobre as denominadas situações subjetivas. (PERLINGIERI, Pietro. [tradução de Maria Cristina De Cicco], Perfil do Direito Civil – Introdução ao Direito Civil Constitucional, Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 89 e segs.). Nesse contexto, o mestre afirma à p. 121 que “no ordenamento moderno, o interesse é tutelado se, e enquanto for conforme não apenas ao interesse do titular, mas também àquele da coletividade. Na maior parte das hipóteses, o interesse faz nascer uma situação subjetiva complexa, composta tanto de poderes quanto de deveres, obrigações, ônus. É nesta perspectiva que se coloca a crise do direito subjetivo. Este nasceu para exprimir um interesse individual e egoísta, enquanto que a noção de situação subjetiva complexa configura a função de solidariedade presente ao nível constitucional”. E continua seu raciocínio ao dizer que nesse mesmo ordenamento “não existe um direito subjetivo – propriedade privada, crédito, usufruto – ilimitado, atribuído ao exclusivo interesse do sujeito, de modo tal que possa ser configurado como entidade pré-dada, isto é, preexistente ao ordenamento e que deva ser levada em consideração enquanto conceito, ou noção, transmissível de geração em geração. O que existe é um interesse juridicamente tutelado, uma situação jurídica que já em si mesma encerra limitações para o titular”.

³¹ Com o devido respeito ao entendimento do grande jurista italiano, estamos em que o direito individual homogêneo, considerado dentro do ordenamento jurídico brasileiro, se enquadra perfeitamente na categoria de direito subjetivo, até mesmo porque, e aqui fazemos uma conexão com o direito processual civil, é o direito subjetivo que fornece os elementos necessários à configuração da pretensão a ser deduzida em juízo através da ação, que por sua vez se submete a determinadas condições para seu regular exercício, que embora não se identifiquem com o direito subjetivo alegado pelo autor, nele repousam. Como exemplo podemos citar a própria legitimidade *ad causam* ordinária, onde o titular da relação jurídica de direito material é o mesmo da relação jurídica processual. Em outras palavras, além de haver uma identificação perfeita entre o direito individual homogêneo e os caracteres gerais do direito subjetivo, tal posição deve ser adotada a fim de se manter a unidade e a sistematização de todo nosso ordenamento, privilegiando-se assim o caráter interdisciplinar do Direito.

Contudo, é de se lembrar que o direito individual homogêneo é, por natureza, individual, e na maioria dos casos patrimonial.

Na sua gênese, enquanto observado a partir do fato que o originou, sob o referencial de seu sujeito ativo, não há que se falar em direito coletivo.

Esta afirmação só passa a se justificar num segundo momento, quando se constata que o direito daquele indivíduo é semelhante ao de vários outros, sendo certo ainda que todos têm uma origem comum³², entendida esta como a circunstância apta a estabelecer o ponto de contato entre os indivíduos que integram aquele grupamento social.

A partir dessa origem comum surge a extensão social do direito, pois se diversas pessoas se encontram na mesma situação jurídica, automaticamente aquela situação passa a produzir efeitos numa coletividade, obrigando o ordenamento jurídico a tutelar o direito como coletivo *lato sensu*.

Sendo um direito coletivamente tutelado, passa a ser indisponível em razão dessa mesma extensão social³³.

Em outras palavras, aquele direito que se fosse concebido individualmente seria disponível, é alçado a uma condição superior, pois há todo um grupamento social interessado no deslinde daquela controvérsia.

Nessa linha de raciocínio, chega-se à conclusão de que em sede de

³² O legislador, no artigo 81, parágrafo único, inciso III, do Código de Defesa do Consumidor faz questão de enfatizar a expressão "origem comum", sem, no entanto, afirmar tratar-se de direitos iguais. A causa que origina o interesse juridicamente protegido é a mesma, mas a importância que tal interesse vai assumir na esfera pessoal de cada sujeito ativo é diversa, assim como é diverso o valor a ser obtido a título de indenização ou compensação, quando do julgamento de procedência do pedido na ação coletiva.

³³ Reconhecemos a dificuldade de trabalhar com o tema, na medida em que nosso ordenamento não apresenta uma definição, ou mesmo parâmetros do que seria um direito indisponível. Isso obriga a doutrina e jurisprudência a tratar a matéria casuisticamente, o que não se coaduna bem com o sistema romano-germânico e acaba por deixar na sociedade um sentimento de insegurança jurídica. Numa tentativa de conferir maior concretude a tal conceito, Athos Gusmão Carneiro sustenta que a indisponibilidade pode ser aferida quando a solução a ser dada no caso concreto transcende ao interesse patrimonial individual dos titulares na prestação satisfativa, projetando-se no mundo jurídico e influenciando, com relevância, diversas situações análogas. (CARNEIRO, Athos Gusmão. "Direitos Individuais Homogêneos, limitações à sua tutela pelo Ministério Público", *in* Revista de Processo, ano 26, v. 103, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 5/13).

direitos individuais homogêneos existe uma questão coletiva comum a todos os membros da classe e que se sobrepõe a eventuais questões individuais.

Eis aí a pedra de toque, ou seja, a dita homogeneidade advém desta questão comum prevalente, que se torna então uma questão social, e, por conseguinte, indisponível.

Caso não se faça presente tal questão comum (coletiva), não estaremos diante de um direito individual homogêneo, mas sim heterogêneo, como bem assevera Ada Pellegrini Grinover³⁴.

O direito individual homogêneo é, portanto, um direito subjetivo, na medida em que pode ser invocado e tutelado, através da dedução em juízo de uma pretensão.

Por outro lado, é um direito relativo porque não é oponível *erga omnes*, mas somente frente ao causador do dano.

Pode ser patrimonial ou extrapatrimonial de acordo com o objeto sobre o qual recai. É verdade que, na grande maioria dos casos, será ele patrimonial, já que o direito individual homogêneo foi introduzido pelo Código do Consumidor, onde predomina esta modalidade, caso consideremos a hipótese sob o prisma exclusivamente individual.

De se ressaltar que a própria patrimonialidade é um conceito jurídico indeterminado, sendo possível até mesmo que um determinado direito seja, ao mesmo tempo, patrimonial e extrapatrimonial, dependendo do referencial que se utilize para examinar, como é o tão famoso caso dos alimentos, uma vez que o alimentante não depende daquela quantia para sua subsistência, podendo até mesmo empregá-la de qualquer outra forma, ao contrário do alimentando.

Entretanto, pode ocorrer uma situação que não comporte aferição econômica, tal como um dano à cidadania ou mesmo à moralidade pública, ainda que examinado individualmente³⁵⁻³⁶.

³⁴ GRINOVER, Ada Pellegrini. "Da Class Action for Damages à Ação de Classe Brasileira: os Requisitos de Admissibilidade", in REPRO, v. nº 101, ano 26, São Paulo: Revista dos Tribunais, jan/mar 2001, p. 11/27.

³⁵ Tycho Brahe Fernandes apresenta exemplos variados de interesses individuais homogêneos, tais como a cobrança abusiva de mensalidades escolares, os prejuízos causados a integrantes de planos para aquisição de bens móveis (v.g. telefones) e imóveis (v.g. apartamentos), ou ainda de planos de saúde ou de seguro, e por fim, os prejuízos causados aos poupadores que tiveram suas cadernetas de poupança bloqueadas. (FERNANDES, Tycho Brahe. GUIMARÃES, Angela Silva. A Legitimação do Ministério Público na Tutela dos Interesses ou Direitos Individuais Homogêneos, op. cit.).

³⁶ Veja-se que em alguns dos exemplos há um nítido caráter extrapatrimonial (como no caso das mensalidades escolares, uma vez que o direito à educação é considerado como fundamental e previsto em sede constitucional), mesmo que acompanhado de nuances patrimoniais; essa mesma questão pode ser enfocada sob o prisma de relação de consumo entre a escola – prestadora do serviço e o pai do aluno – consumidor.

Nesse diapasão, o direito, a partir do momento em que passa a ostentar relevância social, deixando de importar apenas a um único indivíduo, mas interessa a toda coletividade, atinge um *status* de extrapatrimonialidade, pois valores constitucionais como o bem comum podem estar em perigo.

É por fim um direito divisível.

A propósito, vale lembrar que o parágrafo único do artigo 81 do Código de Defesa do Consumidor, ao definir os direitos difusos e coletivos, faz questão de qualificá-los como indivisíveis. Contudo, isto é omitido no inciso III, onde é regulado o direito individual homogêneo³⁷, o que acaba por gerar dificuldade na interpretação do referido dispositivo.

Essa divisibilidade não está em contradição com a propagada origem comum, eis que cada cidadão tem o seu direito revestido de peculiaridades pertinentes à sua situação individual e pessoal, sendo certo que a origem deste e de todos os direitos daqueles que se encontram em situação assemelhada é a mesma³⁸.

³⁷ Quanto à divisibilidade do direito material, vê-se que tanto o direito difuso como o coletivo, exatamente por serem transindividuais, são indivisíveis. A indivisibilidade, porém, *"deve ser aferida não de acordo com a matéria ou o assunto genericamente considerado, mas concretamente, caso a caso, de acordo com o direito subjetivo material específico a que se visa proteger"*. Os direitos individuais homogêneos, ao contrário, devido ao caráter predominantemente individualizado que portam, são perfeitamente divisíveis entre os integrantes da comunidade de vítimas titular do direito material. O pedido feito em juízo numa ação coletiva em defesa desses interesses deve ser para a tutela do bem indivisivelmente considerado. *"A divisibilidade, percebe-se, somente se manifestará nas fases de liquidação e execução da sentença coletiva"*. (GIDI, Antonio. *Coisa Julgada e Litispendência em Ações Coletivas*, São Paulo: Saraiva, 1995, p. 23/31).

³⁸ Nesse sentido, colhemos, uma vez mais, o pensamento de Tycho Brahe Fernandes: *"Logo, direitos ou interesses individuais homogêneos são aqueles interesses que decorrem de um fato comum, correspondente ao ato lesivo ao ordenamento jurídico, permitindo desde logo a determinação de quais membros da coletividade foram atingidos. Quando se fala em homogeneidade, deve-se ter em mente que tais direitos ou interesses devem decorrer de uma origem comum, ou seja, devem ser homogêneos qualitativamente e apresentados com uniformidade, de maneira a viabilizar a defesa coletiva. Para ser homogêneo basta a uniformidade qualitativa. Dispensada está a uniformidade quantitativa, pois com relação aos aspectos pessoais diferenciados, próprios de cada situação concreta, de cada consumidor, estes poderão ser postulados pelos próprios interessados em uma fase posterior denominada habilitação e que ocorre na liquidação da sentença genérica proferida por ocasião da ação coletiva. É mister salientar que "origem comum" não significa, necessariamente, uma unidade fatural e temporal. O importante é que tais lesões decorram de um fato comum, embora a forma, o tempo, a localidade, a quantidade das lesões sejam diferentes em relação a cada indivíduo."* (FERNANDES, Tycho Brahe. GUIMARÃES, Angela Silva. op. e loc. cit.). Essas ponderações levam o autor a concluir no sentido de que o *"interesse ou direito individual homogêneo é todo aquele que, possuindo mais de um titular, identificado ou identificável e, embora possa ter seu objeto divisível e até mesmo disponível, protegido individualmente, sem uma relação jurídica base entre os consumidores, têm uma causa comum"*.

Resumindo então as idéias apresentadas, em sede de teoria geral, podemos conceituar o direito individual homogêneo como sendo espécie do gênero direito subjetivo, qualificando-o como um direito subjetivo individual complexo (dotado de relevância social obtida a partir de uma origem comum), relativo, divisível, e imbuído de reflexo patrimonial, na esfera individual de cada lesado.

Na sistemática do Código de Defesa do Consumidor, o direito individual homogêneo é, nada mais, nada menos do que um direito que em tese seria difuso ou coletivo, mas que em algum momento passou a ser divisível e, portanto, subordinado a regras próprias, principalmente no que concerne à satisfação concreta dos lesados.

Tanto pode advir de uma relação jurídica ou de uma situação de fato; pode relacionar um número determinado ou indeterminado de pessoas, sendo que neste último caso o número deverá ser, ao menos determinável no momento do início do procedimento executivo.

Infelizmente, trata-se de um instituto simples, em sua gênese, mas que se tornou complexo em razão do lacônico tratamento legislativo³⁹ e da utilização de conceitos jurídicos abertos, o que contribuiu de forma preponderante para a geração das inúmeras discussões processuais acerca do tema, como já observamos em nossa obra⁴⁰.

Esperamos com o presente trabalho despertar a atenção da comunidade jurídica para a importância de uma regulamentação mais efetiva da matéria, o que finalmente possa viabilizar a real e justa defesa dos interesses coletivos em nosso ordenamento. ♦

³⁹ Apesar de todas as críticas que tecemos ao legislador, não gostaríamos de encerrar esse ensaio sem reconhecer, por dever de justiça, os nobres e admiráveis propósitos que nortearam sua atuação, sobretudo porque o Código de Defesa do Consumidor é um marco inquestionável da evolução democrática brasileira, sendo certo ainda que a densidade e a modernidade do texto legal influenciou outros ordenamentos latino-americanos, como o argentino e o uruguaio, tendo ainda projetado seus reflexos sobre o entendimento do Supremo Tribunal de Justiça de Portugal, ao reconhecer que a lei portuguesa (artigo 1º da Lei nº 83/95) inclui a tutela dos direitos individuais homogêneos, como salienta Ada Pellegrini Grinover (GRINOVER, Ada Pellegrini. "Significado Social, Político e Jurídico da Tutela dos Interesses Difusos", *in Revista de Processo*, v. 97, ano 25, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 9/15, p. 14.

⁴⁰ PINHO, Humberto Dalia Bernardina de. *A Natureza Jurídica do Direito Individual Homogêneo e sua Tutela pelo Ministério Público como forma de Acesso à Justiça*, Rio de Janeiro: Forense, 2001.

Responsabilidade Civil dos Administradores de Instituições Financeiras

MAURICIO MOREIRA MENDONÇA DE MENEZES

*Professor do Programa Pós-Graduação Lato Sensu da Faculdade de Direito da UERJ.
Expositor Convidado na EMERJ. Advogado.*

1. Introdução

Há longo tempo, o tema que se propõe à exposição – *responsabilidade civil dos administradores de instituições financeiras* – vem sendo objeto de intensa discussão doutrinária, muito embora os argumentos apresentados na contemporaneidade permaneçam embasados em arcaicos postulados jurídicos, que no passado serviram para configurar, em sentido genérico, o dever de indenizar.

Particularmente, o debate sob enfoque se debruça sobre a interpretação do art. 39 e do art. 40, ambos da Lei nº 6.024/74, no seguinte teor:

“Art. 39. Os administradores e membros do Conselho Fiscal de instituições financeiras responderão, a qualquer tempo, salvo prescrição extintiva, pelos atos que tiverem praticado ou omissões em que houverem incorrido.”

“Art. 40. Os administradores de instituições financeiras respondem solidariamente pelas obrigações por elas assumidas durante sua gestão, até que se cumpram.

Parágrafo único. A responsabilidade solidária se circunscreverá ao montante dos prejuízos causados.”

O fato é que a explicação teórica desse regime específico de responsabilidade civil fora esboçada a partir de diploma legal editado no ano de 1946, cuja disciplina veio a ser substancialmente mantida pela legislação vigente.

Não obstante, é lícito afirmar que, no decorrer do século passado, alteraram-se tanto determinados conceitos jurídicos quanto o modo de aplicação das normas, em consequência da natural evolução da sociedade e do direito.

Com efeito, rompendo com dogmas antes consagrados pelo Código Civil de 1916, que foi pautado, como se sabe, em valores oitocentistas, novos princípios vieram a informar setores inteiros da vida social, sobretudo a partir da segunda metade do Século XX, impondo a releitura e “adequação” de tradicionais institutos jurídicos, tais como, o contrato, a família, a propri-

idade e, naquilo que nos interessa nesta oportunidade, o regime de responsabilização daquele que causa dano a outrem.

Nesse último aspecto, a responsabilidade civil *aquiliana*, regra geral no sistema codificado de 1916, disposta em seu art. 159, passou a ser excepcionada por casos em que a especialidade da situação impunha maior tutela da vítima, exigindo, por conseguinte, conduta mais cautelosa do agente. Consolida-se, assim, a Teoria do Risco e a responsabilidade objetiva, independente de culpa, consagrada por microssistemas legislativos, como, a título de ilustração, a Lei Antitruste (Lei n° 8.884/94) e o Código de Defesa do Consumidor (Lei n° 8.078/90).

Neste particular, o legislador do Novo Código Civil (Lei n° 10.406/2002), ao lidar com a responsabilidade objetiva, insere-a em dispositivo que ostenta contornos de cláusula geral, projetando-a sobre a conduta danosa praticada no exercício de atividade considerada como “de risco” (art. 927, parágrafo único¹). Cabe ao intérprete, pois, a tarefa de definir, caso a caso, se determinada atividade comporta ou não a qualificação de “arriscada”, ou, em outros termos, se traz em si a possibilidade de gerar perdas, qualquer que seja a conduta do agente.

Portanto, este ensaio tem por escopo reexaminar a responsabilidade civil dos administradores de instituições financeiras, considerando: (i) a natureza da atividade praticada por essas entidades e sua submissão a regime jurídico próprio; (ii) a origem e evolução legislativa e doutrinária sobre o tema; (iii) as atuais tendências, no que se refere aos princípios informativos da responsabilidade civil, para, enfim, concluir motivadamente pela aplicação da responsabilidade objetiva no caso vertente.

2. O regime jurídico especial das instituições financeiras

Há atividades que, exploradas economicamente, são direcionadas a toda coletividade, de modo a assumir grave relevância no meio social e despertar interesses privados, coletivos e difusos. Assim ocorre com a atividade bancária², que se propõe a lidar não apenas com a poupança popular, como também com vultosos capitais que advêm do setor produtivo de uma economia.

¹ “Art. 927. *Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.*”

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

² Entendida em seu sentido amplo, para designar a atividade praticada por instituição financeira, que, nos termos do art. 17, da Lei n° 4.595/64, abrange a coleta, intermediação, aplicação e administração de recursos.

Historicamente, a atividade bancária conheceu tempos de indiscutível sucesso com o desenvolvimento da economia creditória, principalmente a partir do Século XIX, com notável atuação na mobilização de riquezas, imprescindível para o fomento da atividade produtiva, gerando um ciclo de investimentos que acabou por acelerar o advento da Revolução Industrial.

Ainda nesse contexto, constatou-se que o colapso de uma instituição financeira poderia atingir proporções bem mais extensas que a insolvência de agente econômico de outra natureza.

Com efeito, em sendo a instituição financeira responsável pela guarda e mobilização de capitais, inclusive de terceiros, seu insucesso afeta diretamente o patrimônio de uma massa de indivíduos, intervindo decisivamente na oferta do crédito, seja pela desconfiança na “saúde financeira” de um sistema, seja pelo abalo patrimonial daqueles que são alcançados pelo infortúnio em questão.

Relatos empíricos a esse respeito demonstram os perniciosos efeitos gerados pela insolvência bancária, assim como sua amplitude, que se potencializa quando se tratam dos chamados “bancos de varejo”³, cujas estruturas são consubstanciadas em numerosa rede de agências, em continuado contato com a população.

No Brasil, o Poder Público, ainda no Império, se viu forçado a intervir diretamente na economia, decretando moratória na praça do Rio de Janeiro, por ocasião da insolvência da casa bancária J. A. Souto da Costa, em 1864. A título de ilustração, vale reproduzir trecho do Decreto Imperial nº 3.308, de 17.09.1864, impondo “*disposições extraordinárias durante a crise commercial*” em que se encontrava a economia carioca:

“Attendendo á summa gravidade da crise commercial, que domina actualmente a praça do Rio de Janeiro, perturba as transacções, paralyza todas as industrias do paiz, e póde abalar profundamente a ordem publica, e á necessidade que ha de prover de medidas promptas e efficazes, que não encontrarão na legislação em vigor, os perniciosos resultados que se temem de tão funesta occurrencia; Hei por bem, Conformando-me com o parecer unânime do Conselho de Estado, Decretar:

Art. 1º. Ficão suspensos, e prorrogados por sessenta dias, contados do dia 9 do corrente mez, os vencimentos das letras, notas promissórias, e quaesquer outros títulos commerciaes pagáveis na Corte, e Provincia do Rio de Janeiro; e também suspensos e prorrogados pelo

³ A expressão “bancos de varejo” vem sendo coloquialmente reservada para aquelas entidades que a doutrina classifica como bancos comerciais.

mesmo tempo os protestos, recursos em garantias, e precrições dos referidos títulos.

.....

Art. 3º. As fallencias dos banqueiros e casas bancarias ocorridas no prazo de que trata o art. 1º serão reguladas por um Decreto que o Governo expedirá."

Três dias após, o Governo Imperial estabeleceu normas especiais de liquidação forçada de estabelecimentos bancários (Decreto Imperial nº 3.309, de 20.09.1864), em razão de sua declarada "*multiplicidade de transações com o povo, pelas suas importantes relações com o Commercio e Agricultura, ra, e pela influencia que póde exercer sobre o credito e ordem publica*".

Muito embora já houvesse naquela época legislação a respeito do funcionamento dos bancos⁴, o fato é que o Decreto 3.309/1864 inaugurou no ordenamento brasileiro o regime especial de liquidação de entidades de natureza bancária, extravagante ao sistema falimentar disciplinado pela Parte Terceira, Título Primeiro, do Código Comercial.

Logo, o reconhecimento oficial das peculiaridades da atividade bancária e o conseqüente rigor no tratamento das entidades que a exercem têm justificativa histórica – no Brasil e em outros sistemas – pautada na relevância dessa atividade e em seu alcance social.

A partir do Século XX, a influência da indústria bancária nas relações patrimoniais privadas se intensificou drasticamente com as conquistas obtidas pela modernidade, sobretudo com a tecnologia, que trouxe avanços quase revolucionários nos meios de comunicação e que contribuiu para a concentração econômica e para a consolidação da economia de larga escala, conduzindo à instauração da sociedade de consumo e massificação das relações jurídicas.

Por conseguinte, o próprio Estado avocou a direção dessa atividade, usualmente levada a efeito por meio de Bancos Centrais, que igualmente controlam e fiscalizam as entidades de natureza financeira, inclusive para fins de autorizar seu funcionamento⁵.

⁴ Nesse sentido, a Lei nº 1.083, de 22.08.1860, dispunha sobre "os Bancos de emissão, meio circulante e diversas Companhias e Sociedades". Seu regulamento, Decreto nº 2.691, de 14.11.1860, inovou ao prever a possibilidade de decretação da quebra *ex officio* pela autoridade competente, considerada, para época, medida de expressivo avanço da intervenção estatal na atividade privada. Esse diploma regulamentar igualmente introduziu novo pressuposto para a caracterização da falência dos bancos - ao lado do requisito de cessação de pagamentos, previsto como regra geral no Código Comercial - pela fórmula da impontualidade do pagamento de obrigações, pressuposto apenas adotado, de modo genérico, pelo Decreto nº 917, editado bem posteriormente, em 1890.

⁵ No Brasil, o art. 18, da Lei nº 4.595/64 trata da autorização do Banco Central e do Poder Executivo, para o funcionamento de instituições financeiras, conforme sejam elas, respectivamente, brasileiras e estrangeiras.

Após a edição de diversos diplomas que trouxeram, de forma fragmentária e obscura, normas específicas para disciplinar a insolvência das instituições financeiras e a responsabilidade de seus administradores⁶, a Lei nº 6.024, de 13.03.1974, teve o mérito de consolidar a matéria, encontrando-se atualmente em vigor.

Em suma, bem se vê que se está diante de atividade econômica de caráter especialíssimo, não equiparável às demais atividades ordinariamente exercidas pelos demais agentes econômicos. A atividade financeira envolve significativos riscos, inerentes à administração do capital e do crédito, da volatilidade dos mercados financeiro e de capitais e que, portanto, exigem regime específico que venha a tutelar o crédito e, sobretudo, aquele que desembolsa seus valores para confiá-los a uma dessas entidades.

3. Responsabilidade dos administradores de instituições financeiras: primeiras considerações

3.1. Evolução histórica

Em uma primeira etapa histórica, a responsabilidade do administrador de sociedade comercial se fazia distinguir em razão do tipo jurídico societário, sendo irrelevante a natureza da atividade praticada em decorrência de seu objeto social.

Apenas a partir do quarto decênio do Século XX, o Poder Público passou a se preocupar com os administradores de instituições financeiras, editando normas a seu respeito, notadamente o Decreto-lei nº 9.328/46, sucedido pela Lei nº 1.808/53, pela Lei nº 4.595/64 e finalmente pela Lei nº 6.024/74, que dedica capítulo inteiro à matéria.

Com efeito, dispunha o art. 1º, do Decreto-lei nº 9.328/46:

“Art. 1º Respondem solidariamente pelas obrigações que a sociedade houver assumido durante a sua gestão, os bens dos diretores dos Bancos e Casas Bancárias sujeitas à liquidação extra-judicial, regulada no Decreto-lei nº 9.228, de 3 de maio de 1946, ou que solicitarem concordata ou forem declarados falidos, dentro de um ano a contar da vigência desta Lei, ainda que o seu capital seja constituído por ações.”

⁶ Sobre a matéria, merecem ser citados os seguintes normativos: Decreto nº 19.479/30, regulamentado pelo Decreto 19.634/31, que reimplantaram o sistema de liquidação forçada, rebatizada como liquidação extrajudicial; Dec.Lei nº 9.228/46, que determinou a aplicação da Lei de Falências, mas “fora de juízo”, sendo o liquidante nomeado pelo Ministro da Fazenda, diploma que foi posteriormente complementado pelo o Dec. Lei nº 9.346/46; Lei nº 4.595/65; Dec.Lei nº 48/66; Dec. Lei nº 685/69.

Portanto, o dispositivo acima transcrito instituiu novo regime de responsabilidade dos administradores de bancos e casas bancárias, bem distinto da regra geral prevista no direito brasileiro para administradores de sociedades comerciais, que poderiam ser responsabilizados por danos causados à sociedade ou aos sócios, segundo apurado em demanda judicial proposta por iniciativa destes.

Assim, até a edição do Decreto-lei nº 9.328/46, a responsabilidade em questão surgia quando o administrador causasse dano à sociedade ou a seus sócios, por culpa ou dolo, na prática de atos de gestão ou simplesmente por violação de lei ou do estatuto social⁷. Não se cogitava, pois, da responsabilidade desses administradores perante terceiros que houvessem contratado com a sociedade e que amargassem prejuízo em virtude de ato atribuível à conduta dos administradores.

Com o referido Decreto-lei, a regra geral de não responsabilização dos administradores pelas obrigações sociais ficava excepcionada, inclusive com a criação de vínculo de solidariedade entre todos que participassem da gestão de banco ou casa bancária submetida à liquidação extrajudicial, que houvesse pedido concordata ou sido declarada falida. É relevante registrar que essa responsabilidade não se destinava propriamente a ressarcir danos causados à sociedade, mas sim a satisfazer obrigações sociais, independentemente de culpa ou dolo e, a rigor, sem qualquer consideração quanto à relevância da conduta de cada administrador para o fracasso da entidade bancária.

Os efeitos nocivos da insolvência bancária e a necessidade de tutela da poupança popular – acima comentados – poderiam, *prima facie*, justificar esse severo quadro de responsabilização dos administradores pelas obrigações sociais, de forma ilimitada e subsidiária, à semelhança do regime do sócio da sociedade em nome coletivo, em desuso já naquela época.

Entretanto, a redação simplista do art. 1º, Decreto-lei nº 9.328/46, viria a gerar dificuldades de interpretação, seja pela perplexidade decorrente da imposição do novo regime, seja pela insegurança jurídica gerada por suas lacunas. Esse diploma foi duramente criticado pela doutrina, que o recebeu como arbitrário, não técnico e contraditório com nosso tradicional sistema

⁷ O art. 121, do Dec.lei nº 2.627/40, que regulava as sociedades anônimas, dispunha que os diretores não eram pessoalmente responsáveis pelas obrigações que *contraíssem* em nome da sociedade em virtude de ato regular de gestão, mas responderiam civilmente pelos prejuízos que causassem quando procedessem, dentro de suas atribuições, com culpa ou dolo, ou com violação da lei ou do estatuto. Essa disciplina foi mantida pelo art. 158, da Lei nº 6.404/76, cuja interpretação majoritária tende a considerar essa responsabilidade subjetiva, aplicando-se o instituto da culpa presumida nas hipóteses de violação de lei ou de estatuto.

de responsabilidade⁶. Posteriormente, a Lei nº 1.808/53 definiu com maior clareza essa responsabilidade especial dos administradores de bancos, na forma a seguir reproduzida:

"Art. 2º. Respondem solidariamente pelas obrigações assumidas pelos bancos e casas bancárias, durante sua gestão e até que elas se cumpram, os diretores e gerentes que procederem com culpa ou dolo, ainda que se trate de sociedades por ações ou de sociedade por cotas de responsabilidade limitada.

Parágrafo único. A responsabilidade se circunscreverá ao montante dos prejuízos causados, pela inobservância do disposto nesta lei, sempre que for possível fixá-la."

Logo, a Lei nº 1.808/53, embora mantendo a responsabilidade do administrador perante terceiros – diferente, pois, da regra geral prevista na lei societária – inseriu-a no regime da responsabilidade subjetiva, exigindo a comprovação da conduta culposa ou dolosa do agente.

A grande discussão que se travou naquele tempo foi a respeito do alcance da regra de solidariedade, cujas raízes haviam sido plantadas pelo Decreto-lei nº 9.328/46. Em virtude da tentativa de se responsabilizar indiscriminadamente administradores de entidades bancárias insolventes, foram solicitados pareceres de ilustrados juristas, para que manifestassem sua interpretação acerca do dispositivo acima transcrito.

O primeiro caso polêmico teve origem na liquidação extrajudicial do Banco Nacional Interamericano S.A. (1955), em cujo bojo se pretendeu responsabilizar administrador que, segundo alegado, não teve qualquer participação nas operações tidas como irregulares pela então Superintendência da Moeda e do Crédito - SUMOC. O cerne da discussão foi justamente evitar que se deturpasse o conceito de responsabilidade solidária, convolvendo-a em aleatória, a abranger qualquer um que participasse da gestão social durante o período em que assumidas obrigações não cumpridas pelo banco.

Nessa linha, o Prof. Trajano de Miranda Valverde subscreveu parecer no sentido de considerar a responsabilidade sempre individual, devendo-se apurar dolo ou culpa na conduta dos administradores. Segundo o jurista, a solidariedade surgiria em momento posterior, de composição do dano, vale

⁶ Em comentário ao art. 1º, Dec. Lei nº 9.328/46, Vicente Rão sustentou que: "o texto acima transcrito, visivelmente redigido de afogadilho, nem respeitava a linguagem jurídica, nem os princípios fundamentais de nosso direito em matéria de responsabilidade, pois, ao mesmo passo em que aludia à responsabilidade solidária dos bens e não dos diretores dos bancos e casas bancárias, não indicava os requisitos ou elementos constitutivos desta responsabilidade, parecendo querer excluir a apuração de dolo, ou culpa, que em nosso sistema jurídico constituem causas gerais do dever de reparação dos danos causados e só por disposição expressa de lei poderiam ser excluídas".

dizer, do cumprimento das obrigações não satisfeitas, oportunidade em que os culpados responderiam solidariamente, na hipótese de insuficiência do patrimônio social. Ratificando essa posição, e tendo em vista a redação do art. 3º, § 5º, da Lei nº 1.808/53⁹, Vicente Ráo acrescentou que “(...) a indicação minuciosa dos atos de dolo e de culpa (não simples, mas grave), pressupõe a nomeação dos diretores que os houverem praticado, para o efeito da apuração de sua responsabilidade individual, ou solidária, segundo a autoria caiba a um ou a vários, conjuntamente”.

Outro caso histórico, que provocou a manifestação de juristas de grande tomo, teve referência com a liquidação do Banco União do Brasil S.A. (1957), em que se pretendia responsabilizar determinado administrador em idêntica situação àquela antes mencionada. Naquela ocasião, nada menos que F. C. de San Tiago Dantas refutou incisivamente a chamada “responsabilidade coletiva”, valendo transcrever alguns trechos de sua construção:

“A responsabilidade de diretores de bancos e casas bancárias está definida na lei nº 1.808, que constitui direito especial em confronto com a Lei de Sociedades por Ações (...) É de notar que a solidariedade entre diretores, independentemente da boa ou má conduta de cada um, feriria um dos princípios básicos da ordem jurídica, que é o da incomunicabilidade da culpa (...) e que a interpretação correta do art. 2º, da lei 1.808 não permite estender à pessoa e aos bens de um diretor isento de culpa o vínculo de solidariedade passiva, que o mesmo artigo institui entre o banco e os diretores culpados.”

Visualiza-se nesse contexto que havia duas distintas preocupações da doutrina: (i) fixar a indispensabilidade do elemento subjetivo para a configuração do dever de reparação e; (ii) ressaltar a imprescindibilidade do nexo de causalidade, que deveria ser demonstrado ainda na fase de apuração dos ilícitos pela SUMOC, individualizando-se as práticas irregulares nos autos do inquérito administrativo. Observados esses requisitos, admitia-se a solidariedade entre administradores culpados, que assim responderiam subsidiariamente pelas obrigações sociais contraídas em sua gestão, uma vez exaurido o patrimônio da entidade bancária.

⁹ O aludido dispositivo tratava do inquérito administrativo para apuração de responsabilidade que deveria ser aberto e processo pela SUMOC, impondo que: “§ 5º *Ultimado o inquérito e transcorrido o prazo do parágrafo anterior, com ou sem defesa dos indicados, o diretor da Superintendência da Moeda e do Crédito o encerrará com um relatório, do qual constarão, em síntese, os fatos apurados, a situação do estabelecimento examinado, as causas da sua queda, o procedimento de seus gerentes e diretores nos últimos cinco anos, e, minuciosamente, os atos de dolo ou de culpa grave, bem como os respectivos efeitos em relação a situação do estabelecimento e as obrigações por ele assumidas, opinando sobre a sua responsabilidade nos termos desta Lei e, em caso afirmativo...*”

O sistema de responsabilidade subjetiva foi substancialmente modificado pela Lei nº 4.595/64, Lei de Reforma Bancária, cujo art. 42 conferiu nova redação ao art. 2º, da Lei nº 1.808/53, nos termos seguintes:

“Art. 42. O art. 2º, da Lei nº 1.808, de 7 de janeiro de 1953, terá a seguinte redação:

“Art. 2º Os diretores e gerentes das instituições financeiras respondem solidariamente pelas obrigações assumidas pelas mesmas durante sua gestão, até que elas se cumpram.

Parágrafo único. Havendo prejuízos, a responsabilidade solidária se circunscreverá ao respectivo montante.”

Conforme se constata, foi excluída do dispositivo legal a sentença “os diretores e gerentes que procederem com culpa ou dolo, ainda que se trate de sociedades por ações ou de sociedade por cotas de responsabilidade limitada”, a sugerir que o regime especial da responsabilidade de administradores de instituições financeiras tenha sido intencionalmente direcionado para a configuração do dever de reparação sem que fosse considerada a conduta culposa do agente.

Finalmente, a redação consagrada pela Lei nº 4.595/64 foi literalmente mantida pela Lei nº 6.024/74, que, consolidando a matéria, projetou a responsabilidade dos administradores de instituições financeiras em duas vertentes distintas, cada qual disposta, respectivamente, no art. 39 e no art. 40, ambos transcritos na introdução desse estudo.

Muito embora não seja a posição a ser defendida neste artigo, a doutrina majoritária vem interpretando o art. 39 à luz do regime geral de responsabilidade subjetiva do administrador de sociedade anônima, prevista no art. 158, da Lei nº 6.404/76, enquanto que o art. 40, segundo a maioria, disporia sobre o regime especial de responsabilização, excepcional e que ostenta características absolutamente distintas do anterior.

Passaremos, pois, a tratar da interpretação do art. 39 e do art. 40, da Lei nº 6.024/74, primeiramente para expor sucintamente a opinião da doutrina e, em seguida, para sugerir nossa colaboração, mediante a interpretação desse dispositivo à luz de princípios e tendências contemporâneas.

3.2. Posições da doutrina

Substancialmente, a doutrina se divide entre aqueles que consideram a responsabilidade sob estudo de natureza subjetiva (confirmando as teses levantadas por autores clássicos) e aqueles que pregam a responsabilidade objetiva dos administradores de instituições financeira.

Entre os que defendem a responsabilidade subjetiva, sobressai a opinião de **ARNOLDO WALD**, pela densidade de suas colocações, pautadas em

aspectos científicos e temperadas com inusitadas situações de fato, utilizadas pelo jurista para ilustrar seu convincente discurso. Entre os inúmeros trabalhos editados sobre o tema, merece ser citado o artigo publicado em obra coletiva¹⁰, no ano de 1999, no bojo do qual o autor examina o dever de reparar de que se trata à luz da atuação do Banco Central do Brasil, no que diz respeito à apuração de responsabilidades no âmbito do procedimento administrativo de intervenção ou liquidação extrajudicial de instituições financeiras.

Como disciplinado pela Lei nº 6.024/74, a caracterização da responsabilidade especial pressupõe a decretação pela autoridade monetária das medidas de intervenção ou liquidação extrajudicial da entidade financeira, com a conseqüente suspensão (no caso da intervenção) ou perda (no caso da liquidação) do mandato dos administradores (art. 50, Lei nº 6.024/74), os quais têm seus bens tornados automaticamente indisponíveis (art. 36, § 1º, Lei nº 6.024/74) e cujas atividades passam a ser objeto de investigação em sede de inquérito administrativo, presidido pelo Banco Central (art. 41, Lei nº 6.024/74).

Wald argumenta que o sistema de responsabilidade no Direito Brasileiro, fundado no art. 159, do Código Civil de 1916, repulsa a responsabilização sem culpa, que ficaria caracterizada na hipótese em tela pelo simples exercício de mandato administrativo em instituições financeiras. Continua o autor sustentando que a responsabilidade objetiva apenas pode ser aceita em situações especialíssimas, previstas em lei, nas quais há significativo interesse social. Afirma ainda que a responsabilidade do administrador de instituições financeiras é de natureza subjetiva desde que editado o primeiro diploma sobre a matéria e ressalta que ela segue o modelo previsto na Lei das Sociedades por Ações (Lei nº 6.404/76). Nesse sentido, o art. 39 e o art. 40, da Lei nº 6.024/74, devem ser interpretados sistematicamente: referindo-se o art. 39 a atos e omissões dos administradores, deve-se entender que a responsabilidade pelas "*obrigações assumidas durante sua gestão*" pressupõe que tais obrigações sejam decorrentes dos atos e omissões do administrador responsabilizado. A procedência dessa sustentação, segundo WALD, pode ser demonstrada pela "limitação da responsabilidade aos prejuízos causados", imposta pelo parágrafo único do art. 40, de modo que os prejuízos ali referidos só poderiam ser entendidos como causados à entidade financeira (e não a terceiros!) pelos atos e omissões do administrador.

¹⁰ O descabimento da indisponibilidade dos bens dos ex-administradores de instituição financeira em liquidação extrajudicial, quando o inquérito realizado pelo Banco Central não apura nexos causais entre a conduta e o prejuízo. *Intervenção e Liquidação Extrajudicial no Sistema Financeiro Nacional, 25 anos da Lei 6.024/74*, organizado por Jairo Saddi. Editora Texto Novo, São Paulo, 1999.

A isso se acrescentaria, segundo o citado autor, a determinação legal de investigação e apuração da responsabilidade pelo Banco Central, o que induziria à obrigatoriedade de individuação da culpa no caso concreto, para que, após concluído o inquérito, apenas os bens dos administradores considerados "culpados" fossem atingidos pela medida de arresto promovida pelo Ministério Público, com base no relatório final do inquérito (art. 45, Lei nº 6.024/74). Não obstante, Wald faz críticas à Comissão de Inquérito do Banco Central, que, segundo alega, não atentaria para as finalidades do procedimento previsto nos arts. 41 a 44, da Lei nº 6.024/74, deixando de examinar o mérito da defesa apresentada pelo indiciado e não instaurando o contraditório no processo administrativo, sob a justificativa de que caberia ao Judiciário o aprofundamento da questão¹¹. Disso resulta que o relatório conclusivo do inquérito se limitaria a indicar o nome dos administradores, sem apontar aqueles que devam ser demandados por responsabilidade (art. 46, Lei nº 6.024/74), cujos bens deveriam ser preventivamente arrestados.

Wald termina sua extensa exposição suscitando a não receptividade da Lei nº 6.024/74 pela Constituição Federal de 1988, tendo em vista que permite a privação dos bens de uma pessoa sem o devido processo legal e sem que seja demonstrada a causa legitimadora dessa medida, de modo que a indisponibilidade desses bens (*a priori* justificável, já que na ocasião em que decretada a intervenção ou liquidação não há como individual responsabilidades) estende-se, em virtude do arresto, pelos longos anos de tramitação da ação de responsabilidade e até seu julgamento, gerando injustificável dano moral e patrimonial ao demandado, sobretudo se ao final do feito restar comprovado que ele (administrador) nada teve a ver com os prejuízos eventualmente sofridos pela entidade financeira.

Alinham-se à posição de Arnoldo Wald juristas de indiscutível brilhantismo, valendo pontuar os nomes de Rubens Requião e Bulhões Pedreira.

Adotam a corrente da responsabilidade objetiva, dentre outros, Haroldo Malheiros Duclerc Verçosa, Paulo Fernando Campos Salles Toledo, Mauro Brandão Lopes, Newton de Lucca e George Coelho de Souza.

Verçosa sustenta, em artigo de doutrina, não mais existir dúvidas de que o art. 40, da Lei nº 6.024/74, estabeleceu um modelo de responsabilidade objetiva a recair sobre o administrador de instituição financeira sujeita a regime especial. Nesse sentido, não se deve cogitar da ligação entre os artigos 39 e 40 daquele diploma, vez que a independência desses dispositi-

¹¹ Portanto, ao arripio da Constituição Federal, art. 5º, LIV e LV, e da Lei nº 9.784/99, que disciplina o processo administrativo no âmbito da União e impõe sejam observados os princípios do contraditório e da ampla defesa (art. 2º), obrigando a Administração Pública a examinar a defesa do administrado e sobre ela emitir decisão conclusiva (art. 48).

vos fica demonstrada pela distinção entre os sujeitos passivos referidos em cada um deles. Seguindo esse raciocínio, o art. 39, com alegada origem na responsabilidade civil do administrador de sociedade anônima (Lei nº 6.404, art. 158), enseja o ressarcimento à entidade financeira pelos prejuízos causados por culpa ou dolo do administrador, enquanto que o art. 40 impõe a responsabilidade solidária de administradores pelas obrigações assumidas pela instituição financeira durante sua gestão, até seu efetivo adimplemento. O jurista, que estudou o tema em tese de doutoramento¹², aduz que o rigor desse regime de responsabilização ostenta, por um lado, caráter preventivo, exigindo do administrador o máximo de diligência com vistas a evitar a assunção pela instituição de riscos atípicos, e, por outro lado, função repressiva, impondo amplo dever de indenizar os prejuízos causados.

As teorias construídas pelos autores que defendem a objetivação da responsabilidade apresentam certas nuances que são respeitantes, em determinados casos, ao fundamento da responsabilidade e, em outros, à extensão dessa responsabilidade. Muito embora não seja o propósito desta exposição comparar detalhadamente as particularidades daquelas construções doutrinárias, é de se registrar a opinião de NEWTON DE LUCCA, para quem o conceito de "prejuízos causados" (art. 40, parágrafo único, Lei nº 6.024/74) abrange "os danos causados pelo administrador à empresa" (e não, pois, a terceiro), por qualquer ato seu, comissivo ou omissivo¹³.

Esta é, em linhas gerais, a colaboração da doutrina recente com relação ao tema que se desenvolve neste ensaio.

Como se vê, há ponderações não ainda consideradas pelos doutores que se propuseram a estudar e escrever sobre a matéria, sobretudo aquelas decorrentes do processo de evolução da teoria da responsabilidade civil, cujos aspectos mais relevantes serão tratados nas linhas a seguir articuladas.

¹² "Responsabilidade civil especial dos administradores e controladores de instituições financeiras, e a responsabilidade de outras pessoas a elas relacionadas, nos regimes extraordinários do direito brasileiro: um estudo de *iure constituto* e de *lege ferenda*", São Paulo, 1990. Tese defendida na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, em 03.06.1990, sob a orientação de Fábio Konder Comparato.

¹³ Sustenta NEWTON DE LUCCA, em artigo de doutrina, publicado na *Revista de Direito Mercantil*, nº 67, p. 32/38, que: "Com efeito, sempre sustentei em minha militância profissional sobre a matéria que a expressão "prejuízo causado" constante do parágrafo único do art. 40, somente poderia ser adequadamente interpretada, se por ela se entendesse que se cuidaria, na hipótese, de prejuízos causados pelo administrador à empresa. Parece-me certo que o parágrafo único do art. 40, ao estabelecer que a responsabilidade solidária se circunscreverá ao montante dos prejuízos causados, não teria abandonado o princípio segundo o qual deve necessariamente existir o nexo de causalidade entre a ação do administrador e o prejuízo efetivamente apurado, vale dizer, há que existir uma correlação, em nível ontológico, entre o ato omissivo ou comissivo praticado pelo administrador e o dano que lhe seja imputável."

4. Breves comentários acerca da evolução da responsabilidade civil

Segundo anota Gustavo Tepedino¹⁴, a idéia de responsabilidade civil relacionava-se com o princípio elementar de que o dano, causado pelo descumprimento de dever jurídico, deve ser reparado.

Historicamente fundada no nexu corporal entre o ofensor e o ofendido, a responsabilidade civil teve seu campo de incidência limitado à esfera patrimonial, sobretudo a partir da Lex Poetela Papilia (326 a.C.), construindo-se, a partir desta etapa, o embasamento teórico que viria, mais tarde, ser recebido por Beviláqua quando da elaboração de seu Anteprojeto de Código Civil Brasileiro.

Assim, o art. 159, do Código Civil Brasileiro de 1916, consagrou a responsabilidade civil subjetiva como regra geral do sistema privado, a legitimar a reparação contra todos os atos culposos que causassem dano. Em pouco tempo, constatou-se a insuficiência daquele conceito subjetivista, diante da complexidade da realidade socioeconômica.

Principalmente pela obra jurisprudencial, acolheu-se a expansão da responsabilidade subjetiva para que fosse admitida a presunção de culpa do agente. Em momento posterior e em face das crescentes demandas sociais advindas com a industrialização e formação da sociedade de massa, o legislador consagrou hipóteses especialíssimas em que a responsabilidade poderia restar caracterizada independentemente da conduta culposa do autor do dano, associando a reparação do dano não propriamente à qualidade dessa conduta, mas sim ao risco provocado pela atividade da qual resultou o dano.

Nesse escopo, procurou-se vincular os danos decorrentes da atividade produtiva aos riscos empresariais, poupando as vítimas da difícil tarefa de provar, nas lides forenses, a atuação culposa do agente. Uma primeira causa do progresso da responsabilidade foi, portanto, de ordem social e de ordem científica e mecânica.

Ensina Louis Josserand¹⁵ que *"quanto mais o homem está em perigo, tanto mais experimenta a necessidade de ser protegido pelo legislador ou pelo juiz, de poder identificar um responsável; o desdobramento da responsabilidade é assim função da insegurança e a fórmula viver perigosamente atrai fatalmente uma outra que lhe constitui a réplica e a sanção: responder pelos nossos atos"*.

Inicialmente, a responsabilidade civil objetiva circunscreveu-se aos acidentes de trabalho, desenvolvendo-se mais tarde para abranger outros

¹⁴ "A Evolução da Responsabilidade Civil no Direito Brasileiro e suas Controvérsias na Atividade Estatal". *Temas de Direito Civil*, p. 173/197, 2ª Edição, Renovar.

¹⁵ "Evolução da Responsabilidade Civil", *Revista Forense*, v. 86, p. 52 e ss.

setores da atividade econômica, na linha de atribuir o dever de reparação àquele que, por auferir lucros mais significativos na realização de empreendimentos considerados de maior risco, deveriam assumir, com a mesma intensidade, os resultados dos infortúnios causados pela atividade, dando origem, assim, à chamada Teoria do Risco¹⁶.

Com efeito, assinala Tepedino que, nos últimos cinquenta anos, firmou-se a tendência legislativa que tem transformado a dogmática da responsabilidade civil em todo o mundo, promovendo, na Europa, inúmeras leis disciplinadoras da responsabilidade civil e, nos Estados Unidos, a abertura do caminho para universalização do seguro social, numa tendência de securitização das atividades produtivas.

Há certo consenso na doutrina no sentido de que não se pode legitimar a chamada Teoria do Risco Integral, que considera a responsabilidade em seu mais alto grau de objetivação, sem maiores perquirições em torno das causas do dano. Há assim necessidade de compreender as causas de exclusão de responsabilidade, como elemento de desconstituição do nexos causal, sempre levando em conta a atividade e o dano, sendo portanto desinfluentes os aspectos internos (ou subjetivos) da conduta do agente.

Regis Fichtner Pereira, em tese que lhe conferiu o título de Doutor¹⁷, corrobora as afirmativas acima registradas, lecionando que a tendência mais moderna de responsabilidade civil extracontratual tem sido a de deixar de identificar a culpa como fundamento central do dever de indenizar, não so-

¹⁶ Com relação à Teoria do Risco, volte-se a citar a lição clássica de JOSSERRAND, nos termos adiante transcritos: "(...) Quem, dos nossos dias, admitiria que um operário, vítima dum acidente cuja causa é desconhecida, ficasse sem reparação e que a miséria e a fome se instalassem em seu lar? Ninguém, tenho a certeza. Temos sede de justiça, isto é, de equilíbrio jurídico, e, quando acontece um desastre, procuramos logo o responsável; queremos que haja um responsável; não aceitamos mais, docilmente, os golpes do destino, e, sim, pretendemos determinar a incidência definitiva. Ou, se o quiserem, o acidente não nos aparece mais como coisa do destino, mas como ato, direto ou indireto, do homem (...) não convém admitir que somos responsáveis não somente por nossos atos culposos, mas pelos nossos atos pura e simplesmente, pelo menos, bem entendido, se causaram um dano injusto, anormal a outrem? O fazedor de atos, como dizem os americanos, não deve ser responsável por seus atos? Problema capital, que é o da objetivação da responsabilidade, da substituição do ponto de vista subjetivo pelo ponto de vista objetivo, da noção de culpa pela do risco. Por essa concepção nova, quem cria um risco deve, se esse risco vem a verificar-se à custa de outrem, suportar suas consequências, abstração feita de qualquer falta cometida (...) Isto não é dizer que a velha teoria da culpa aquiliana esteja condenada, mas que sua insuficiência é certa e se acusa cada vez mais. A responsabilidade moderna comporta dois pólos, o pólo objetivo, onde reina o risco criado e o pólo subjetivo, onde triunfa a culpa; é em torno desses dois pólos que gira a vasta teoria da responsabilidade."

¹⁷ "A Responsabilidade Civil Pré-Contratual. Teoria Geral e Responsabilidade pela Ruptura das Negociações Contratuals", Editora Renovar, 2001.

mente em situações em que ocorre a prática de atividades perigosas, mas em todas as situações em que alguém sofre um dano por fato de outrem, de modo a substituir a concepção de culpa pela noção de dano injusto.

Nesta ordem de raciocínio, a *“colocação da idéia de dano injusto no centro do sistema - ensina o citado jurista – leva a uma reavaliação do princípio do **alterum non laedere**, que classicamente era entendido como a proibição de um comportamento culposo, contrário a um direito ou interesse protegido da vítima”*. Logo, o conceito de dano injusto leva à conclusão de que o dever de indenizar surge quando venha a ser perpetrada violação a um direito ou interesse juridicamente protegido da vítima, desde que tal lesão não possa ser justificada por um direito ou interesse superior, ostentado pelo causador do dano. Impõe-se, assim, no caso concreto, a investigação, dentro do ordenamento, a respeito da relevância jurídica dos interesses em jogo, contrapondo-os à luz dos princípios fundamentais da ordem jurídica, sobretudo aqueles previstos na Constituição Federal, nomeadamente os princípios da solidariedade social e da justiça social (art. 3º, I e III, C.F.), tendo como paradigma maior o princípio da dignidade da pessoa humana, fundamento da República (art. 1º, C.F.)¹⁸.

Por fim, vale reiterar os comentários realizados nas notas introdutórias acima declinadas, no sentido de que o Direito Privado Brasileiro, pelo parágrafo único do art. 927, do Novo Código Civil (Lei nº 10.406/2002), acolheu, de certa forma, a Teoria do Risco, impondo o dever de indenizar àquele que assume atividade geradora de situações perigosas. A cláusula geral do art. 927 pode perfeitamente ser interpretada à luz do conceito de dano de injusto e dos valores presentes na atual ordem jurídica, permitindo ao aplicador do Direito a apropriada composição de danos.

¹⁸ Segundo conclui REGIS FICHTNER PEREIRA, na obra citada, p. 40, “A mudança de método e perspectiva da investigação do dever de reparar o dano, da noção de culpa, para a noção de dano injusto, faz com que a questão deixe de ser analisada sob o ponto de vista unilateral da atuação do causador do dano, se com culpa ou sem culpa, passando ela a ser analisada sob o ponto de vista do sopesamento da atuação de ambas as personagens do litígio. A investigação ou não do dever de indenizar passa necessariamente pela análise do comportamento das partes e do direito que deva preponderar, dentre os invocados pelos agentes envolvidos. A mudança de perspectiva quanto à investigação do dever de indenizar, da noção de culpa para a noção de dano injusto, pode ser um ponto de partida para a harmonização da doutrina da responsabilidade civil extracontratual com alguns princípios que embasam o sistema jurídico, tais como o princípio da solidariedade e o princípio do Estado Social, de sorte que a fixação do dever de indenizar passe por um exame valorativo dos interesses contrapostos”.

5. Panorama atual da responsabilidade do administrador de instituição financeira

A questão de se chegar à justa interpretação dos arts. 39 e 40, da Lei nº 6.024/74, deve ultrapassar, a um só tempo, tanto a discussão (infindável) acerca do sentido literal de sua confusa redação, quanto a especulação acerca da pretensão legislativa de objetivar ou não a responsabilidade do administrador de instituição financeira.

Por tudo que se disse, impõe-se a adequação do conteúdo dos arts. 39 e 40, da Lei nº 6.024/74, aos valores presentes na realidade contemporânea, segundo os princípios que informam a responsabilidade civil no atual ordenamento jurídico (princípios da solidariedade social, da justiça social e da dignidade da pessoa).

Dentro deste método, o primeiro aspecto a considerar é a natureza da atividade financeira.

Não se pode admitir que a atividade financeira seja considerada um fim em si mesma. Desde as origens da economia creditória, a disponibilidade e circulação do crédito foram vistas como instrumentos para a potencialização da atividade produtiva. Com o tempo, a atividade financeira, de cunho acessório, expandiu seus domínios para alcançar a figura do consumidor, o qual, em última análise, vai fomentar cada vez mais a produção de bens e serviços, agora já em maior escala, a depender mais e mais do crédito que circula em dada economia, por intermédio, enfim, da atividade financeira.

Cria-se, pois, um complexo de relações, em que a atividade financeira, não obstante seja instrumental, assume elevada importância, pois a instauração dos vínculos entre os personagens - produtor, banqueiro e consumidor - cria uma situação de interdependência, de modo que se pode afirmar, com certa tranqüilidade, que o bom desenvolvimento de uma economia é medido pela saúde de seu sistema financeiro e por sua capacidade de mobilizar créditos, servindo à multiplicação de riquezas.

Se o produtor tem como lastro (ou riqueza) o resultado de sua atividade e se o consumidor tem, em regra, renda que lhe permita consumir, o banqueiro, por sua vez, centra sua atividade no recebimento e no empréstimo de numerário decorrente não de sua própria riqueza, mas sim dos ativos de seus clientes.

Logo, tendo em vista que a tomada e a concessão de crédito, bem como a administração de bens de terceiros, formam o conjunto da atividade fundamental da instituição financeira, fácil é concluir que ela está suscetível a no mínimo quatro modalidades de risco, que podem vir a comprometer não apenas seu patrimônio, como também o patrimônio daqueles com quem ela se relaciona: (i) risco pelo fato de receber em depósito ativos de propriedade de terceiros, assumindo assim a posição de devedora desses sujeitos; (ii) risco gerado por erros de avaliação de crédito daqueles que são financiados pela instituição (normalmente, os recursos desses financiamentos são captados pelos depósitos recebidos de clientes, administrados pela instituição financeira); (iii) riscos derivados das especulações travadas nos mercados financeiro e de capitais, sobretudo pela facilidade de sua manipulação e por sua forte sensibilidade a fatores de natureza vária, inclusive externos à própria atividade econômica; (iv) risco político, gerado pela internacionalização desses mercados.

Daí se pode afirmar que a Teoria do Risco, fruto da evolução do sistema de responsabilidade civil, positivada no atual ordenamento, deve servir para permitir a composição do dano gerado pela atividade financeira a produtores e consumidores, com os quais a instituição financeira contrata.

Particularmente, na hipótese de a instituição financeira se quedar em situação de insolvência, é lícito concluir que tais sujeitos (vítimas) podem não ter satisfeito seu direito à justa reparação, uma vez que, nesse caso, não haveria patrimônio suficiente para tal finalidade.

Esse quadro se agrava quando a situação deficitária se origina na má-administração da instituição financeira ou em reiteradas infrações à legislação e regulamentação bancárias, pressupostos gerais que podem conduzir à decretação pelo Banco Central da intervenção administrativa (art. 2º, I e II, da Lei nº 6.024/74), da liquidação extrajudicial (art. 15, I, “b”, “c”, “d”, da Lei nº 6.024/74) ou do Regime de Administração Especial Temporária (RAET, Decreto-lei nº 2.321/87).

Neste contexto, a Teoria do Risco deve necessariamente ser aplicada para permitir a responsabilização dos administradores que atuaram decididamente para a configuração da insolvência bancária, independentemente de prova de culpa ou dolo de sua conduta, bastando que se demonstre o nexo de causalidade entre os atos praticados em sua gestão e os prejuízos sofridos pela vítima.

Vale repetir aqui antiga lição doutrinária, no sentido de que a decretação da intervenção, da liquidação extrajudicial ou do Regime de Administração Especial Temporária (RAET, Dec. Lei 2321/87, art. 15 e art. 19¹⁹) pelo Banco Central é pressuposto para a direta responsabilização do administrador. Em outros casos de dano, quem responderá objetivamente será a própria entidade financeira, por força das disposições previstas no Código de Defesa do Consumidor (baseado, como se sabe, na Teoria do Risco).

Nessa linha, o art. 39 e o art. 40, da Lei nº 6.024/74, em momento algum exigem a demonstração de culpa para a configuração da responsabilidade desses administradores, o que permite adequá-los valorativamente ao ordenamento, interpretando-os de modo a admitir a objetivação da responsabilidade, que, em todo caso, será analisada circunstancialmente, segundo o conceito de dano injusto e à luz dos princípios constitucionais da solidariedade social, da justiça distributiva e da dignidade da pessoa²⁰.

Nessa perspectiva, fica claro que o art. 39 trata da responsabilidade do administrador perante a própria instituição financeira e que o art. 40 diz respeito à indenização devida pelo administrador faltoso a terceiros com quem a instituição financeira contratou e que tiveram seus direitos por esta inobservados.

¹⁹ *Art. 15. Decretado o regime de administração especial temporária, respondem solidariamente com os ex-administradores da instituição, pelas obrigações por esta assumidas, as pessoas naturais ou jurídicas que com ela mantenham vínculo de controle, independentemente da apuração de dolo ou culpa.*

(...)

§ 2º A responsabilidade solidária decorrente do vínculo de controle se circunscreve ao montante do passivo a descoberto da instituição, apurado em balanço que terá por data-base o dia da decretação do regime de que trata este Decreto-lei.

Art. 19. Aplicam-se à administração especial temporária regulada por este Decreto-lei as disposições da Lei nº 6.024, de 13 de março de 1974, que com ela não colidirem e, em especial, as medidas acautelatórias e promotoras da responsabilidade dos ex-administradores."

²⁰ A possibilidade de ponderação de interesses, segundo o conceito de dano injusto, vai permitir solucionar casos considerados problemáticos pela doutrina. Um exemplo é a hipótese de responsabilização do chamado "administrador empregado", consubstanciado na figura do profissional, que, por sua competência e dedicação, galga posições na estrutura administrativa da instituição financeira, chegando, como Diretor, ao topo dessa hierarquia. Nesse caso, há quem sustente que não seria justo comprometer o patrimônio desse profissional, construído ao longo de anos de trabalho, salvo seja cabalmente comprovada sua culpa com referência aos prejuízos resultantes da sujeição da entidade ao processo de intervenção, liquidação extrajudicial ou RAET. Valendo-se assim do conceito de dano injusto, pode-se fixar a medida da responsabilidade do "administrador empregado", limitando-a de acordo com as circunstâncias do caso concreto. Com isso, se evitaria a desgraça patrimonial desse profissional, sem que, no entanto, se afaste a natureza objetiva de sua responsabilidade.

Importante ressaltar, assim, que, não obstante a reparação a que se refere o art. 40 seja dirigida “aos prejuízos causados pelo descumprimento de obrigações assumidas”, a responsabilidade é extracontratual, vez que o administrador não contrata com terceiros em nome próprio, mas sim como órgão da entidade financeira.

Em qualquer caso, deve o Banco Central, nos autos do inquérito administrativo, disciplinado nos arts. 41 a 44, da Lei nº 6.024/74, apurar detidamente a responsabilidade de cada administrador, seja ele Diretor ou Conselheiro, para que fique caracterizada a causalidade entre os danos sofridos e os atos de gestão praticados por cada um deles, de modo que a solidariedade referida no *caput*, do art. 40, não seja convolada numa responsabilidade genérica e indiscriminada, o que feriria frontalmente os princípios que fundamentam o sistema de responsabilidade civil no Direito Brasileiro.

Dessa forma, devem ser individuados os danos diretamente originados no atos praticados pelos administradores, que serão solidários apenas com relação aos danos aos quais tenham efetivamente concorrido.

Em se tratando de responsabilidade perante terceiros, poderia parecer difícil quantificar os prejuízos passíveis de reparação pelos administradores. Entretanto, a tarefa pode ser facilitada pelo conceito de “passivo a descoberto” (ou seja, passivo que não pode vir a ser satisfeito pelos ativos monetários da própria instituição financeira), aludido no Decreto-lei nº 2.321/87 (art. 15, § 2º), a ser indicado em balanço patrimonial levantado pelo interventor (art. 11, “a”, da Lei nº 6.024/74), pelo liquidante (art. 21, da Lei nº 6.024/74) ou pelo Conselho Diretor, este último no caso do RAET (Decreto-lei 2.321/87), tendo como data-base aquela correspondente à data da decretação da medida administrativa pelo Banco Central.

As opiniões divergem quanto à forma de concepção do “passivo a descoberto”. Manoel Eugênio Marques Munhoz²¹ defende que não basta uma mera caracterização contábil, uma vez que o dano de que se trata resulta do inadimplemento de obrigações assumidas pela instituição financeira, devendo ser indicada, assim, a obrigação vencida e não paga, com vistas a vincular o administrador que “assumiu” tal obrigação em nome da entidade financeira.

Esse entendimento, muito embora seja bem razoável, poderia tornar inviável a responsabilização do administrador, sobretudo em instituições de larga dimensão, como os são os bancos de varejo, com milhares de contas de depósito, as quais, nesse caso, poderiam integrar o conceito de “passivo a descoberto”.

²¹ “Considerações em torno da responsabilidade civil dos administradores de instituições financeiras”. *Revista Trimestral de Direito Civil*, v. 3, p. 79 a 88.

Não se pode perder de vista que a responsabilidade do administrador, de que trata o art. 40, diz respeito à sua gestão. Portanto, essa responsabilidade vai abranger tanto os atos comissivos por ele praticados (geralmente, em se tratando de um Diretor, esses atos comissivos vão estar relacionados com contratações de vulto) quanto os atos omissivos, de forma que ele responda pelas obrigações não cumpridas e contratadas por gerentes e funcionários que lhe sejam subordinados (estas últimas obrigações são, na verdade, a maioria daquelas originadas em contratos de depósito bancário).

Portanto, não cabe individualizar no balanço patrimonial cada uma das operações financeiras contratadas e não pagas, tentando identificar, nesta etapa, para fins de responsabilização, o administrador que teria subscrito determinada contratação, mesmo porque, se assim fosse, o Conselheiro da instituição financeira, que não exerce função executiva, jamais poderia ser atingido por essa responsabilidade, ainda que dela tenha participado, profereindo em plena Reunião de Conselho de Administração voto a favor da contratação. E isso não pode ser admitido, já que a responsabilidade do administrador vai se projetar tanto no Diretor quanto no Conselheiro, observadas sempre as circunstâncias de cada caso, a fim de que não perca de vista o requisito da causalidade entre a conduta e o dano.

Em suma, a tarefa de individuação das responsabilidades, como acima já se disse, deverá ser realizada pela autoridade monetária, no âmbito de sua competência investigativa e nos autos do inquérito administrativo (arts. 41 a 44, da Lei nº 6.024/74), oportunidade em que, segundo VERÇOSA²², deverão ser averiguadas as operações que vieram a compor o passivo a descoberto, verificando em seguida as datas em que tais operações foram realizadas e identificando, por consequência, a gestão correspondente.

Enfim, a conclusão do Banco Central, após o regular desenvolvimento do inquérito, não é suficiente para a concretização da responsabilidade dos administradores, que vai depender da propositura de ação de responsabilidade pelo Ministério Público ou por qualquer credor (art. 46 e art. 48, da Lei nº 6.024/74). A indisponibilidade automática dos bens dos administradores, decorrente da decretação da medida administrativa pelo Banco Central, e o posterior arresto desses bens, promovido pelo Ministério Público (art. 45, da Lei nº 6.024/74), vão contribuir para a efetividade da reparação do dano, após proferida decisão judicial que venha a reconhecer o dever de indenizar, condenando nesse sentido o autor do dano.

²² Obra citada.

6. Conclusão

De tudo que se expôs, podem ser inferidas as seguintes conclusões:

(i) A atividade financeira ostenta caráter especialíssimo, não equiparável às demais atividades econômicas, suscetível a riscos que podem vir a comprometer não apenas o patrimônio da entidade financeira, como também o patrimônio daqueles com quem ela se relaciona.

(ii) A Teoria do Risco, fruto da evolução do conceito de responsabilidade civil, positivada no atual ordenamento, deve servir para permitir a composição do dano injusto gerado pela atividade financeira a produtores, consumidores ou, enfim, pessoas com as quais a instituição financeira contrata.

(iii) A decretação da intervenção, da liquidação extrajudicial ou do regime de administração especial temporária pelo Banco Central é pressuposto para a direta responsabilização do administrador. Em outros casos de dano, quem responderá objetivamente será a própria entidade financeira, por força das disposições previstas no Código de Defesa do Consumidor.

(iv) O art. 39 e o art. 40, da Lei nº 6.024/74, em momento algum exigem a demonstração de culpa para a configuração da responsabilidade desses administradores, o que permite adequá-los valorativamente ao ordenamento, interpretando-os de modo a admitir a objetivação da responsabilidade, que, em todo caso, será analisada circunstancialmente, segundo o conceito de dano injusto e à luz dos princípios constitucionais da solidariedade social, da justiça distributiva e da dignidade da pessoa.

(v) Deve o Banco Central, nos autos do inquérito administrativo, disciplinado nos arts. 41 a 44, da Lei nº 6.024/74, apurar detidamente a responsabilidade de cada administrador, seja ele Diretor ou Conselheiro, observado os princípios do contraditório e do devido processo legal, para que fique caracterizada a causalidade entre os danos sofridos e os atos de gestão (comissivos ou omissivos) praticados por cada um deles, de modo que a solidariedade referida no *caput*, do art. 40, da Lei nº 6.024/74, não seja convolada numa responsabilidade genérica e indiscriminada, o que feriria frontalmente os princípios que fundamentam o sistema de responsabilidade civil no Direito Brasileiro.

(vi) Os prejuízos referidos no parágrafo único do art. 40, da Lei nº 6.024/74, passíveis de reparação pelos administradores, devem corresponder ao chamado "passivo a descoberto", tratado no Decreto-lei nº 2.321/87 (art. 15, § 2º), indicado em balanço patrimonial levantado pelo interventor (art. 11, "a", da Lei nº 6.024/74), pelo liquidante (art. 21, da Lei nº 6.024/74) ou pelo Conselho Diretor, este último no caso do RAET (Decreto-lei nº 2.321/87), tendo como data-base aquela correspondente à data da decretação da medida administrativa pelo Banco Central. Assim, devem ser averiguadas as operações que vieram a compor o passivo a descoberto, verificando em seguida

as datas em que tais operações foram realizadas e identificando, por consequência, a gestão correspondente, com vistas a estabelecer o limite da responsabilidade do administrador que tenha concorrido para a produção do dano.

(vii) A responsabilidade dos administradores de instituições financeiras, a ser apurada e quantificada pelo Banco Central, está sujeita, em todo caso, à revisão judicial, realizada no bojo da ação de responsabilidade de que tratam o art. 46 e o art. 48, da Lei nº 6.024/74. ♦

Da dispensa de licitação na contratação de órgão ou entidade exploradora de atividade econômica

EDUARDO AZEREDO RODRIGUES

Procurador do Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro, advogado e professor da Universidade Salgado de Oliveira

1. Introdução

O presente estudo tem por objetivo analisar a possibilidade de contratação de entidade integrante da administração pública indireta de esferas federativas distintas, com dispensa de licitação, por aplicação do art. 24, VIII, da Lei nº 8.666/93, sendo a contratada, embora criada para tal fim específico, antes do advento daquele diploma legal, exploradora de atividade econômica.

As hipóteses nas quais é dispensável a realização de certame encontram-se abrangidas no dispositivo citado, dentre as quais aquela prevista em seu inciso VIII, *in verbis*:

"Art. 24. É dispensável a licitação:

[...]

VIII - para a aquisição, por pessoa jurídica de direito público interno, de bens produzidos ou serviços prestados por órgão ou entidade que integre a Administração Pública e que tenha sido criado para esse fim específico em data anterior à vigência desta Lei, desde que o preço contratado seja compatível com o praticado no mercado".

Com efeito, esse inciso preconiza hipótese de licitação dispensável para fins de aquisição, por pessoa jurídica de direito público interno, de bens ou serviços oferecidos por órgão ou entidade que integre a Administração Pública e que tenha sido criada para esse fim específico, em data anterior à vigência da Lei das Licitações, desde que o preço contratado seja compatível com o de mercado.

Não há entendimento pacífico no que toca à interpretação do referido dispositivo, caracterizando-se nítida divisão doutrinária e jurisprudencial acerca daquela norma.

JESSÉ TORRES PEREIRA JUNIOR¹ não hesita em reconhecer a possibilidade de contratação, com dispensa de licitação, tratando-se de paraestatal criada antes da vigência da Lei nº 8.666/93, desde que tenha sido constituída com o fim específico semelhante ao objeto contratado, inclusive na hipótese de distribuição de combustível.

No mesmo sentido, o Egrégio Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro já entendeu por bem, por ocasião da apreciação de ato de dispensa de licitação,² formalizado com base no art. 24, VIII, da Lei nº 8.666/93, conhecer e arquivar o processo.

Por outro lado, outra parte da doutrina entende que não é de ser dispensada a licitação nas hipóteses em que o órgão ou entidade, embora integrante da Administração Pública, exerça atividade econômica, em razão da disciplina constitucional vigente, principalmente após o advento da Emenda Constitucional nº 19/98, que, em um contexto de desestatização, modificou o § 1º do art. 173 da Carta da República nos seguintes termos:

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

§ 1º A lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, dispondo sobre:

{...}

II - a sujeição ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclu-

¹ *In Comentários à Lei das Licitações e Contratações da Administração Pública, Renovar, 5ª edição, p. 275: "A Lei nº 8.666/93 fez a hipótese do inciso VIII girar 180 graus ao tomar dispensável a licitação se: (a) o adquirente for pessoa jurídica de direito público interno (logo, a regra não se aplica às empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações públicas de direito privado na posição de adquirente); (b) o bem ou serviço objeto da aquisição for produzido por órgão (administração direta) ou entidade (administração indireta) integrante da Administração Pública;(c) o órgão ou a entidade fornecedor haja sido criado anteriormente à Lei nº 8.666/93 e com o fim específico de produzir aqueles bens ou serviços; (d) preço seja compatível com o que se encontre no mercado. Desde que atendidas estas últimas condições, podem ser contratados diretamente os bens ou serviços produzidos, por exemplo, por fundações e empresas públicas de assistência a ex-presidiários e menores carentes, seguradoras, distribuidoras de combustível e derivados, entre outras entidades da administração indireta".*

² Processo TCE-RJ nº 100.040-5/01. O mesmo entendimento foi declinado em votos proferidos nos autos dos processos TCE-RJ nº 104.842-7/00; 105.733-0/98; 107.242-7/99; 107.721-3/99; 110.495-9/99; 110.568-7/00; 112.752-4/00; 100.157-2/00; 103.041-8/00 (alguns com determinações).

sive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários”.

O referido dispositivo, em sintonia com o princípio da livre-iniciativa – um dos fundamentos sobre os quais foi erigido o nosso Estado Democrático de Direito, *ex vi* do art. 1º, IV, da Carta Magna – deixa estreme de dúvidas que o Estado, não obstante atue como agente normativo e regulador da economia,³ exercerá diretamente a atividade econômica, porém apenas excepcionalmente, nas hipóteses em que tal se mostre necessário aos imperativos da segurança nacional ou haja relevante interesse coletivo.

A partir de então, formaram-se dois entendimentos principais a respeito do aludido dispositivo.

JESSÉ TORRES PEREIRA JUNIOR,⁴ analisando a necessidade de realização de licitação pelas empresas públicas e sociedades de economia mista e fazendo uma interpretação conjugada dos arts. 22, XXVII, e 173, §1º, III, da Constituição Federal, pontuou a divergência que repousa sobre o último dispositivo legal, mormente após a reforma promovida pela Emenda Constitucional 19/98, concluindo o seu raciocínio no sentido de que todas as empresas públicas e sociedades de economia mista, quer prestem serviços públicos, quer explorem atividade econômica, estarão submetidas ao estatuto a que alude o §1º do art. 173 da Lei Maior.

Por outro lado, outra parte da doutrina, na qual se inserem MARÇAL JUSTEN FILHO, ANTONIO CARLOS CINTRA DO AMARAL e CELSO ANTONIO BANDEIRA DE MELLO, restringe o alcance do art. 173 da Carta da República às paraestatais que exercem atividades econômicas. O último publicista⁵ assevera:

³ Art. 174 da Constituição Federal.

⁴ *In Comentários à Lei das Licitações e Contratações da Administração Pública*, Renovar, 5ª edição, p. 21/27: “A doutrina já registra o confronto de interpretações discrepantes em pelo menos um ponto fundamental, qual seja o da abrangência da nova diretriz constitucional. A síntese é de ALICE GONZALEZ BORGES: “Uns vêem neste dispositivo, quando alude à ‘exploração de atividade econômica, de produção ou comercialização de bens ou prestação de serviços’, a abrangência, por esse estatuto jurídico, também das sociedades de economia mista e das empresas públicas que se destinem à prestação de serviços públicos... Outros – MARÇAL JUSTEN FILHO e ANTONIO CARLOS CINTRA DO AMARAL, que fazem parte da comissão de elaboração do projeto da nova lei – entendem que o estatuto jurídico do §1º do art. 173 somente disciplinará um tipo de empresa estatal: a destinada à exploração de atividade econômica, nas suas modalidades de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços. Não haveria lugar, pois, nesse estatuto jurídico, para as estatais destinadas à prestação de serviço público – que, entretanto, constituem a grande maioria atualmente existente no País...”

⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de “Licitação nas estatais em face da E.C. nº 19”. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, nº. 12, março, 2002. Disponível na Internet: <http://www.direitopublico.com.br>.

"... ocorre que o art. 173 e seu § 1º (ao qual se remete o artigo 22, XXVII) são perfeitamente explícitos em elucidar que o neles disposto está reportado única e exclusivamente a entidades exploradoras de atividade econômica. Veja-se. Diz o referido artigo: "Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei". Assim, é claro a todas as luzes que o preceito em causa não está a tratar da prestação de serviços públicos, que são atividades estatais por excelência, típicas do Poder Público, mas, pelo contrário, de exploração de atividade econômica, que, inversamente, por definição constitucional, é atividade dos particulares. Tanto isto é exato que o Estado só pode desenvolvê-la diretamente em hipóteses invulgares: quando acicatado por "imperativos da segurança nacional" ou por "relevante interesse coletivo" e, ainda assim, obedecida a prévia caracterização legal daquilo que como tal se deva entender".

Com efeito, e com a devida vênia que devo ao entendimento adotado pelo eminente Desembargador JESSÉ TORRES PEREIRA JUNIOR – o qual, registre-se, muito tem me auxiliado com sua valiosa obra sobre licitações e contratos administrativos no exercício de minhas atribuições na Corte de Contas do Estado do Rio de Janeiro –, penso que a tese acima sustentada é a que melhor se compatibiliza com as peculiaridades que ostentam as entidades da administração pública indireta que se prestam ao desempenho de atividades econômicas.

Foi justamente para acomodar ao regime jurídico pertinente às empresas públicas e sociedades de economia mista exploradoras de atividades econômicas, que visivelmente precisavam receber um tratamento diferente daquele conferido às prestadoras de serviços públicos, que o constituinte, por meio da Emenda Constitucional nº 19, determinou fosse estabelecido o estatuto jurídico daquelas paraestatais, por lei específica, sujeitando-as a regime próprio de direito privado.

O Pretório Excelso⁶ reconheceu a dicotomia entre o regime jurídico das paraestatais prestadoras de serviço público e o das exploradoras de atividade econômica, julgando a impenhorabilidade dos bens da ECT – Empresa de Correios e Telégrafos e estendendo à mesma os privilégios da fazenda pública, por se tratar de empresa pública federal que, não obstante explore atividade cujo conteúdo não deixa de ser econômico, presta serviço

⁶ RE 220.906-DF (Informativo nº 213 do STF. Dezembro de 2000. (Transcrições)).

público tipicamente estatal, cujo monopólio é da União, nos termos do art. 21, X, da Carta da República, escapando da incidência da norma do art. 173 que ressalvou, expressamente, os casos previstos na Constituição, como o tal. Vale trazer à baila a transcrição de parte daquele julgado:

“6. Dispõe o artigo 173, caput, da Carta Federal, que “ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei”. Em seu § 1º reza que “a empresa pública, a sociedade de economia mista e outras entidades que explorem atividade econômica sujeitam-se ao regime próprio das empresas privadas, inclusive quanto às obrigações trabalhistas e tributárias”. Daí não há como se inferir que seja dispensável a expedição de precatórios nas execuções contra empresas públicas que exerçam atividade tipicamente estatal.

7. Note-se que as empresas prestadoras de serviço público operam em setor próprio do Estado, no qual só podem atuar em decorrência de ato dele emanado. Assim, o fato de as empresas públicas, as sociedades de economia mista e outras entidades que explorem atividade econômica estarem sujeitas ao regime jurídico das empresas privadas não significa que a elas sejam equiparadas sem qualquer restrição. Veja-se, por exemplo, que, em face da norma constitucional, as empresas públicas somente podem admitir servidores mediante concurso público, vedada a acumulação de cargos. No entanto, tais limitações não se aplicam às empresas privadas.

8. Há ainda que se indagar quanto ao alcance da expressão “que explorem atividade econômica...”, contida no artigo 173, § 1º, da Constituição Federal. Preleciona José Afonso da Silva, in “Curso de Direito Constitucional Positivo”, 12ª Edição, Revista, 1996, págs. 732 e seguintes, que o tema da atuação do Estado no domínio econômico exige prévia distinção entre serviços públicos, especialmente os de conteúdo econômico e social, e atividades econômicas. Enquanto a atividade econômica se desenvolve no regime da livre iniciativa sob a orientação de administradores privados, o serviço público, dada sua natureza estatal, sujeita-se ao regime jurídico do direito público.

9. Conclui o eminente jurista que “a exploração dos serviços públicos por empresa estatal não se subordina às limitações do art. 173, que nada tem com eles, sendo certo que a empresa estatal prestadora daqueles e outros serviços públicos pode assumir formas diversas, não necessariamente sob o regime jurídico próprio das empresas pri-

vadas”, já que somente por lei e não pela via contratual os serviços são outorgados às estatais (CF, artigo 37, XIX). Assim, não se aplicam às empresas públicas, às sociedades de economia mista e a outras entidades estatais ou paraestatais que explorem serviços públicos a restrição contida no artigo 173, § 1º, da Constituição Federal, isto é, a submissão ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto às obrigações trabalhistas e tributárias, nem a vedação do gozo de privilégios fiscais não extensivos às do setor privado (CF, artigo 173, § 2º).

10. *A interferência do Estado na ordem econômica está consagrada nos artigos 173 e 174 da Constituição Federal: o próprio Estado, em casos excepcionais, atua empresarialmente no setor, mediante pessoas jurídicas instituídas por lei para tal fim; o Estado, como agente normativo e regulador, fiscaliza, incentiva e planeja a atividade econômica.*

11. *Desse modo, os princípios gerais que informam a distribuição de atividades entre o Estado e a iniciativa privada resultam dos princípios da participação estatal na economia e da subsidiariedade, em seus aspectos suplementar e complementar à iniciativa privada.*

12. *Em obediência a esses princípios a atividade econômica estatal exsurge nos serviços públicos, nos serviços públicos econômicos e nos de interesse geral, donde a possibilidade de o Estado (CF, artigo 173) monopolizar os serviços públicos específicos, os de interesse geral e ainda os econômicos, por motivo de segurança nacional ou relevante interesse coletivo. Vê-se, pois, que a legitimidade da participação do Estado na economia se fundamenta em três conceitos fundamentais: segurança nacional, serviço público econômico e interesse público”.*

No mesmo sentido, MARÇAL JUSTEN FILHO⁷ reconhece a sujeição das entidades exploradoras de atividade econômica ao regime jurídico de direito privado, na exata dicção do texto constitucional transcrito, destacando que o inciso VIII do art. 24 da Lei nº 8.666/93 não pode estender os seus efeitos nos contratos celebrados com os órgãos ou entidades da administração pública que prestem tais atividade, pois haveria ofensa ao regime jurídico de direito privado que lhes confere o inciso II do §1º do art. 173 da Carta Magna, violando os princípios da isonomia e da livre concorrência (este, princípio setorial que sustenta a ordem econômica).

⁷ *In Comentários à Lei das Licitações e Contratos Administrativos*, Dialética, 8ª edição, p. 248/249.

Outro aspecto deve ser considerado para o deslinde da questão *sub examen*, no que toca à atividade de exploração de petróleo e gás natural. A Lei nº 9.478/97, vindo a lume no mesmo contexto político-econômico em que se dava a reforma ao Programa Nacional de Desestatização, dispôs sobre a titularidade da União de monopolizar as referidas atividades, nos termos do art. 177 da Carta Magna, até então empreendida exclusivamente por meio do Conselho Nacional de Petróleo e da Petrobrás. Depois que a Emenda Constitucional nº 9 modificou o §1º do art. 177 da Constituição Federal, viabilizando a contratação, pela União, de estatais ou de empresas privadas para o fito de empreender o monopólio que lhe fora conferido pelo aludido dispositivo constitucional, a referida Lei nº 9.478/97 estatuiu, em seu art. 23, que as atividades de exploração, desenvolvimento e produção de petróleo e de gás natural passariam a ser exercidas mediante contratos de concessão, assegurando à Petrobrás os direitos sobre os campos que já se encontrassem efetivamente em produção.

Se até mesmo a atividade que outrora era exercida exclusivamente por paraestatal criada para tal fim tornou-se passível de delegação contratual, por meio de concessão, à atividade privada, não há que se reconhecer qualquer privilégio no que toca ao fornecimento de derivados de petróleo, a justificar a dispensa de licitação, ainda que tal entidade o tenha como seu objeto específico de atuação, e ainda que tenha sido criada antes da vigência da Lei nº 8.666/93.

2. Impossibilidade de aplicação do art. 24, VIII, da Lei nº 8.666/93 às contratações que envolvam diferentes esferas federativas

Não obstante opiniões em contrário, perfilho o entendimento segundo o qual é inviável aplicar-se o comentado art. 24, VIII, da Lei nº 8.666/93 para legitimar contratações diretas por determinada pessoa jurídica de direito público interno de órgão ou entidade integrante de outro ente federativo, no mesmo sentido em que foi sustentado pelo douto Ministério Público junto à Corte de Contas, em parecer⁸ exarado, em que se analisava a possibilidade

⁸ **Informativo Licitações e Contratos** – ILC, Zênite, 7/71/JAN de 2000. Doutrina/Parecer: *“A ‘contratação’ entre a pessoa da Administração direta e aquela da sua Administração indireta, especificamente constituída para realizar certas atividades, também não se sujeita à prévia licitação. Aplica-se o princípio consagrado no art. 24, inc. VIII da Lei nº 8.666. Isso significa, então, que o dispositivo apenas pode incidir na mesma órbita federativa. (...) Ele incide apenas quando a entidade da Administração indireta tiver sido criada com o fim específico de atuar em benefício da pessoa jurídica de direito público.”* Então, como verificado pela exposição do autor da obra **Comentários à Lei nº de Licitações e Contratos Administrativos**, somente caberia a invocação do artigo 24, inciso VIII, daquela lei, no caso de contratação na mesma órbita federativa, ou seja, entre União, estados, Distrito Federal, municípios, e suas entidades... Isso posto, entende este Ministério Público junto ao Tribunal de Contas pelo conhecimento desta consulta, e pela resposta no sentido da impossibilidade da contratação direta com a **PETROBRÁS DISTRIBUIDORA S.A.**, porque se trata de empresa que explora atividade econômica, em regime

de contratação, com dispensa de licitação, da Petrobrás, por pessoa jurídica de direito público diversa da União.

No mesmo sentido foi editada a súmula 001⁹ da Consultoria Zênite, com a seguinte ementa:

Dispensa de licitação com fundamento no art. 24, VIII, da Lei nº 8.666/93, só será válida se o órgão ou entidade a ser contratado for instrumento de atuação da própria pessoa jurídica de direito público interessada.

Com base no mesmo entendimento, indagada a respeito da possibilidade de aquisição direta de combustível, óleo diesel e derivados da Petrobrás, respondeu que, *em princípio, combustível, óleo diesel e derivados constituem objeto licitável, todavia, entidades da Administração Federal podem adquirir combustível diretamente da Petrobrás, dispensando a licitação com fundamento no art. 24, inciso VIII, da Lei nº 8.666/93.*¹⁰

DIÓGENES GASPARINI¹¹ não destoa desse entendimento, asseverando ainda que se embora pertencente à mesma pessoa federativa, o órgão ou entidade prestar serviços ou produzir bens para outrem, tratar-se-á de licitação indispensável, uma vez que a locução *“que tenha sido criado para tal fim específico”* no dispositivo em comento não comporta interpretação diferente, pena de retirar-se a vigência da mesma.

Por sua vez, o Egrégio Tribunal de Contas da União¹² não se afasta do entendimento sustentado. Em consulta formulada pelo Secretário de Controle Interno do STJ, o Ministério Público atuante naquela Corte de Contas verberou que *o art. 2º - caput da Lei 8.666/93 diz ser exigível a licitação quando a Administração contrata ‘com terceiros’. Ora, as várias entidades da mesma pessoa política não são terceiros em relação a ela ou em relação umas às outras. São, todas, integrantes da mesma Administração Pública. Pouco importa a personalidade própria de que dispõem: isso não as torna, para os fins da lei, estranhas ou distintas (‘terceiros’) da Administração que integram. Logo, se o ente paraestatal não é ‘terceiro’, sua contratação não está sujeita à licitação. A contrário senso deste raciocínio, uma paraestatal*

de concorrência direta com a iniciativa privada, devendo sujeitar-se ao regime próprio (artigo 173, § 1º, Constituição Federal), e porque o disposto no artigo 24, inciso VIII, da Lei nº 8.666/93, aplica-se apenas às contratações entre entidades da mesma órbita federativa (União, estados, Distrito Federal, municípios e suas empresas), mas não entre entidades das pessoas políticas de direito público interno.”

⁹ **Informativo Licitações e Contratos** – ILC, Zênite, 35/23/JAN de 1996. Súmulas.

¹⁰ **Informativo Licitações e Contratos** – ILC, Zênite, 449/16/JUN de 1995. Perguntas e Respostas.

¹¹ *In Direito Administrativo*, 4ª edição, 1995, Editora Saraiva, São Paulo, p. 310.

¹² Decisão 431/1997 – Plenário.

de outra esfera jurídica considera-se terceiro, submetendo-se à necessidade de concorrer com as demais por via de certame licitatório.

A mesma Corte de Contas, apreciando denúncia¹³ contra possíveis irregularidades cometidas por órgãos públicos na contratação direta da Petrobrás Distribuidoras S/A para fornecimento de combustíveis e derivados de petróleo, ressaltou que a aquisição de combustível sujeita-se ao processo licitatório previsto no art. 2º da Lei nº 8.666/93, não se aplicando ao caso a hipótese de dispensa de licitação prevista no inciso VIII do art. 24 da Lei nº 8.666/93.

O Departamento de Licitações, Contratos e Convênios do Tribunal de Contas do Estado de Santa Catarina divulgou a realização de licitação na modalidade Convite (CV 23/2002) para fornecimento de combustíveis para abastecimento dos veículos automotores daquela Corte para o ano de 2003, do que avulta o entendimento segundo o qual não há de se aplicar a dispensa¹⁴ *sub examen*.

3. Conclusão

De acordo com a linha de entendimento que venho desenvolvendo, concluo ser inviável a contratação direta por qualquer ente, com dispensa de licitação, de órgão ou entidade que explore atividade econômica, quando mais se cogite da possibilidade de que a contratação envolva pessoas jurídicas de diferentes órbitas federativas. ◆

¹³ Decisão 608/1999 – Plenário. Precedentes citados: Decisão n. 118/98 - 2ª Câmara (Ata 9/96); Decisão n. 253/97 - Plenário (Ata 16/97); Acórdão n. 29/99 - Plenário (Ata 11/99); Acórdão n. 56/99 - Plenário (Ata n. 19/99).

¹⁴ Para alguns, inexigibilidade.

Os Juizados Especiais Cíveis: Enfrentamentos e a sua real efetividade com a construção da cidadania

EDUARDO OBERG

Juiz de Direito Titular do IV Juizado Especial Cível da Comarca da Capital – RJ; Professor de Direito na EMERJ e na Faculdade de Direito da PUC/RJ

“Somos seres de carne e osso, seres vivos, engajados na aventura de viver. Existimos agindo, tomando decisões, fazendo escolhas, tomando iniciativas, trabalhando, utilizando na nossa atividade o imprescindível (embora precário) conhecimento disponível. É na prática, na realização dos nossos projetos, que checamos a justeza dos nossos pensamentos e a verdade dos conhecimentos em que nos apoiamos”.
Leandro Konder (A Questão da Ideologia, Companhia das Letras, 2002, página 261).

1) À GUIA DE INTRODUÇÃO

Desde a implantação dos Juizados Especiais Cíveis, cumprindo-se o determinado em norma constitucional (artigo 98, I, da Lei Maior), com a promulgação da Lei nº 9.099/95, avançou o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, acreditando nesta nova Justiça.

Agora, no momento histórico que ora se vive, há a necessidade de formalizar-se a discussão de muitos pontos críticos, dúvidas, controvérsias, tentando avaliar para onde é possível caminhar.

A implantação de um modelo econômico neoliberal, recheado de privatizações ocorridas em diversas estatais, diminuindo a atuação do Estado, trouxe conseqüências que desaguaram, explodiram, no colo do Poder Judiciário, sem que este tivesse sido chamado a opinar, vez que Poder Político constitucionalmente organizado.

Em conseqüência, seguindo o receituário clássico do FMI e seus agentes, as próprias empresas, privatizadas ou não, iniciaram profundo processo de reorganização, diminuindo o contato direto com o público alvo, passando a apostar no contato virtual, via telefone, internet e meios similares; ficaram os cidadãos e consumidores sem possibilidade de resolução de suas pendências com tais empresas, que representam a maior parte da economia

brasileira, criando verdadeiras cláusulas de barreira, que não apenas impedem o contato direto, como também dificultam futura possível prova a ser constituída ou apresentada em Juízo.

Passaram os Juizados a ser, literalmente, o primeiro balcão de atendimento respeitoso ao público em geral; o Judiciário substituiu, sem ter tal pretensão e tal função, os serviços de reclamação das empresas que atuavam como fornecedoras de produtos e serviços, principalmente concessionárias de serviços públicos, instituições financeiras e de crédito, além das grandes lojas de departamento espalhadas no Estado, bem como quaisquer outras empresas que “fugiam” dos seus clientes “reclamadores”.

Portanto, o crescimento da demanda nos Juizados Especiais Cíveis é, ao meu sentir, fruto não apenas de sua organização, informatização, investimento em pessoal, treinamento dos próprios Magistrados, mas, principalmente, do fato de que o cidadão não tinha mais para onde ir; os Juizados eram a válvula de escape para a consolidação da cidadania ainda perdida, a construir.

Parece-me incompleta a assertiva de que o crescimento e o desenvolvimento dos Juizados Cíveis é ainda decorrente de uma litigiosidade contida; tal volume de ações decorreu muito do desmantelamento do Estado, da Política Econômica concentracionista e desastrosa, sem compromisso com o desenvolvimento.

Isto é, esqueceram de avisar à população que o abarrotamento de ações que afluem ao Judiciário decorre do próprio agir da União, inclusive sendo ela também e principalmente parte, da atuação de um Legislativo que produz leis em profusão, sem técnica adequada, aliado ao comportamento empresarial, em sua maioria, descompromissado com o contorno de uma sociedade mais digna, solidária e humana.

Não se olvide, também, que passaram a ser discutidas nos Juizados Cíveis questões que não eram de consumo; problemas de vizinhança e condominiais; acidentes de trânsito; conflitos de toda espécie que, antes, não alcançavam o Judiciário.

A partir da brevíssima análise acima apontada, creio possível discutir e apresentar uma plêiade de propostas de atuação, com o objetivo de tornar os Juizados Cíveis mais céleres e eficientes, atendo-me às proposições de âmbito jurídico, analisando a aplicação da Lei nº 9.099/95, segundo a jurisprudência, em especial, no Estado do Rio de Janeiro.

Fundamental registrar que as posições jurídicas abaixo defendidas, em sua grande maioria, estão disciplinadas na Consolidação dos Enunciados Jurídicos Cíveis resultantes das discussões dos Encontros de Juizes de Juizados Especiais Cíveis e Turmas Recursais do Estado do Rio de Janeiro, inclusive no que ficou decidido no último Encontro ocorrido em maio de 2003.

2) A PRINCIPIOLOGIA A SER PRESTIGIADA

A aplicação da Lei nº 9.099/95 deve ocorrer, em princípio, já que abrange a maior gama de casos a serem julgados, em diálogo de fontes com o Código de Processo Civil, o Código Civil de 1916, o Código Civil de 2002 e a Lei nº 8.078/90; ou seja, estas normas devem ser aplicadas conjuntamente diante do caso concreto que se examina, sempre privilegiando os princípios constitucionais fundantes dispostos nos artigos 1º a 4º, da Lei Maior, além dos demais princípios que formam o núcleo intangível da Constituição, vez que cláusulas pétreas; tal moderno diálogo de fontes no sentido que aqui se utiliza foi desenvolvido por Erik Jayme, sempre citado e reverenciado pela Professora Cláudia Lima Marques.

Portanto, a Lei nº 9.099/95, como lei processual especial que é, afasta o Código de Processo Civil (CPC), que se utiliza subsidiariamente, sempre que a incidência do código processual geral afastar a lide dos princípios basilares colocados nos artigos 2º, 5º e 6º, da Lei nº 9.099/95; assim, rechaço a aplicação do CPC quando a sua incidência for prolongar a demanda no rito único de conhecimento concentradíssimo posto na Lei dos Juizados; logo, como singelo exemplo, possuindo a Lei nº 9.099/95 sistema recursal próprio, está afastado o sistema recursal colocado no CPC (não há Recurso Adesivo, não há Embargos Infringentes, não há Ação Rescisória, aqui com norma própria no artigo 59, da Lei nº 9.099/95, não há Agravo de Instrumento ou Retido, não se aplica o artigo 511, parágrafo 2º, do CPC, e assim por diante).

Os princípios norteadores da Lei nº 9.099/95, nos artigos 2º, 5º e 6º são corolários básicos a serem obrigatoriamente seguidos; em consequência, privilegia-se a oralidade, a simplicidade e a informalidade, buscando a economia processual com celeridade; logo, fica mitigado o princípio da inércia da jurisdição (artigos 2º e 262, do CPC), por força do disposto no artigo 5º, da Lei nº 9.099/95, que também privilegia o artigo 335, do CPC, e o artigo 7º, *caput*, da Lei nº 8.078/90, combinados em diálogo de fontes, com o significado supra-anotado. Vale dizer, o Juiz dirige o processo com mais liberdade, para conduzi-lo de forma a garantir a busca da verdade real; o julgador não fica inerte aguardando manifestação das partes; atua na produção da prova e busca a decisão ideal para cada caso, inclusive agindo de ofício, se for necessário (artigos 5º e 6º, da Lei nº 9.099/95 e artigos 130 e 131, do CPC).

Inexistirá, então, por exemplo, inépcia da inicial, em caminho que busca a deformalização do processo; o pedido inicial deve sofrer interpretação abrangente e teleológica, desde que respeitado o princípio da congruência (artigo 128 e 460, do CPC); em regra, desta forma, afasta-se qualquer atuar que aposte na formalidade burocraticamente processual.

E mais, a solução da lide deve ser buscada visando ao encontro da verdade real; não há julgamento por equidade, por interpretação *a contrario sensu* do disposto no artigo 25, da Lei nº 9.099/95; creio que o desfecho da lide deve ser apresentado anotando-se a solução mais justa e equânime que o caso requer e, somente depois, realizar-se o enquadramento legal competente.

Também cabível buscar os princípios gerais do direito, *in casu*, na Lei de Introdução do Código Civil, que são paradigmas eficientes; não se esquecendo ainda do artigo 126, do CPC, bem como do já referido artigo 7º, *caput*, da Lei nº 8.078/90, cláusula geral aberta contida na lei consumerista, a qual serve de válvula de oxigenação desta lei cogente, de ordem pública e interesse social, com o sistema jurídico em geral, desde que se esteja diante de relação de consumo, hipótese freqüente em sede de Juizados Cíveis.

Neste ponto, não se pode deixar de registrar, com relação aos artigos 5º e 6º, da Lei nº 9.099/95, a posição clássica e muito lúcida, como não poderia deixar de ser, de José Carlos Barbosa Moreira quando discorre sobre os poderes do Juiz, tratando dos artigos 125 a 131, do CPC, com especial atenção para o artigo 130, do CPC; o Desembargador indica que o Juiz deve dirigir o processo para a frente, com real atividade judicial, o que no direito norte-americano ficou conhecido como o *judicial activity*.

Note-se que tal atividade judicial (*managerial judge*) se concentra na Audiência de Instrução e Julgamento (AIJ), quando se trata, por óbvio, de Juizados Especiais Cíveis, pois todas as provas são produzidas até e na AIJ (artigos 28 e 33, da Lei nº 9.099/95); em princípio, o Juiz só tem contato com o processo, caso não haja incidente a apreciar, na AIJ; nesta é que se concentrará a sua atuação de maneira forte, verdadeiramente aplicando os artigos 2º, 5º e 6º, da Lei nº 9.099/95, como acima já referenciado.

Todos os incidentes são afastados, se possível, permitindo a decisão de mérito, com a entrega efetiva da prestação jurisdicional, conseguindo-se a efetividade e a instrumentalidade do processo.

De anotar-se que a incorporação dos princípios constitucionais postos no texto de 1988 é, então, parâmetro inarredável, privilegiando-se em todos os momentos a Constituição como força matriz de interpretação de todo o ordenamento jurídico em vigor.

Em conseqüência, na aplicação da lei, serão sempre princípios fundamentais aqueles que estão postos na Constituição Federal e que devem servir de paradigma para o atuar do Juiz. Acima de tudo, privilegia-se a cidadania e a dignidade da pessoa humana (artigo 1º, II e III, da Lei Maior). Além disso, constituem-se como objetivos fundamentais da República a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, erradicando a pobreza e a marginalização, reduzindo-se também as desigualdades sociais e regionais

(artigo 3º, I e III, da Lei Maior). A prevalência dos direitos humanos, a defesa da paz e a solução pacífica dos conflitos são princípios que regem as relações internacionais da nossa República (artigo 4º, II, VI e VII, da Lei Maior). Não são meras pretensões; serão parâmetros objetivos e certos que influenciarão todo o ordenamento jurídico; não poderá o Magistrado decidir sem verificar que tais princípios fundamentais são constitucionais, estando no topo do ordenamento jurídico e devem ter real efetividade, sob pena de fazer da Constituição letra morta.

Portanto, em havendo alguma antinomia na aplicação da lei no caso concreto, dever-se-á realizar a interpretação que favoreça a principiologia acima, inafastável, compulsória; entre duas normas que podem ser aplicadas no caso sob exame, escolhe o Julgador aquela que se aproxime do objetivo e dos princípios fundamentais fornecidos pela Constituição Federal.

3) EM TORNO DA COMPETÊNCIA EM SEDE DE JUIZADOS CÍVEIS

O critério relativo à competência nos Juizados Especiais Cíveis é opção do autor; em sendo competente o Juizado Cível, na forma da Lei nº 9.099/95, escolhe o autor se ajuíza a ação no Juizado ou na Justiça comum; a decisão é de quem propõe a demanda.

De plano, anoto, ainda, que não se aplica o CPC com relação às normas que tratam do valor a ser dado à causa; nos Juizados Cíveis, o valor da causa é a vantagem econômica que objetivamente se pleiteia no exato momento da propositura da ação; se houver alteração no decorrer da lide não haverá relevância.

O que deve ser considerado é que na distribuição da lide a vantagem econômica perseguida deve estar limitada ao teto legal, em qualquer tipo de obrigação (artigo 3º, I, da Lei nº 9.099/95); privilegia-se o princípio do artigo 87, do CPC, com aplicação bastante extensiva, incidindo, pois, o fenômeno processual da *perpetuatio jurisdictionis*, com as observações acima realizadas.

Não se aplica o artigo 290, do Código de Processo Civil: nas lides onde há prestação periódica, em contratos cativos de longa duração, em contratos de trato sucessivo, insista-se, não incidem, também, os artigos 259 e 260, do Código de Processo Civil; isto é, considerar-se-á apenas a vantagem econômica que o autor poderá obter no exato momento da propositura da ação.

Será o Juizado competente se a pretensão autoral não contiver vantagem econômica imediata ao reclamante; portanto, um pedido de declaração de nulidade de determinada cláusula contratual que se considera abusiva será possível nos Juizados Cíveis, caso não dê, de plano, vantagem eco-

nômica à parte autora superior à alçada. Veja-se a seguinte situação: determinado autor, portador do vírus HIV, é filiado a determinado plano de saúde, cujo contrato exclui a cobertura para o tratamento da doença em tela; o autor não desenvolveu ainda a doença, não pleiteia internação ou tratamento e deseja apenas que se declare nula a cláusula que exclui a cobertura pretendida; não há vantagem econômica em jogo; procedente o pedido e transitada em julgado a sentença, terá o autor contrato com o plano em questão, podendo usufruir do mesmo se vier a desenvolver a doença, pois não mais existe a exclusão da cobertura; não importará que, no futuro, a despesa tida pelo plano de saúde seja em muito superior ao teto legal; vale dizer: na hipótese, no momento da propositura da ação, o valor da causa seria apenas o valor da mensalidade contratada, que, por óbvio, é inferior à alçada fixada na lei (artigo 3º, I, da Lei nº 9.099/95).

A competência quanto ao valor está posta no artigo 3º, I, da Lei nº 9.099/95; caso o que se discuta seja superior à alçada, se o reclamante deseja continuar a demanda no Juizado, implicitamente, está renunciando à quantia que exceda o teto legal (artigo 3º, parágrafo 3º, da lei nº 9.099/95).

Considero que não é possível existir a "partição" dos pedidos de forma a permitir fixar a competência pelo valor; um exemplo: em uma determinada dívida bancária de R\$16.000,00 oriunda dos anos de 2001 e 2002, não seria passível de aceitação a propositura de duas ações, uma para o ano de 2001 e outra para o ano de 2002, objetivando discutir a legalidade de tal débito; tal prática condenável não é rara; entendo que, no caso, há deslealdade processual e litigância de má-fé (artigos 14 e 17, do CPC); em tais situações, os feitos devem ser reunidos e extintos com base no artigo 51, II, da Lei nº 9.099/95.

Todavia, aceito que, em função de determinado fato ocorrido em face de certo autor, possa este ajuizar duas ações em face do mesmo réu, sendo uma requerendo indenização por dano material no valor da alçada legal e outra pedindo indenização por dano moral também no valor do teto da lei; são ações distintas, com causas de pedir diferentes. Registro que tal posição é controvertida na jurisprudência.

Causas de menor complexidade são aquelas em que não se exige dilação probatória, em que não há necessidade de produção de prova técnica, pericial, sempre a critério do Juiz; o Magistrado é o Juiz de sua própria competência; a jurisprudência tem caminhado para ampliar a competência dos Juizados Cíveis entendendo, basicamente em matéria de consumo, que somente em casos muito peculiares haveria realmente a necessidade de perícia; no mais das vezes, trata-se de argumentação de defesa em singelas alegações desacompanhadas de qualquer esteio probatório; deve o Magistrado, seguindo a linha principiológica da Lei nº 9.099/95, buscar o enfrentamento do mérito para saber efetivamente o que ocorreu na vida, no caso concreto.

A causa pode ser comum em sede de Juizados Cíveis e se tornar de maior complexidade no decorrer da instrução, quando da Audiência de Instrução e Julgamento; o caso concreto dirá o que fazer; assim, é possível que matéria ordinária e passível de enfrentamento na forma da Lei nº 9.099/95, seja incompatível o julgamento do mérito diante da prova produzida; no caso, como sempre, extingue-se o processo sem exame do mérito (artigo 51, II, da Lei nº 9.099/95). Exemplo: a parte autora ajuíza ação em face de empresa, não reconhecendo determinada cobrança, dizendo que não possuía relação jurídica com o demandado; provavelmente, um fraudador utilizou os dados do reclamante; trata-se de fato do serviço (artigos 14 e 17, da Lei nº 8.078/90), respondendo a empresa pela teoria do risco do seu empreendimento; entretanto, na Audiência de Instrução e Julgamento, a empresa apresenta o contrato firmado, onde constam os dados corretos do autor e a assinatura aposta no pacto trazido é extremamente similar à do demandante; a causa se tornou complexa com a apresentação do contrato pelo réu, pois fica impossível para o Juiz decidir sem a realização da dilação probatória, com a devida prova pericial grafotécnica; note-se que a incompetência do Juizado dependerá das provas trazidas pela parte ré, que poderão indicar a necessidade da prova pericial; não bastará a mera alegação; impõe-se a apresentação de documentação que convença o Juiz da necessidade da perícia; cada caso será um caso específico a ser decidido.

A prova pericial só pode ser aceita se for o único meio de provar o que se pleiteia; ela não pode apenas ser conveniente; ela deve ser necessária e indispensável; havendo tal situação, será o Juizado incompetente, pois a causa será de maior complexidade.

Se a matéria em debate possuir rito próprio e específico no CPC, fica afastada a competência da Lei nº 9.099/95; assim, incabíveis nos Juizados, por exemplo, ações de prestação de contas, de exibição de documentos, de consignação, monitoria e qualquer outra que tenha rito separado na legislação processual geral e extravagante; também, considero não haver, em Juizados, medida cautelar, pois com rito próprio no CPC. Insisto, portanto, que na lei nº 9.099/95 só há um único rito de conhecimento, excluído qualquer outro. Atente-se, ainda, para as exclusões e opções apostas no artigo 3º, parágrafos 2º e 3º, da Lei nº 9.099/95.

Possível ainda a discussão de matéria locatícia em sede de Juizados; diga-se que não se aplicará o Código de Processo Civil para decidir-se o valor da causa; este será a vantagem econômica pretendida no momento da propositura da ação. Logo, comum ação de cobrança de alugueres; desfazimento do contrato de locação existente entre as partes e qualquer matéria decorrente da relação locatícia, desde que o que se pretenda na inicial não supere a alçada legal.

Só é legalmente possível o despejo para uso próprio (artigo 3º, III, da Lei nº 9.099/95), que seguirá o único rito de conhecimento da Lei nº 9.099/95, sem limite de alçada. Em todo esse tópico, ficam afastadas as regras processuais gerais e aquelas especiais contidas na Lei nº 8.245/91. Mais uma vez, mantida a regra especial processual expressa na Lei nº 9.099/95, afastadas as demais.

Aceitas as ações possessórias sobre bens imóveis de valor não superior à alçada legal (artigo 3º, IV, da Lei nº 9.099/95); também aqui incidirá o rito específico de conhecimento da Lei nº 9.099/95, rechaçando a lei processual geral.

Verifique-se, por outro lado, a competência quanto à matéria disposta no artigo 3º, II, da Lei nº 9.099/95; considero que tais matérias estarão limitadas pelo teto legal fixado no mesmo artigo 3º, I, da Lei nº 9.099/95.

A competência territorial é concorrente, na forma do artigo 4º, incisos I, II e III, e parágrafo único, da Lei nº 9.099/95; a escolha do juízo é do Autor, a seu critério, onde lhe for mais conveniente; em diálogo de fontes, em matéria de consumo, incide o artigo 101, I, da Lei nº 8.078/90.

Diferentemente do colocado no CPC, em sede de Juizados, a competência territorial é concorrente e absoluta, desde que proposta a ação em um dos Juizados possíveis, com as opções dadas pela lei, que são diversas, pensando na comodidade da parte autora.

Absoluta a competência, pode o Juiz, de ofício, extinguir o processo, sem qualquer provocação das partes (artigo 51, III, da Lei nº 9.099/95).

Aponte-se para o disposto no artigo 72, do novo Código Civil de 2002, que amplia a possibilidade da competência territorial colocada no artigo 4º, III, da Lei nº 9.099/95; não há competência territorial pelo endereço profissional da parte autora; agora, com a exceção do novel artigo 72, supra-anotado. Tal ampliação de incidência do artigo 4º, da Lei nº 9.099/95, ocorre, ainda, em função do comando do artigo 76 e seu parágrafo único, do novo Código Civil de 2002, que trata do domicílio dos funcionários públicos civis e militares, que possuem domicílio onde estiverem em exercício.

Tem-se vislumbrado problemas neste ponto; em caso de grandes instituições empresariais, que possuem estabelecimentos, filiais, agências, sucursais ou escritórios em todo o Estado, pode a parte autora escolher o Juizado onde proporá a demanda; por exemplo, o Autor possui domicílio em Teresópolis, o problema ocorreu em Cabo Frio e a ação foi proposta em Botafogo; não há impedimento legal, bastando que a parte ré possua agência ou estabelecimento, como coloca a lei, em quaisquer dos lugares referidos (artigo 4º, I, da Lei nº 9.099/95); insista-se que não há impedimento legal; todavia, constata-se que a parte pode, conhecendo a controvérsia

jurisprudencial a respeito do tema que se debaterá, escolher o Juiz que desejar, já sabendo de antemão, se for o caso, a posição adotada por aquele Magistrado, de acordo com a decisão judicial que almeja; há, ao meu sentir, uma violação ética da regra do Juiz natural, que tem patamar constitucional; legal a escolha do demandante, mas ética e moralmente discutível; poder-se-ia dizer que estaria havendo deslealdade processual (artigo 14, do CPC); agora, ainda, atentando-se para os princípios anotados nos artigos 113, 187, 421 e 422, do novo Código Civil de 2002, que são linhas mestras que devem ser incorporadas ao ordenamento jurídico pátrio, a partir da entrada em vigor do referido Código; para tanto, veja-se o disposto no artigo 2.035, do novo Código Civil de 2002.

Note-se que a aplicação da lei processual e do direito material ocorre dialeticamente, em diálogo de fontes, como ensina Erik Jayme. A divisão do direito nos dias que correm é apenas didática; o operador aplica o Direito e os seus princípios, estruturando o seu pensamento como já explicitado. Logo, a própria questão da competência, que é matéria processual, pode vir a ser decidida com a aplicação da norma de direito material que vá ser utilizada; as normas se combinam, dialogam, diante dos princípios que regem o ordenamento jurídico brasileiro (artigos 1 a 4, da Lei Maior), com as observações principiológicas que realizo no decorrer do presente texto.

Por economia processual, não há impedimento legal que diversas ações sejam propostas em uma única petição inicial; assim, por exemplo, o valor final do pedido poderá extrapolar a alçada legal. O exemplo: cinquenta passageiros de determinado voo decidem ajuizar ação em face da empresa de transporte aéreo em função do atraso de tal voo, pleiteando, cada um deles, indenização por danos morais, onde cada autor requer como *quantum* indenizatório a alçada legal; serão cinquenta autores em cinquenta ações com o mesmo pedido e a mesma causa de pedir; poderão ser propostas cinquenta ações; todavia, não há qualquer impossibilidade legal em se propor em uma única petição inicial, uma, as cinquenta ações; haverá uma única Audiência de Instrução e Julgamento e uma única sentença; o dispositivo poderá alcançar, em tese, a quantia de quarenta salários mínimos multiplicado pelo número de autores; um único dispositivo; na realidade, seriam cinquenta ações conexas propostas em petição una, visando a celeridade e a melhor entrega da prestação jurisdicional, evitando-se, também, decisões conflitantes (artigos 2º, 5º e 6º, da Lei nº 9.099/95).

Importante destacar com relação à competência, o problema relativo à conexão de ações (artigos 103 e seguintes, do CPC); pode também ocorrer continência (artigo 104, do CPC). Entretanto, registre-se que não há comunicação entre o sistema dos Juizados Especiais Cíveis e a Justiça Cível

comum; o sistema dos Juizados é um novo segmento da Justiça; logo, inexistente declínio de competência entre ações em curso nos Juizados e na Justiça comum. Portanto, a conexão ou a continência ocorrerão entre ações em andamento nos Juizados Especiais; fica prevento, como jurisprudencialmente vem se decidindo, o Juizado onde houver a distribuição da primeira ação; não incide o artigo 106, do CPC, pois, em regra, o Magistrado, em sede de Juizado, só terá o primeiro contato com o feito na Audiência de Instrução e Julgamento, caso não haja incidente anterior a decidir, como, por exemplo, um pedido de antecipação de tutela; várias ações conexas nos Juizados Cíveis, está prevento aquele onde houver a primeira distribuição. Não haverá conexão entre uma ação no Juizado Cível e outra na Justiça Cível comum, pois não há comunicação entre esses dois segmentos da Justiça; agir-se-á aqui da seguinte forma: se a ação no Juizado Especial tiver sido proposta após a distribuição da ação na Justiça Cível comum, deverá ser extinta a ação proposta no Juizado, na forma do artigo 51, II, da Lei nº 9.099/95; a parte discutirá o que deseja na ação primeira que foi proposta na Justiça comum; entretanto, se a ação no Juizado foi aquela distribuída em primeiro lugar, considero que a mesma deverá prosseguir; caso assim não se agisse, sempre que uma pessoa física, por exemplo, propusesse uma ação para discutir o valor de um débito em face de um banco, este ajuizaria, a seguir, a ação de cobrança respectiva na Justiça comum alegando a conexão. Decide-se de forma tal para não se aceitar manobra ou ardid das partes; a lealdade processual é básica (artigo 14, do CPC).

A fluência de multa cominatória, cujo montante supere a alçada legal, não interfere na competência quanto ao valor; o pedido é de R\$ 2.000,00, por exemplo, e a multa cominatória para qualquer tipo de descumprimento de obrigação de fazer, não fazer ou entregar coisa certa atingiu R\$ 20.000,00; o valor da causa será de R\$ 2.000,00; o valor atingido pela multa não influencia a competência do Juizado quanto ao valor.

Na execução por título judicial, o Juizado é competente para executar os seus próprios julgados (artigos 3º, parágrafo 1º, letra "a", e 52, *caput*, da Lei nº 9.099/95), mesmo que o valor ultrapasse a alçada legal; no exemplo anterior a execução seria no valor de R\$ 22.000,00, sendo competente o Juizado que proferiu a decisão; assim, irrelevante o valor da execução por título judicial exceder o teto legal; a matéria será debatida, se for o caso, em Embargos à Execução, relativo a excessividade da multa e não com relação ao excesso de alçada, que não há. Mantido o valor do teto legal na Execução de título extrajudicial (artigo 53, *caput*, da Lei nº 9.099/95).

4) AS PARTES E SUA REPRESENTAÇÃO

Incidem os artigos 8º e 9º, da Lei nº 9.099/95; inexistente intervenção de terceiro, admitindo-se o litisconsórcio (artigo 10, da Lei nº 9.099/95).

A presença das partes é obrigatória às audiências; não há representação; note-se que o artigo 9º, *caput*, da Lei nº 9.099/95, de maneira expressa, coloca que as partes comparecerão pessoalmente; se ficar provado que autor ou réu não podem comparecer à audiência, deverá o processo ser extinto sem exame do mérito (artigo 51, II, da Lei nº 9.099/95).

Por óbvio, as pessoas jurídicas comparecem com a representação legal cabível, trazendo os seus atos constitutivos e carta de preposto, se for o caso; a regularidade da representação deve estar de acordo até e na audiência; irregular a representação do réu na audiência, é o mesmo revel (artigos 9º, 20, 28 e 33, da Lei nº 9.099/95).

Possível figurar no pólo passivo a empresa em concordata ou em liquidação extrajudicial; cabível, na hipótese, a prolação da sentença de conhecimento; a execução é que deverá ser feita no Juízo competente; a parte autora já terá um título judicial, se procedente o pedido.

Note-se a impossibilidade de figurar no pólo ativo o cessionário de direito de pessoa jurídica; tal norma visa evitar a fraude à lei (artigo 8º, parágrafo 1º, da Lei nº 9.099/95), não permitindo, por exemplo, que qualquer empresa ceda o seu crédito a funcionário seu.

O artigo 8º, parágrafo 2º, da Lei nº 9.099/95, perdeu o sentido após a entrada em vigor do novo Código Civil de 2002, como colocado em seu artigo 5º, *caput*, pois, agora, a maioria se dá quando a pessoa completa dezoito anos.

A presença do advogado só é necessária na Audiência de Instrução e Julgamento, mesmo nas causas superiores a vinte salários mínimos; este o entendimento majoritário que se adota; nas causas inferiores a vinte salários mínimos, desnecessário o Advogado, a critério da parte; poderá o Juiz designar Advogado Dativo ou Defensor Público para a parte, dependendo da situação ou do caso; possível o mandato verbal (artigo 9º e parágrafos da Lei nº 9.099/95); o fundamental é o Juiz alertar a parte a respeito do que está ocorrendo, podendo o interessado, se desejar, constituir Advogado, o que levaria ao adiamento da Audiência de Instrução e Julgamento em andamento (artigo 9º, parágrafo 2º, da Lei nº 9.099/95).

A representação irregular ou a ausência de preposto implica em revelia (artigo 20, da Lei nº 9.099/95); a ausência de advogado, na Audiência de Instrução e Julgamento, implica em julgamento da lide "no estado"; a consequência na prática da vida poderá ser a mesma; todavia, são situações jurídicas distintas. Na Lei nº 9.099/95, a revelia significa ausência do réu; presente o preposto, não há revelia; ausente o advogado e não ofertada contestação, não há revelia; há julgamento da lide "no estado". Distinção clara e diferente do disposto no Código de Processo Civil, que fica afastado, neste caso, face à lei especial (Lei nº 9.099/95), que possui regra específica. Anoto que a posição em debate é conflitante na jurisprudência.

Não considero possível a cumulação da função de preposto e advogado (artigos 35, I e 36, II, da Lei nº 8.906/94, combinado com o artigo 23, do Código de Ética e disciplina da OAB); ressalto que o tema é controverso. Há também, inclusive, casos de impossibilidade lógica da acumulação, independente da questão jurídica; um exemplo: comparece a parte ré representada por advogado que é também o preposto, cumulando as funções; caso o Juiz pretenda o depoimento pessoal do autor, deve o réu se retirar da sala de audiências; estando o advogado cumulando as funções, vê-se que haverá, então, impossibilidade lógica na hipótese; a parte será revel ou a lide será julgada "no estado".

É controvertido se o preposto deve ou não ter vínculo empregatício com a empresa que representa; de início, considero necessário o vínculo em tela; todavia, deve se estar atento para não formalizar em demasia o procedimento; considerando-se necessário o vínculo, não tendo o preposto tal situação jurídica será a empresa ré revel (artigos 9º e 20, da Lei nº 9.099/95); a tendência que vislumbro adotar, no futuro, será não exigir o vínculo em questão; insisto aqui nos princípios do artigo 2º, da Lei nº 9.099/95; desde que a carta de preposto esteja firmada por quem tenha poderes para tal na estrutura da empresa.

As considerações acima podem ser superadas caso haja acordo entre as partes; nesta hipótese, privilegia-se a solução da lide (artigo 2º, da Lei nº 9.099/95); permite-se a regularização posterior do que for necessário, desde que juridicamente cabível, pois se está diante de direito disponível; assim se decide em função do artigo 57, da Lei nº 9.099/95; se é possível a homologação de qualquer acordo extrajudicial, seria agir de forma burocrática e estrita não permitir o acordo judicial desejado pelos litigantes; insista-se, possível a regularização caso não se viole norma cogente.

Veja-se, por oportuno, o colocado no artigo 11, da Lei nº 9.099/95; tal situação incide quando impetrado, por exemplo, Mandado de Segurança junto ao Conselho Recursal, havendo, então, a intervenção respectiva do *Parquet*.

Há equívoco na permissão para as microempresas figurarem no pólo ativo. A Lei nº 9.841/99, em seu artigo 38, permite que as microempresas possam figurar no pólo ativo da demanda em sede de Juizados Especiais Cíveis; foge ao espírito da lei, que deseja a pessoa natural e somente ela no pólo ativo (artigo 8º, da Lei nº 9.099/95); tal iniciativa legislativa não se justifica, permitindo um desvirtuamento da aplicação principiológica da lei; esta possibilidade tem inviabilizado alguns Juizados importantes; há notícia de que supostas pequenas empresas transferiram os seus departamentos de cobrança para os Juizados, onde não há custas e há gratuidade assegurada em lei (artigo 55, da Lei nº 9.099/95); o Juiz passa a ser o cobrador dos débitos da empresa em questão, com ônus social reconhecido, bancado

pelo Poder Judiciário; é injustificável e sem cabimento, seja político, seja social; cabe aos Magistrados em atuação nos Juizados controlarem de forma estrita o agir de tais empresas, verificando de forma objetiva e reta se as mesmas preenchem as condições legais para serem consideradas microempresas; eis aqui ponto que está a merecer alteração legislativa, revogando-se tal possibilidade. O documento que se exige para que a parte prove ser microempresa é a declaração firmada pelos sócios, com a chance-la da Junta Comercial, onde os representantes legais da empresa declaram que a receita bruta anual não excede R\$ 244.000,00 (duzentos e quarenta e quatro mil Reais), como disciplinado nos artigos 2º a 5º, da Lei nº 9.841/99 e artigos 4º e 5º, do decreto nº 3.474/2000; creio necessária a exigência, nos Juizados Cíveis, da atualização de tal declaração anualmente, com o intuito de aumentar o controle de admissibilidade da microempresa como parte autora, evitando burla à lei.

As pessoas formais não podem figurar no pólo ativo; aqui se realiza interpretação estrita do colocado no artigo 8º, da Lei nº 9.099/95; portanto, por exemplo, o condomínio, o espólio e os demais entes referidos no artigo 12, do CPC, não podem ser demandantes nos Juizados Cíveis. E, como réus, não poderão formular pedido contraposto, pois não podem ser autores, como comentarei a seguir.

5) O PEDIDO

A petição inicial não necessita possuir os requisitos do artigo 282, do CPC; incidem os artigos 14 a 17, da Lei nº 9.099/95; não há inépcia da inicial; o que se pleiteia pode ser explicitado de forma simples; mesmo sendo o pedido superior a vinte salários mínimos a inicial pode ser firmada apenas pelo autor, sem Advogado, cuja presença só será obrigatória na Audiência de Instrução e Julgamento; considera-se possível o aditamento à inicial; não há nos Juizados Cíveis o princípio da estabilização da lide (artigos 264 e 294, do CPC); a atuação do Juiz deve ser pautada pela economia processual; se o autor falta à audiência, o feito é extinto sem exame do mérito (artigo 51, I, da Lei nº 9.099/95); logo, se desejar aditar a inicial podem ocorrer duas possibilidades; o réu concorda e contesta oralmente o que foi aditado; caso não concorde com o aditamento, será a Audiência de Instrução e Julgamento adiada para que não haja cerceamento de defesa, aplicando-se, aqui, o artigo 277, do CPC, por analogia; ou seja, adiamento de, no mínimo, dez dias, de acordo com a pauta de cada Juizado; aceitar o aditamento evita a propositura de nova ação; inclusive, pelo fato de que o autor pode desistir da lide na Audiência de Instrução e Julgamento sem a anuência do réu; não se aplica o artigo 267, parágrafo 4º, do CPC; se o Autor pode

faltar e desistir, sendo o feito extinto sem exame do mérito, não faz sentido não aceitar o aditamento à inicial; necessário o despojamento da formalização processual.

Um exemplo: um Autor idoso, sem Advogado, distribuiu petição inicial redigida de próprio punho; dizia que estava filiado a determinado plano de saúde e pagava mensalidade baixa; tinha feito aniversário e a mensalidade tinha aumentado muito; não concordava; dizia que não podia pagar e queria voltar a pagar o valor anterior; encerrava, requerendo justiça; não havia mais de cinco linhas de petição. O réu, o tal plano, por evidente, fazia preliminar de inépcia da inicial. Não havia inépcia e estava claro o que desejava o reclamante; este não concordava com o aumento de sua mensalidade por mudança de faixa etária; portanto, pretendia do Juiz, que este declarasse nulo tal aumento, pois abusivo, retornando a mensalidade ao valor de início. O réu, no mérito, em contestação, se defendia plenamente do antes colocado. Foi afastada a preliminar de inépcia e julgado procedente o pedido; mantida a sentença pela Turma Recursal competente; caso concreto ocorrido, demonstrando efetividade na entrega da prestação jurisdicional, sem a necessidade de formalidades; incidiram os artigos 2º, 5º, 6º e 14, da lei nº 9.099/95, combinados com as normas cogentes da Lei nº 8.078/90, por se tratar de relação de consumo, no caso.

Caso seja feito um pedido genérico de indenização pelo teto da lei, considera a jurisprudência que se deverá entender que o pedido é de indenização por dano material no valor de vinte salários mínimos e de indenização por dano moral pelo valor restante; interpretação extensiva do pedido para evitar atraso na apreciação da lide.

Pode ainda o pedido conter a pretensão de se obter do Juízo alguma obrigação de fazer, não fazer ou entregar coisa certa; o importante é que o pedido seja feito de forma que seja possível a prolação de sentença que tenha exequibilidade; o Juiz interpreta o pedido de forma ampla, verificando o que deseja o reclamante, para que o dispositivo do *decisum* seja possível de ser executado; muitas vezes os pleitos tratam de obrigações de fazer ou não fazer, que são de difícil solução. Um exemplo: em conflito de vizinhança, determinado autor pretendia que seu vizinho do andar imediatamente superior, ao chegar em casa, "não pisasse duro", pois incomodava o seu descanso com o barulho que o demandado fazia; o autor vivia só e o réu também; como resolver a questão no rito concentrado e célere do Juizado Cível? Aqui deve o Magistrado apostar e investir na conciliação entre as partes; não se olvide que, feito o pedido autoral, deve o Juiz, decidindo a lide, resolver o problema na vida, sob pena de sua decisão ter sido inútil.

Por óbvio, cabível no pedido também o pleito de antecipação da tutela, na forma do artigo 273, do CPC, ou na forma do artigo 84, da Lei nº 8.078/90,

se for relação de consumo. É instituto processual de relevo, bem incorporado ao rito dos Juizados Cíveis.

6) O APROVEITAMENTO DOS ATOS PROCESSUAIS, AS CITAÇÕES E AS INTIMAÇÕES

A instrumentalidade das formas deve ser em grau máximo, forte no estatuído nos artigos 12 e 13, da lei nº9.099/95, como também colocado no artigo 244, do CPC; privilegia-se, com criatividade, todos os mecanismos e meios para alcançar-se o objetivo desejado; a utilização dos modernos meios de comunicação deve servir para permitir a viabilidade e a consecução dos atos praticados; intimações via telefone; cumprimento de tutelas antecipadas via fax; enfim, todos os meios possíveis para a agilização do processo, tendo em vista a enorme quantidade de feitos a processar.

Adota-se a citação e intimação, em regra geral, através de Aviso de Recebimento; a jurisprudência consolidou-se entendendo ser desnecessário o recebimento do AR em mão própria; privilegia-se a idoneidade da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos; qualquer pessoa que residir no local para onde é remetido o mandado poderá recebê-lo; em prédios, basta o recebimento do AR pelo porteiro; os artigos 18 e 19, da Lei nº 9.099/95, são sempre aplicados com base nos artigos 12 e 13, da Lei nº 9.099/95, antes citados. Portanto, avançou-se jurisprudencialmente de forma contrária ao disposto na própria lei (artigo 18, incisos I e II, da Lei nº 9.099/95).

O mandado pode ser remetido, em caso de pessoa jurídica, para quaisquer dos endereços da empresa, parte ré, conforme disposto no artigo 4º, I, da Lei nº 9.099/95; mais uma vez, a lealdade processual e a boa-fé ganham destaque.

Prevalece, por outro lado, que o AR deve ser recebido pela parte ré no prazo de dez dias anterior à audiência de conciliação; incide o artigo 277, do CPC, por analogia; caso o AR seja recebido em prazo inferior deve a parte, de qualquer forma, comparecer à audiência e, se desejar e entender necessário, requerer o adiamento do ato; o prazo mínimo para o recebimento do AR anterior à conciliação é de vinte e quatro horas (artigo 192, do CPC); entendendo-se de forma diferente nenhuma parte compareceria à audiência de conciliação quando recebesse o AR com prazo inferior ao colocado no artigo 277, do CPC; o prazo de dez dias é um parâmetro; o réu poderá não utilizá-lo; o que se deseja é o agir de boa-fé e o aproveitamento dos atos processuais; portanto, por exemplo, se a parte ré recebe o AR com o prazo de sete dias anterior à conciliação e não comparece à mesma é o reclamado revel (artigo 20, da Lei nº 9.099/95).

Entende-se, ainda, que o AR recusado implica em revelia, pois, em tese, haveria má-fé do demandado em não aceitar o mandado de citação e intimação; poderá o réu desconstituir tal situação em exceção de pré executividade ou em Embargos à Execução, se for o caso.

Consolidou-se a posição de que a certidão negativa do Oficial de Justiça, devidamente detalhada, que indica que o réu está se ocultando, será considerada boa e efetivada e válida a citação e a intimação. Outra hipótese será o Oficial de Justiça verificar que o réu reside no endereço para onde se dirigiu e entregar o mandado a qualquer pessoa que resida no local, não estando presente o reclamado; perfeita a citação e a intimação, com a certidão detalhada do Oficial, que possui fé pública; se é aceita a prática do ato por AR recebido por qualquer pessoa que resida onde se localiza o réu, privilegiando a idoneidade da Empresa de Correios, não há motivo para não se aceitar o ato praticado pelo Oficial como supranarrado; pelo contrário, trata-se de situação que oferece maior certeza e segurança, sabendo-se que o mandado foi sim entregue onde se encontra a parte ré. É a aposta contínua na deformalização do processo e na sua desburocratização; sempre válido o ato se realizado de forma idônea e de boa-fé (artigo 13, da Lei nº 9.099/95 e artigo 244, do CPC).

Incabível a citação por edital (artigo 18, parágrafo 2º, da Lei nº 9.099/95); na jurisprudência, sustenta-se que não cabe a citação por hora certa; o comparecimento espontâneo supre a falta ou nulidade da citação (artigo 18, parágrafo 3º, da Lei nº 9.099/95); se for o caso, possível a expedição de carta precatória. Aposta-se antes na realização do ato sempre por AR, mesmo que a parte ré esteja localizada em outro Município ou Estado. Só em último caso, expede-se a precatória. Na execução do *decisum* não há dúvida; haverá a precatória de penhora, dependendo da localização do réu.

Via de regra a intimação se realiza em audiência ou pelo meio próprio; por AR, caso a parte não possua advogado constituído, ou através do Diário Oficial, em havendo patrono nos autos; caso a parte mude de endereço e não comunique tal fato ao Juízo, se considera a mesma intimada com o envio do Aviso para o antigo endereço (artigo 19 e parágrafos, da Lei nº 9.099/95).

É corrente em Juizados que constem dos autos os números telefônicos das partes. Assim, sem impedimento legal que as intimações ocorram por via telefônica; realizada a intimação desta forma, o cartório lavra a certidão respectiva no processo; trata-se de meio também idôneo, célere e muito utilizado, principalmente, havendo necessidade de prática de ato urgente.

Veja-se, portanto, que os atos processuais, citações e intimações podem e devem ser realizados por qualquer meio idôneo; aliás, como está posto nos artigos 12 e 13, da Lei nº 9.099/95. É preciso varrer a velha poeira formalista e que atrasa o andamento do processo; o futuro estará em criarmos mais mecanismos, com criatividade, para viabilizar-se a celeridade processual; lei já há a ser aplicada e está aí desde 1995, norma de ordem pública, decorrente de comando constitucional (artigo 98, I, da Lei Maior).

7) AS PROVAS E O ÔNUS PROBATÓRIO

Incidem aqui os artigos 32 a 37, da Lei nº 9.099/95, bem como se privilegia o estatuído nos artigos 332 e seguintes, do CPC, com relevo evidente para o artigo 5º, da Lei nº 9.099/95, combinado com os artigos 334 e 335, do CPC; deve o Juiz participar de forma incisiva na produção da prova, buscando a verdade real, certo que deverá prolatar aquela decisão mais justa e equânime que o caso exige (artigo 6º, da Lei nº 9.099/95); em havendo relação de consumo, considere-se também o artigo 7º, *caput*, da Lei nº 8.078/90.

Note-se, por outro lado e por oportuno, que não havendo Recurso em face de decisão interlocutória, a lide é conduzida com mais liberdade pelo Julgador para o desenrolar do feito e para a produção objetiva da prova, implementando-se na prática o disciplinado no artigo 5º, da Lei nº 9.099/95; apenas na decisão interlocutória muito gravosa, caberia, em tese, Mandado de Segurança em face de tal decisão, a critério do Relator do caso na Turma Recursal competente; são exceções que confirmam a regra anotada.

O ônus probatório clássico está colocado no artigo 333, do CPC; na relação jurídica consumerista, fundamental destacar-se o ônus da prova já invertido pelo próprio direito material nos artigos 12, parágrafo 3º, 14, parágrafo 3º e 38, todos da Lei nº 8.078/90; nas três normas ocorre inversão *ope legis*, independente da vontade do Julgador; portanto, em sede de fato do serviço, matéria que é majoritária nas lides propostas, já existe o ônus da prova invertido pela própria Lei, cogente, de ordem pública, não podendo ser revogada pela vontade das partes, de aplicação imperativa pelo Juiz (artigo 14, parágrafo 3º, da Lei nº 8.078/90); assim, como se vê, em tais hipóteses, absolutamente desnecessária a discussão se incide ou não o artigo 6º, VIII, da Lei nº 8.078/90, pelo fato que o ônus da prova já foi invertido pelo legislador, respondendo o fornecedor pela teoria do risco do seu empreendimento (artigo 14, *caput*, da Lei nº 8.078/90).

Em consequência, constata-se que há dois tipos de inversão do ônus da prova na Lei nº 8.078/90, de natureza jurídica distintas, uma de ordem material e outra de ordem processual; nesta última, no artigo 6º, VIII, da Lei nº 8.078/90, debate-se se tal regra é de procedimento ou de julgamento; em sede de Juizado Especial Cível, mais do que em qualquer outro tipo de rito processual, tal regra só pode ser de julgamento; se o Juiz, em linha de princípio, só tem contato com o feito na AIJ e considera tal norma como de procedimento, haveria sempre duas AIJ's, uma para decidir pela inversão do ônus e outra para o julgamento em si; vê-se que tal agir violaria os princípios postos no artigo 2º, da Lei nº 9.099/95; assim, em sede de Juizados, caso haja a necessidade de incidência da regra processual antes referida, não tendo ainda incidido a regra de direito material que já coloca o ônus da prova

invertido, somente aí haveria a possibilidade de aplicação da regra de julgamento insculpida no artigo 6º, VIII, da Lei nº 8.078/90.

Destaque-se que todas as provas são produzidas até e na Audiência de Instrução e Julgamento (artigos 28 e 33, da Lei nº 9.099/95); não há dilação probatória; o rito é concentrado; todos os incidentes, processuais ou não, são decididos na Audiência de Instrução e Julgamento (artigo 29, da Lei nº 9.099/95); como se vê, tudo deverá ocorrer na Audiência de Instrução e Julgamento; caso contrário, não haveria concentração do rito; não aceitar tal forma de agir significa abandonar a principiologia básica da Lei nº 9.099/95.

Não há necessidade de apresentação de rol de testemunhas (artigo 34, da lei nº 9.099/95); só será apresentado rol se a parte desejar formalmente a intimação de suas testemunhas; as testemunhas, então, comparecem, em tese, independente de intimação, a critério das partes; o ônus, ressalte-se, é da parte; caso não requeira a intimação, poderá sofrer o ônus de não produzir a prova oral caso sua testemunha não compareça. Respeitam-se, mais uma vez, a celeridade e a economia processual (artigos 2º e 34, da Lei nº 9.099/95).

Não há prova pericial; pode a parte indicar técnico de sua confiança para ser ouvido na Audiência de Instrução e Julgamento como testemunha; o Juiz, a seu critério, da mesma forma, poderá fazê-lo (artigo 35, da Lei nº 9.099/95). Pouquíssimo utilizado tal comando, de difícil verificação.

Aquelas provas requeridas que sejam despiciendas para o julgamento serão indeferidas pelo Juiz, na forma do artigo 33, da Lei n.º 9.099/95.

A prova oral deve ser toda produzida na Audiência de Instrução e Julgamento, concentrada, na mesma assentada, registrando-se o que for fundamental; deve ser anotado o necessário para que, em caso de Recurso Inominado, possa a Turma Recursal examinar a prova feita; incide o artigo 36, da Lei nº 9.099/95. A audiência é presidida e dirigida pelo Juiz (artigo 446, do CPC) que lavrará na assentada, a seu critério, o que entender efetivamente relevante.

O aumento do número de processos tem provocado um excessivo número de Audiências de Instrução e Julgamento; logo, creio que é necessário procurar caminhos de agilizar a produção da prova testemunhal, no caso; com um grande número diário de audiências a realizar, será relevante efetivar soluções legais que confirmam celeridade à produção de tal tipo de prova. Para tanto, como nos Juizados os direitos em jogo são disponíveis, não vejo impedimento legal, para a utilização do instituto do *common law* que é o "*affidavit*", que é uma declaração sob juramento, um atestado; a prova testemunhal seria transformada em uma declaração formal trazida pela parte interessada dizendo o que seria informado na audiência pela testemunha em tela; o ganho em celeridade é grande; e mais, estando as partes de acordo

com a produção da prova desta maneira, não poderia haver, no futuro, qualquer arguição de nulidade. A sensibilidade do Juiz da causa diria se a utilização do "affidavit" prejudicaria a forma do seu convencimento; não havendo prejuízo e preenchendo o objetivo legal, não vejo motivo para que não seja aceito tal forma de proceder. Uma audiência de oitiva de seis testemunhas, sendo três de cada parte, demora cerca de duas horas; substituída a oitiva pelo recebimento dos atestados, a diminuição de tempo seria importante. O que se propõe não é acabar com a prova testemunhal; é ter disponível um meio legal que, sendo possível, pode ser utilizado com vantagens.

08) A RESPOSTA DO RÉU

Aplicam-se os artigos 30 e 31 da Lei nº 9.099/95; a contestação pode ser escrita ou oral e deve ser apresentada somente na Audiência de Instrução e Julgamento; somente neste ato ela produz efeitos processuais; se apresenta toda a matéria de defesa em peça única; o réu não pode ofertar reconvenção; poderá formular pedido contraposto, com os limites impostos na norma insculpida no artigo 31, da Lei nº 9.099/95. Só pode formular pedido contraposto quem pode formular pedido como autor; assim, somente a pessoa física e a microempresa poderão formular pedido contraposto; se tal pedido for formulado por pessoa jurídica ou por pessoa formal, deve ser extinto o pedido contraposto sem exame do mérito, sob pena da sentença ser *citra petita*; atente-se que o pedido contraposto possui admissibilidade restrita, distinta da reconvenção, vez que tal forma de pedido deve ser fundado nos mesmos fatos que constituem objeto da controvérsia.

Poderá o autor responder oralmente ao pedido contraposto na própria audiência ou requerer a designação de nova data (artigo 31, parágrafo único, da Lei nº 9.099/95).

A hipótese agora é de não haver a resposta do réu, pelo fato de estar o mesmo ausente; é a revelia (artigo 20, da Lei nº 9.099/95); é situação diferente do colocado no artigo 319, do CPC; a revelia em Juizados Cíveis possui efeitos específicos, decorrendo do não comparecimento do réu a qualquer audiência; seus efeitos são bem mais relativos que na lei processual geral; é o que deflui do artigo 20, da Lei nº 9.099/95, *in fine*, quando assevera que reputar-se-ão verdadeiros os fatos alegados no pedido inicial, *salvo se o contrário resultar da convicção do Juiz*, anotando-se as regras básicas dos artigos 5º e 6º, da Lei nº 9.099/95 que deverão sempre ser consideradas. Incidirão os artigos 320, 321 e 322, do CPC. Portanto, em Juizados Cíveis, o réu pode ofertar contestação e ser revel; é o que se constata da leitura do artigo 20, da Lei nº 9.099/95 e do artigo 319, do CPC.

09) A SENTENÇA

A lei foi estruturada para que a sentença seja prolatada em Audiência; trata-se de rito bem concentrado, sem qualquer dilação probatória, com toda a instrução feita na AIJ; incidem os artigos 27 a 31, da Lei nº 9.099/95; deve o *decisum* ser sintético, em linguajar simples, para que o leigo possa bem entendê-lo; não é o espaço para desenvolvimento teórico; a força da sentença deve estar no seu singelo conteúdo, com a decisão apresentada de forma objetiva, cristalina, límpida; não se olvide que muitas das vezes está a parte desassistida de advogado (artigo 9º, da Lei nº 9.099/95); portanto, na AIJ o Juiz ouve as partes, recebe a defesa, colhe os documentos e demais provas, testemunhais, se for o caso, reduz o ponto controvertido ao cerne do que deve ser apreciado; podendo tudo ser feito e bem posto em uma lauda; há o resumo do pleito do Autor e da defesa do Réu; o direito a ser aplicado; a decisão proferida com fundamentação concisa e, ao final, o dispositivo; não se trata de peça teórica para estudiosos; um Magistrado em exercício em Juizado de grande distribuição na Capital profere mais de quatrocentas sentenças mensais; a escolha de política jurisdicional é pela concisão e clareza; assim decidir não diminui, de forma alguma, a importância da prolação da sentença; se dá a entrega da prestação jurisdicional da forma mais objetiva que for possível alcançar; esta, a meu ver, é a missão do Juiz em exercício no Juizado Cível; a quantidade de audiências e sentenças a serem proferidas não diminui a qualidade das mesmas, desde que o conceito de qualidade contenha as regras e parâmetros acima expendidos; como se vê, a questão não é semântica; pelo contrário, é decisão de natureza política, sob pena de inviabilização da própria serventia.

Em consequência, na sentença, em sede de Juizados, esta, em princípio, deve ser prolatada na Audiência de Instrução e Julgamento (artigo 28, da Lei nº 9.099/95); não sendo possível, adotou-se antiga regra do Código de Processo Civil de 1939, designando-se data para leitura de sentença; por analogia, poderia incidir o artigo 26, da Lei nº 9.099/95, utilizando-se o prazo de cinco dias a contar do término da instrução; não se esqueça de que o compromisso maior da lei é com a celeridade e a rápida entrega da prestação jurisdicional; afasto a regra geral do Código de Processo Civil (artigo 189, II), pois prevalece a regra especial principiológica (artigo 2º, da Lei nº 9.099/95). Por fim, em casos especialíssimos, que devem ser raros e jamais podem ser regra, pode o Juiz conceder prazo às partes para se manifestarem após o término da instrução; após tais manifestações, voltam os autos conclusos para a prolação respectiva do *decisum*; note-se que o Juiz que presidiu a Audiência de Instrução e Julgamento está vinculado para prolatar a sentença, mesmo que inexistente a produção de qualquer prova; mantidas as

exceções legais previstas no artigo 132, do CPC. Insisto, por relevante, que a norma pertinente e especial a ser privilegiada e aplicada é aquela contida no artigo 28, da Lei nº 9.099/95.

Um exemplo a respeito da possibilidade da concessão de prazo para as partes se manifestarem após o término da instrução na Audiência de Instrução e Julgamento: as partes se manifestam a respeito dos documentos apresentados em audiência no próprio ato (artigo 29, parágrafo único, da Lei nº 9.099/95); a lei fala em manifestação imediata da parte com relação aos documentos trazidos, sem interrupção da audiência; todavia, se uma das partes trazer dezenas ou centenas de documentos, é razoável que se realize a hipótese excepcional dita no parágrafo anterior; aqui, incidem os artigos 5º e 6º, da Lei nº 9.099/95; o Juiz atua com mais liberdade na produção da prova e na condução do processo para perseguir a decisão mais justa e equânime.

A conferir os princípios anotados nos artigos 3º, parágrafo 3º, 38 e 39, da lei nº 9.099/95; dispensado o relatório, afastando a norma geral do artigo 458, I, do CPC; é dispensado o relatório, mas não há impedimento legal para que o mesmo seja feito, a critério do Magistrado. Inadmitida a sentença condenatória ilíquida, sendo ineficaz o *decisum* que exceder a alçada legal; não é imperativo que a sentença contenha um valor certo já no dispositivo; não é ilíquida se bastar cálculo aritmético para se atingir o valor da condenação dada.

Apontem-se, por outro lado, as hipóteses previstas no artigo 51, da Lei nº 9.099/95; incidem ainda as situações colocadas no artigo 53, parágrafo 4º, da Lei nº 9.099/95, além do explicitado no artigo 267, do CPC; são os casos de extinção do processo sem julgamento do mérito, quando o Juiz decide de forma ainda mais concisa (artigo 38, da Lei nº 9.099/95, combinado com o artigo 459, *caput*, 2ª parte, do CPC). Todos os incisos do artigo 51, da Lei nº 9.099/95, são específicos, com exceção do inciso II que é inespecífico, como antes apontado. Importante a norma do artigo 51, parágrafo 1º, da Lei nº 9.099/95; por exemplo, então, poderá incidir o artigo 267, III, do CPC, afastado o artigo 267, parágrafos 1º e 2º, do CPC; a regra especial da Lei nº 9.099/95 afasta a regra processual geral. Intimado o autor por qualquer meio idôneo de comunicação, mantendo-se inerte, aplicar-se-á o artigo 267, III, do CPC, combinado com o artigo 51, parágrafo 1º, da Lei nº 9.099/95. Tal forma de pensar se aplica a qualquer hipótese como a acima indicada.

10) A LIMITAÇÃO DOS RECURSOS EXISTENTES NOS JUIZADOS CÍVEIS

No sistema recursal próprio da Lei nº 9.099/95 somente são cabíveis o Recurso Inominado e os Embargos de Declaração (artigos 41 a 50, da Lei nº 9.099/95); como já dito acima, aceito o Mandado de Segurança em situações específicas e excepcionais; o Mandado de Segurança não pode ser

utilizado como mero substituto do Agravo, não previsto na Lei nº 9.099/95. Da decisão da Turma Recursal competente incabível o Recurso Especial (Súmula n.º 203 do STJ). Possível o Recurso Extraordinário, em tese, sendo hipótese muito rara, pois de difícil admissibilidade.

A consequência de tal sistema recursal próprio e específico implica em não existir jurisprudência uniformizada a nível nacional; as decisões das Turmas Recursais de cada Estado da Federação poderão ser díspares; assim, importante registrar que tais linhas são escritas tendo-se como paradigma a jurisprudência dominante no Estado do Rio de Janeiro. Argumenta-se que poderia haver um enfraquecimento dos princípios federativos. As opções legislativa e jurisprudencial foram pela aposta na diminuição do tempo do processo, aceitando-se poucas possibilidades recursais e fortalecendo-se as decisões de primeira instância, fenômeno processual contemporâneo que merece incentivo.

O prazo para ofertar o Recurso Inominado é de dez dias a contar da ciência da sentença; obrigatória a assistência por Advogado, mesmo nas causas inferiores a vinte salários mínimos (artigo 41, parágrafo 2º, da Lei n.º 9.099/95); o preparo será feito quarenta e oito horas após à interposição do Recurso; não se aplica o artigo 511, parágrafo 2º do CPC; preparo irregular implica em deserção do Recurso, privilegiando-se as regras especiais da Lei nº 9.099/95, afastando-se o Código de Processo Civil; incidem os artigos 2º, 41 e 42, da Lei nº 9.099/95.

O pedido de gratuidade de Justiça deve ser feito quando do oferecimento do Recurso, se for a hipótese em discussão; desnecessário tal pedido na petição inicial; o momento processual oportuno para tal requerimento é quando há o ofertamento do Recurso Inominado; é razoável que, havendo o indeferimento do pedido de gratuidade, o Juiz conceda prazo para o recorrente efetuar o preparo sob pena de deserção.

O Recurso tem efeito somente devolutivo; o efeito suspensivo é exceção; poderá ser concedido pelo Juiz se requerido pelo recorrente; cabe a este provar a necessidade da concessão do efeito suspensivo para evitar dano irreparável; note-se que não basta o singelo requerimento e a simples alegação de dano; impende que a parte aponte objetivamente o dano que terá caso o recurso não seja recebido no duplo efeito; incide o artigo 43, da Lei nº 9.099/95.

Se o Recurso, em regra, tem efeito apenas devolutivo, possível o requerimento de execução provisória da sentença; neste caso, os autos principais seguem para o Conselho Recursal e o interessado requer a extração de Carta de Sentença para efetivar tal execução, com as restrições e princípios previstos no artigo 588, do CPC, já com a redação dada de acordo com a Lei nº 10.444, de 07/05/2002.

Diferentemente do disposto no Código de Processo Civil (artigo 538, *caput*), os Embargos de Declaração suspendem o prazo para o recurso e não o interrompem; e mais, podem ser apresentados por escrito ou oralmente; se orais, tal hipótese se dará apenas na Audiência de Instrução e Julgamento quando houver a prolação da sentença naquele ato. Se escrito, no prazo de cinco dias, a contar da ciência da decisão; incidem os artigos 48, 49 e 50, da Lei nº 9.099/95; embora não aplicada a regra processual geral antes citada pois em contradição com a norma especial, incide o artigo 538, parágrafo único, do Código de Processo Civil, que se combinará com os artigos 2º, 5º e 6º, da Lei nº 9.099/95, sempre principiológicos e inafastáveis.

Do Acórdão proferido pela Turma Recursal competente caberão Embargos de Declaração, na forma dos artigos 48 a 50, da Lei nº 9.099/95; não se aceita o Recurso Especial (Súmula nº 203, do STJ) e possível o Recurso Extraordinário, em tese, em face do Acórdão, como supra referido (artigo 102, III, da Lei Maior e artigo 541, do CPC), pelo fato de que a decisão da Turma é causa decidida em única instância, pois seus componentes são Magistrados em exercício no primeiro grau de jurisdição (artigo 41, parágrafo 1º, da lei nº 9.099/95); inadmitido o Extraordinário, possível a interposição de Agravo de Instrumento para o Supremo Tribunal Federal para que este decida a respeito da admissibilidade ou não do Apelo Extremo (artigo 544, do CPC).

Possível o Mandado de Segurança em face de decisão interlocutória muito gravosa, pois inexistente Agravo de Instrumento nos Juizados Cíveis, com a exceção apresentada no parágrafo anterior; ressalte-se que o cabimento do Agravo decorreu de decisão de membro do Tribunal de Justiça (artigo 541, do CPC) e não de decisão de Juiz do sistema próprio dos Juizados Especiais Cíveis, que não tem comunicação com a Justiça comum; o critério de cabimento do *mandamus* será do Relator a que couber a admissibilidade do *writ*; caso inadmissível, o *mandamus* é submetido à Turma competente pelo Relator, indeferindo-se a inicial, se acompanhado o seu voto. Tal Relator apreciará, entendendo admissível o Mandado de Segurança, a liminar que for requerida; do indeferimento da liminar não é cabível qualquer Recurso; trata-se, excepcionalmente, de decisão irrecorrível; poderia haver apenas pedido de reconsideração da decisão ao próprio Relator; ressalte-se, mais uma vez, a limitação dos Recursos em sede de Juizados, que é um dos princípios da Lei nº 9.099/95, com base no artigo 2º, da Lei nº 9.099/95.

A admissibilidade do Mandado de Segurança, a meu ver, deve ser analisada em caráter bem restritivo; não pode o *mandamus*, como destaquei acima, ser mero substituto do Agravo de Instrumento; as hipóteses de admissão em tela deverão ser acolhidas com base nas referências teóricas e legais já citadas.

Da decisão da Turma no Mandado de Segurança será cabível, em tese, o Recurso Extraordinário (artigo 102, III, da Lei Maior), conforme acima já posto e explanado.

11) AS FORMAS DE EXECUÇÃO

A situação primeira é da execução de título executivo extrajudicial, respeitado o Código de Processo Civil, com as modificações colocadas na lei especial, no artigo 53, da Lei nº 9.099/95. O título está limitado à alçada legal. Como já antes anotei, não considero possível a “partição” do valor a ser executado apenas para viabilização do teto legal; dois títulos no valor de R\$ 7.000,00, cada um, por exemplo, sendo ajuizadas duas execuções sendo as mesmas partes envolvidas, apenas distribuídas duas ações para fins de alçada; considero que há deslealdade processual (artigo 14, do Código de Processo Civil); os feitos devem ser reunidos por conexão e extintos, por excesso de alçada (artigo 51, II, da Lei nº 9.099/95); há incompetência quanto ao valor.

Na execução por título extrajudicial se viabiliza rito específico, que se cristalizou na jurisprudência; de plano, determina o Juiz, se tudo estiver regular, a citação em execução do devedor, na forma do artigo 652, do CPC; citado o executado, tem o mesmo ao seu dispor as hipóteses processuais legais contidas na lei geral. Inerte o executado, expede-se o respectivo mandado de penhora, designando-se audiência de conciliação (artigo 53, parágrafo 1º, da Lei nº 9.099/95); note-se que tal audiência de conciliação se realizará após feita a penhora; possível as partes acordarem em realização da audiência antes da penhora; não se olvide que, em sede de Juizados Especiais Cíveis, os direitos em debate são disponíveis e a conciliação é um princípio primordial.

Os Embargos à Execução são ofertados, por escrito ou verbalmente, na audiência prevista no artigo 53, parágrafo 1º, da Lei nº 9.099/95, caso não haja acordo; ou seja, sem acordo, tal audiência de conciliação se convola, no ato, em Audiência de Instrução e Julgamento, na forma do rito de conhecimento dos artigos 27 a 29, da Lei nº 9.099/95; portanto, ofertados os Embargos pelo executado caberá ao exequente efetivar, caso queira, a impugnação dos Embargos oralmente; produzida a prova que houver e, a seguir, proferida a sentença, respeitando-se o rito único de conhecimento da Lei nº 9.099/95; sempre de forma concentrada e célere; mais uma vez, possível acordo entre as partes, adiando-se a Audiência de Instrução e Julgamento para que o exequente apresente impugnação escrita aos Embargos; trata-se de exceção. Vejam-se as possibilidades insculpidas no artigo 53, parágrafos 2º e 3º, da Lei nº 9.099/95, que imprimem celeridade à execução, em tese.

De relevo destacar o artigo 53, parágrafo 4º, da Lei nº 9.099/95; não encontrado o devedor ou inexistindo bens penhoráveis, o processo será imediatamente extinto; tal norma se combina com o artigo 51, parágrafo 1º, da Lei nº 9.099/95. Vale dizer, negativo o mandado de penhora expedido, abre o Juiz prazo para a manifestação do Exequente para dizer, sob pena de extinção do processo; não há dilação probatória; não apresentando o exequente o endereço do executado ou não apontando onde estão os bens a serem penhorados, incide, de imediato, como expressamente coloca o comando normativo referido, a hipótese do artigo 53, parágrafo 4º, da Lei nº 9.099/95. Poderá o exequente propor nova ação quando tiver as informações cabíveis, desde que não prescrito o título que possui.

Na execução do título judicial, incidirá o artigo 52, da Lei nº 9.099/95, aplicando-se, quando possível, o Código de Processo Civil, lei processual geral.

Não há aqui o problema da competência quanto ao valor, como já destaquei acima; o Juizado é competente para execução dos seus próprios julgados (artigos 3º, parágrafo Primeiro, letra "a" e 52, *caput*, da Lei nº 9.099/95).

O artigo 53, parágrafo 4º, da lei nº 9.099/95, se aplica também, por analogia, ao título judicial, com as mesmas observações já realizadas supra; privilegia-se a celeridade e seus corolários (artigo 2º, da Lei nº 9.099/95).

Antes de realizar-se a extinção do feito, deve o Magistrado tentar dar efetividade ao processo. Instrumento importante nesta fase da execução, judicial ou extrajudicial, é a incidência do artigo 28, da Lei nº 8.078/90, em sendo relação de consumo, cuja aplicação poderá ocorrer até de ofício, por se tratar de norma cogente, de ordem pública e interesse social (artigo 1º, da Lei nº 8.078/90); e agora, também, do artigo 50, do novo Código Civil de 2002, ambas as normas tratando da desconsideração da personalidade jurídica; hipótese comum e cabível nos Juizados Especiais Cíveis.

Neste tipo de execução por título judicial não há nova citação; requerida a execução, pelo vencedor, expede-se diretamente o mandado de penhora; veja-se o colocado no artigo 51, IV, da Lei nº 9.099/95.

Feita a penhora, se afasta o Código de Processo Civil, aplicando-se os incisos do artigo 52, da Lei nº 9.099/95; se aposta na deformalização do processo, conduzindo-se o feito com mais liberdade (artigos 5º e 6º, da Lei nº 9.099/95); deve o Juiz atuar de forma objetiva para conseguir o cumprimento da decisão judicial e a Lei nº 9.099/95 dá os instrumentos para tal agir.

Um exemplo: realizada a penhora e não havendo Embargos ofertados, poder-se-á arguir do exequente se almeja a adjudicação dos bens constrictos, diretamente, antes de qualquer providência relativa a leilão ou praça; desejando a adjudicação, é a mesma deferida, expede-se a carta respectiva e extingue-se a execução; atente-se apenas para o valor do bem ou bens penhorados diante do valor da execução.

Quando se determina a penhora, comum a constrição direta de percentual da renda diária da empresa executada (artigo 655, I, do CPC); poderá melhor garantir a efetividade e a instrumentalidade do processo.

Garantido o juízo, no título judicial, poderá o executado embargar a execução no prazo de dez dias, a contar de sua intimação (artigo 738, *caput*, do CPC); a data inicial para a fluência do prazo para embargar será discutida abaixo; cabíveis os Embargos de Devedor, os Embargos de Terceiro, os Embargos à Penhora e medidas afins, como colocado no Código de Processo Civil; possível a Exceção de pré-executividade, desde que, obviamente, não configurada como instrumento protelatório, pois poderia ser considerado ato de deslealdade processual (artigos 14, 17 e 18, do CPC).

A norma contida no artigo 52, IX, da Lei nº 9.099/95, deve fluir de forma combinada com o Código de Processo Civil, com as peculiaridades da jurisprudência fixada.

Não há rito na Lei nº 9.099/95 para os Embargos; não deverá ser seguido o Código de Processo Civil; deverão tais Embargos possuir rito concentrado como o disciplinado na ação de conhecimento; a jurisprudência efetivou determinado rito: ofertados os Embargos, se tempestivos e garantido o Juízo, serão os mesmos recebidos, dando-se vista ao Embargado para impugnação no prazo de dez dias, a contar de sua intimação; realizada a impugnação, havendo apenas matéria de direito a decidir, madura a lide para a prolação da sentença. Sendo possível, em tese, existirem provas a serem produzidas, após a impugnação, o Juiz dará vista às partes para que se manifestem "em provas, justificadamente". Nada dizendo as partes, pronta a lide para sentença. Podem as partes falar que pretendem produzir provas em Audiência de Instrução e Julgamento a ser designada; neste caso, poderá o Juiz entender que tais requerimentos são incabíveis e indeferirá a produção da prova e a designação de audiência, com esteio no artigo 33, da lei nº 9.099/95, prolatando, a seguir, o *decisum*, pois apenas haveria matéria de direito a ser enfrentada. Caso se entenda necessária a produção da prova indicada pela(s) parte(s), será, então, designada a competente Audiência de Instrução e Julgamento, que seguirá o rito único e concentrado já posto na Lei nº 9.099/95 (artigos 27 a 29, da Lei nº 9.099/95), com todas as observações já supra-anotadas nos itens respectivos. Em tal audiência, constatando o Juiz que não há prova a ser produzida, verificar-se-á que houve atuar de forma desleal e protelatória.

Matéria controvertida é saber quando se inicia o prazo para o oferecimento dos Embargos à Execução. As hipóteses possíveis: a primeira e mais simples é aquela em que o prazo se inicia quando o executado é intimado por Oficial de Justiça da penhora realizada e é advertido que possui o

prazo de dez dias para ofertar Embargos, a contar daquela data. Pode ser que o Executado tenha efetivado o depósito judicial e não o tenha juntado aos autos, apresentando-o apenas quando seria realizada a penhora; nesta hipótese, o prazo se inicia a contar da data em que o Oficial de Justiça lavrou a certidão negativa de penhora por lhe ter sido apresentada a guia judicial paga; é a partir desta data que fluirá o prazo legal de dez dias; o ideal é que o Oficial de Justiça alerte o executado a respeito de tal situação, lavrando tal advertência em sua certidão; se o executado apresenta a guia judicial paga e não se manifesta, praticou ato inequívoco de cumprimento da obrigação sem anotar que pretendia resistir via Embargos, segundo normas processuais abaixo referidas.

A hipótese seguinte é o executado juntar aos autos a guia de depósito judicial paga; se nada disser, se não informar que tal depósito visa garantir o Juízo para oferecimento de Embargos, terá havido preclusão lógica para ofertar os Embargos; o ato processual praticado de juntada da guia sem nada dizer produz imediatamente a extinção do direito processual de embargar (artigo 158, *caput*, do CPC); nos casos de preclusão, basta conferir os artigos 183, 473 e 503, todos do CPC, preclusões temporal, consumativa e lógica, respectivamente. O executado praticou ato incompatível com o desejo de embargar, cumprindo sua obrigação de deverdor.

Por fim, poderá o executado juntar a guia judicial paga e dizer formalmente que pretende ofertar Embargos; em casos como tais, existem duas possibilidades: em uma delas, o Juiz considerará que o prazo de dez dias se iniciará a contar da data do protocolo da petição de juntada da guia, com a informação que se pleiteia embargar; por outro lado, poderá o Magistrado, diante da petição do executado, determinar a sua intimação, expressamente colocando que o prazo para embargar se iniciará a contar de tal intimação; esta última hipótese, embora menos célere, é a por mim adotada; aqui privilegio a segurança do ato processual praticado para evitar a discussão futura de qualquer nulidade.

Uma proposta de rito para os Embargos à Execução quando há controvérsia entre as partes se houve ou não a fluência de determinada multa cominatória fixada: antes de garantido o juízo, na execução, e antes de qualquer providência, o Juiz designará audiência especial de conciliação, intimando as partes e expressamente informando que, caso não haja acordo, poderá o Executado garantir o Juízo com algum bem imóvel que será ofertado no próprio ato com a documentação pertinente; aceita a garantia do Juízo de maneira informal e célere, a audiência se transformará de imediato em Audiência de Instrução e Julgamento, agora, dos Embargos à Execução. O Embargante/Executado ofertará os Embargos oralmente; o Embargado/

Exequente apresentará também impugnação oral; produzir-se-á a prova necessária, se for o caso; tudo no rito concentrado de conhecimento da Lei nº 9.099/95; o fundamental é que quando da designação da audiência especial de conciliação, fiquem as partes intimadas de tudo que ocorrerá se não se viabilizar o acordo. Terminada a Instrução, profere o Juiz a sentença (artigo 28, da Lei nº 9.099/95), tudo na mesma audiência. Entendo que só não será possível a utilização de tal rito caso a parte ou as partes não aceitem tal forma de proceder. Todavia, insisto que tal rito proposto é célere e garante a entrega da prestação jurisdicional com rapidez. Registro que já realizei diversas audiências deste tipo, com sucesso, não tendo havido discussão a respeito do procedimento seguido; por segurança, anota-se em ata que as partes concordaram com tal forma de agir; assim, inexistente nulidade a ser declarada (artigo 13, da Lei nº 9.099/95 e artigo 244, do CPC). Não é excessivo dizer que o rito narrado está plenamente de acordo com os princípios insculpidos nos artigos 2º, 5º e 6º, da Lei nº 9.099/95.

12) OS ÔNUS SUCUMBENCIAIS

No primeiro grau de jurisdição o acesso ao Juizado independe do pagamento de custas, taxas ou despesas (artigo 54, *caput*, da Lei nº 9.099/95). Há duas exceções. A primeira deflui do colocado no artigo 51, parágrafo 2º, da Lei nº 9.099/95, interpretado *a contrario sensu*; ausente o autor a qualquer das audiências do processo, o feito é extinto sem exame do mérito (artigo 51, I, da Lei nº 9.099/95); neste caso, será condenado ao pagamento das custas processuais, tendo em vista a redação da norma primeiramente referida; provando o autor que sua ausência decorreu de força maior, poderá o Juiz isentá-lo do pagamento de tais custas. A outra hipótese será a parte ser condenada como litigante de má-fé (artigo 55, *caput*, primeira parte, da Lei nº 9.099/95); logo, a sentença de primeiro grau poderá condenar o vencido em custas e honorários de advogado, caso haja litigância de má-fé (artigos 17 e 18, do CPC).

Em segundo grau, pagará custas e honorários apenas o recorrente vencido (artigo 55, *caput*, segunda parte, da Lei nº 9.099/95). O objetivo de tal norma é privilegiar a decisão de primeiro grau, não incentivando o oferecimento do Recurso Inominado. Vencedor o recorrente, não há ônus sucumbenciais para o recorrido. Provido em parte o Recurso, também não haverá ônus sucumbenciais para o recorrido, por interpretação estrita do artigo 55, da Lei nº 9.099/95; mesmo que o provimento do Recurso tenha acolhido quase todas as razões do recorrente, não haverá ônus sucumbenciais; utiliza-se a literalidade do que dispõe o artigo 55, *caput*, 2ª parte, da Lei nº 9.099/95; ou seja, não acolhido integralmente o pretendido pelo recorrente,

não haverá ônus sucumbenciais para quaisquer das partes. Da mesma maneira, também, se o Recurso for provido em pequena parte; não haverá ônus para o recorrente. Pretende-se, desta forma, como já dito, não incentivar o oferecimento de Recurso. Assim vem decidindo o Conselho Recursal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Afastada a aplicação do artigo 21, do CPC, pois em confronto com a lei especial (Lei nº 9.099/95). Da mesma forma, poderá o recorrido vencido, por exceção, pagar custas e honorários se for considerado litigante de má-fé. É a mesma hipótese referida no parágrafo anterior.

Não há custas na execução (artigo 55, parágrafo único, da Lei nº 9.099/95); não se aplica o artigo 20, do CPC; prevalece a lei especial afastando a lei geral. Três exceções legais: quando reconhecida a litigância de má fé, fato já posto na norma antes comentada; se improcedentes os Embargos do Devedor e tratando-se de execução de sentença que tenha sido objeto de Recurso improvido do devedor.

Sendo o recorrente beneficiário de gratuidade de justiça, se restar vencido, será condenado na forma do artigo 55, *caput*, da Lei nº 9.099/95, com a disposição anotada no artigo 12, da Lei nº 1.060/50, ficando, então, suspensa a condenação pelo prazo dado pela última regra citada.

Situação excepcional é a possibilidade de a pessoa jurídica realizar a execução de pessoa física nos Juizados Cíveis, o que poderia parecer objetivamente ilegal (artigo 8º, da Lei nº 9.099/95). Entretanto, verifique-se o exemplo: o autor, pessoa física, teve o seu pedido julgado improcedente; ofertou Recurso Inominado e restou vencido; ou seja, recorrente vencido, incidindo o artigo 55, da Lei nº 9.099/95. O Juizado é competente para a Execução de seus próprios julgados (artigos 3º, parágrafo 1º, "a" e 52, *caput*, da Lei nº 9.099/95). Se o réu for pessoa jurídica, este executará os honorários de advogado no mesmo processo, nos mesmos autos; legalmente cabível, embora não seja comum tal ocorrência.

13) A CONSTRUÇÃO INCISIVA DA CIDADANIA NOS JUIZADOS ESPECIAIS CÍVEIS

Devo insistir que a aplicação que penso ser ideal para a Lei nº 9.099/95, como os comentários acima, reconhece uma necessidade política de fortalecimento do Poder Judiciário; a curta introdução feita visa demonstrar que não se aplica o Direito fora da realidade do mundo onde estamos; vale dizer, a atuação do Juiz, em sede de Juizado Cível, pretende, em diálogo de fontes, como expressou Erik Jayme, fazer valer os princípios insculpidos nos artigos 2º, 5º e 6º, da Lei nº 9.099/95; penso, ainda, que tais observações são válidas para qualquer área de atuação do Magistrado no seu Tribu-

nal respectivo, respeitadas as nuances e distinções de cada área; não se pode é ficar alheio à realidade, ao cotidiano, ao dia-a-dia da parte que comparece diante do Juiz; esta função sociopolítica é intrínseca ao Poder no qual o Magistrado está inserido; relegá-la é virar as costas para o mundo real, como, aliás, tem se observado no atual debate nacional, no que diz respeito às reformas constitucionais, como se denota do agir de representantes de outros Poderes da República; as interpretações construídas a respeito da Lei nº 9.099/95 tentam realizar a aproximação entre o Julgador e as partes; foram pinçados apenas alguns pontos da Lei nº 9.099/95, com anotações sucintas, apenas para introduzir a discussão; o ponto nodal das conclusões em cada ponto referido considera a efetividade e a instrumentalidade no processo, a justiça em cada decisão e o julgamento que aproxime com grande grau de probabilidade o que objetivamente ocorreu na situação da vida que se examinou, forte nos princípios fundamentais da Constituição Federal (artigos 1º a 4º).

Constata-se que o aumento da demanda nos Juizados Especiais Cíveis demonstra que a população possui escassos locais para discutir e reclamar os seus direitos, pelo fato de que não há a implementação da democracia substancial, a qual depende de uma ordem jurídica justa, que precisa ser reconstruída e aperfeiçoada a todo momento.

O sistema dos Juizados é uma Justiça gratuita (artigo 55, da Lei nº 9.099/95), onde a parte pode litigar desacompanhada de advogado (artigo 9º da Lei nº 9.099/95); tais possibilidades indicam que o acesso à Justiça começou a se tornar realidade palpável; pequenos problemas, situações irritantes do cotidiano; tratamento inadequado relativo às atuações dos funcionários dos fornecedores em geral, que irritam o cidadão, que não possuía instrumentos de ação; diversas e múltiplas são as situações da vida que se apresentam nos Juizados Especiais Cíveis.

Questões de valor econômico reduzido, hipóteses que jamais se pensaria que poderiam vir a ser apreciadas pelo Poder Judiciário; todas elas exigem dos Juízes compreensão de que cada lide, cada pequena situação, deve merecer a atenção cabível, pois, passo a passo, vai, aqui, se delineando o fortalecimento da cidadania.

O desmantelamento do Estado e a descrença nas instituições em geral aumentam a responsabilidade do Poder Judiciário neste novo segmento da Justiça, que hoje já representa parte bem significativa do próprio Poder em tela; estar-se-á refazendo nos Juizados Cíveis o projeto de utopia por um mundo mais decente.

Por tudo, verifico, como destaquei na introdução do presente trabalho, a falta de eficiência dos segmentos do Poder Executivo, em todos os níveis,

que seriam responsáveis pelo controle dos chamados “grandes réus”, empresas que são partes réus contumazes; o atuar modesto das Agências Reguladoras dos serviços privatizados; o baixo teor de controle das instituições financeiras e de crédito por parte do órgão competente do Executivo; serviços públicos e privados sem razoável grau de eficiência; a pequena possibilidade de reclamação direta a todos os setores supra referenciados; são motivos objetivos que conduzem o cidadão a procurar diretamente os Juizados Especiais Cíveis.

A retomada do desenvolvimento econômico; a reconstrução dos aparelhos de segurança pública com vistas à diminuição do grau hoje já insuportável de violência; a redistribuição de riqueza para retirar da miséria diversos segmentos populacionais; enfim, políticas públicas que devem ser compulsoriamente desenvolvidas para nos livrar do caos social, que é efeito perverso da globalização e da economia transnacional.

A consolidação da democracia, com respeito aos direitos humanos, dependerá também do contexto econômico; das políticas globais desenvolvidas pelo Governo Central, que não pode ficar subjugado somente aos ditames da economia globalizada; precisa-se fixar rumos (sociais, econômicos e políticos) para se erguer a sociedade que viabilize a República Federativa, com os seus princípios basilares; é questão fundante, em consequência, o problema democrático.

É neste contexto que se situa o Poder Judiciário; é nesta sociedade que devemos fazer funcionar as instituições que prestam a jurisdição; entender a Justiça na sociedade atual, como ela realmente se apresenta, é fundamento básico para pensar como agir, atuar e decidir.

Creio ainda que os Juizados Especiais Cíveis possibilitam uma alavanca importante para a consolidação da democracia substancial que se almeja, melhorando a efetividade da implementação da cidadania que é digna do século XXI; trata-se de cumprir os princípios fundamentais arrolados na Constituição Federal, dando-lhes a devida efetividade.

As posições jurídicas acima defendidas e apontadas devem, ao meu sentir, refletir o momento histórico que ora se vive; neste passo é que deve ser buscada a interpretação de cada comando normativo. Fazer com que de “*law in the books*” se cristalice em “*law in action*”.

Não há, pois, saída fora da democracia; um Judiciário altivo, dentro do parâmetro constitucional, como definido na Lei Maior de 1988, é algo que nenhuma sociedade moderna e contemporânea pode abrir mão.

Para implementar o projeto democrático que se pretende é, também, necessário apostar no tipo de operadores do Direito que se terá; importante que tais operadores ousem avançar na construção daquele modelo jurídico

"justo"; para tanto, é preciso que se estude e verifique a formação desses profissionais e suas relações com o poder organizado; a capacidade de se indignar com o estado de coisas vigente é imprescindível; não aceitar o mundo da forma que está construído; em consequência, trata-se de desconstruir o modelo positivista clássico, buscando aqueles objetivos teóricos antes traçados com ações afirmativas e novos métodos de trabalho.

Portanto, almeja-se criar parâmetros que possam investir na formação de profissionais do Direito, visando à atuação dos mesmos no Poder Judiciário e, em especial, nos Juizados Cíveis, com os paradigmas anteriormente desenvolvidos, com o objetivo de contribuir para a sociedade igualitária pensada por Norberto Bobbio (**Os Intelectuais e o Poder**, Editora Unesp, 1997, páginas 89/90) e que é, não se olvide, princípio fundamental da Constituição Federal (artigos 1º a 4º).

Vislumbro que esta forma de pensar levaria à viabilização de um Poder Judiciário mais eficiente; a combinação entre pensamento e ação procuraria, neste caminho, buscar esforços que possam trazer melhorias objetivas para a sociedade pós-moderna; especificamente, para a sociedade brasileira, hoje desigual e estratificada.

Acreditar em um projeto que não seja neutro em relação à realidade e que seja engajado para fazer, no Juizado Cível, um dos locais de busca do Poder Judiciário que sonhamos; é não abandonar as utopias, como escreveram Bobbio e tantos outros que, também, em suas áreas de estudo, querem acreditar nesta possibilidade. ♦

Confissão de dívida tributária

JOSÉ JAYME DE MACÊDO OLIVEIRA

Advogado. Professor da EMERJ.

1. Tem-se apregoado (e defendido), máxime nas hostes fiscalistas, que o contribuinte, formalizando pedido de parcelamento de débitos tributários, confessa a existência da dívida, com o que, além de pôr termo à via judicante administrativa, veda-se-lhe o ingresso na esfera judicial, no caso de pretender o reexame da validade da respectiva exigência (e possível repetição de indébito).

2. Em verdade, as legislações vêm rezando que o pedido de parcelamento de crédito tributário:

a) *“importa em confissão de dívida”*, como o faz o Código Tributário Estadual/RJ (Decreto-lei nº 5/75, art. 230);

b) *“implica confissão irrevogável e irreatável dos débitos fiscais” e “expressa renúncia a qualquer defesa ou recurso administrativo ou judicial, bem como desistência dos já interpostos, relativamente aos débitos fiscais incluídos no pedido por opção do contribuinte”*, segundo a Resolução SEF/RJ nº 6.490, de 19.09.02.

3. Forte no entendimento de que tal diretriz não se depara judiciosa, antes conflitante com o sistema jurídico pátrio, aqui se expõem algumas razões que a isso conduzem.

4. Sói acontecer que o contribuinte, em razão de manter entendimento no sentido da não-incidência de certo tributo sobre determinada situação, não o recolhe aos cofres públicos. Posteriormente, vê-se surpreendido com ações fiscais reclamando os valores não pagos (acrescidos de multa e mora).

4.1. Por temor dos “leões” e incentivado por remissões parciais e parcelamentos com prazo superior a dez anos, ou ainda visando à obtenção de certidão negativa para inscrever-se em licitação pública, o contribuinte resolve “quitar o débito”...

4.2. Depois, vivificando a tese quanto à insubsistência da exigência fiscal, bem assim de que pagou, mesmo parcialmente, “débito” carente de causa legal, outro caminho se lhe depara que não o judicial, através de ação declaratória/anulatória cumulada com repetição de indébito tributário.

4.3. Esses fatos são hoje muito freqüentes.

5. Pois bem. Três fenômenos jurídicos guardam proximidade: a renúncia, o reconhecimento e a confissão.

5.1. A renúncia é forma de extinção de um direito subjetivo (à herança, à propriedade imóvel), que se manifesta na abdicação inequívoca por parte de seu titular.

5.2. O reconhecimento, instituto tipicamente processual, consiste na manifestação de uma parte quanto à validade do direito da parte contrária, implicando renúncia à pendenga forense (à semelhança da desistência do autor).

5.3. Já a confissão constitui meio de comprovação judicial ou extrajudicial, mediante o qual a pessoa, tácita ou expressamente, admite a verdade de um fato contrário ao seu interesse (e favorável ao adversário), ou confirma a ocorrência de eventos, de cuja revelação redundaria desvantagem. Assim, o objeto da confissão é o fato (prejudicial ao confitente) e seu elemento intencional (*animus confitendi*) diz com a livre vontade de declarar, razão por que pode ela ser revogada se produzida com algum vício (erro, dolo).

6. Com efeito, exsurge indubitável que a confissão (ao contrário da renúncia e do reconhecimento) volta-se para os fatos, constituindo verdadeiro meio de prova que, por óbvio, não interfere no significado que tais fatos possam ter no mundo jurídico.

6.1. Pode, por exemplo, o contribuinte admitir não haver incluído em sua escrita operações isentas do ICMS, em relação às quais o Fisco lavrou autuação exigindo o imposto. Sem sombra de dúvida que qualquer confissão acerca de tal “débito tributário” é plenamente desprovida do efeito de consolidá-lo, na medida em que o fato confessado, mesmo verdadeiro, não produz a consequência de fazer nascer a obrigação tributária (face à isenção).

7. Por outro lado, não se perca de vista que o dever de pagar tributo tem fonte primária na lei e materializa-se, no mundo fenomênico, com a realização da hipótese de incidência nela prevista, a qual constitui a situação “necessária e suficiente” ao surgimento da obrigação, como o decreta o art. 114 do Código Tributário Nacional.

7.1. E isto é decorrência do princípio da legalidade tributária, consa-

grado nos quatro cantos do mundo e em todas as Constituições Brasileiras, desde a Imperial de 1824 (art. 171), até a vigente Carta Cidadã, que, no art. 150, inc. I, veda à Administração Pública “*exigir ou aumentar tributo sem lei que o estabeleça*”.

7.2. Em que pese o surgimento de doutrina no sentido do abrandamento do princípio da legalidade tributária, admitindo, p. e., a participação do Executivo na definição de aspectos do fato gerador de tributo (felizmente, para a sociedade civil brasileira, ainda não admitida pelo Pretório Excelso), desse superior comando emana que o vínculo obrigatório só pode surgir de norma legal que determine o seu nascimento em relação a determinado evento, ao qual a lei atribua o efeito de fazer surgir a obrigação tributária.

7.3. Significa que, verificada em concreto a hipótese abstratamente posta na lei do tributo (sem o que não há obrigação tributária), é consequência inexorável a instalação de relação jurídica dessa natureza, para tal avultando irrelevante a vontade do contribuinte. É a compulsoriedade que marca esse dever.

7.4. Aproposita-se, nessa altura, remeter a escrito anterior acerca da compulsoriedade dos tributos, inserto em meu **Código Tributário Nacional – Comentários, Doutrina, Jurisprudência** (Editora Saraiva, São Paulo, 2ª edição, 2003, p. 26): “A compulsoriedade, marca maior dos tributos, manifesta-se diante do fato de o dever de entregar dinheiro ao fisco a título de tributo nascer, não do querer das partes, mas sim de prescrição legal. Dessarte, compulsório, *in casu*, não é sinônimo de obrigatório. São assumidas obrigações, como pagamento do preço na compra e venda, do aluguel num contrato de locação, sem que essa obrigatoriedade se identifique à compulsoriedade dos tributos, cujos traços principais assim se podem sintetizar: a) prestação do tributo é imposta unilateralmente pela lei (ou seja, é o próprio credor – Estado – que a impõe); b) é de direito público (uma das partes é o próprio Estado); c) é obrigação *ex lege* (a vontade do sujeito obrigado é irrelevante, bastando que ocorra um certo fato qualificado como gerador, pela lei); d) não apresenta aspecto algum que admita qualificá-la como contraprestacional (porquanto contraprestação é figura típica de direito privado, no campo dos contratos); e) trata-se de obrigação inderrogável ou indisponível (o credor não poder dispor, reduzir ou modificá-la; o devedor é obrigado a cumpri-la nas condições expressas na lei). Em suma, a compulsoriedade é um tipo especial de obrigatoriedade, própria dos tributos.”

7.5. Logo, se cabível o entendimento de que em direito privado tenha eficácia uma confissão determinada por um erro de direito, não se pode, de forma alguma, admitir em Direito Tributário que uma obrigação surja em virtude de uma simples declaração voluntária ou involuntária de alguém, se inexistente norma legal positiva que a tenha instituído, se falta causa jurídica que a justifique, se não haja ocorrido perfeita subsunção do fato à regra posta lei.

8. Nessa ordem de idéias, quando a legislação do parcelamento de débitos tributários afirma irretroatável a confissão que seu requerimento manifesta, deve ela ser interpretada no sentido de que, uma vez formalizada, não pode o sujeito passivo da obrigação tributária desfazê-la, simplesmente retirando as afirmações que fizera sobre o fato. Agora, constatado que o fato confessado não ocorreu, ou não ocorreu tal como descrito pelo contribuinte, poderá este elidir os efeitos da confissão provando o erro.

8.1. E, no caso de o contribuinte requerer parcelamento (e pagar parte) de “débito inexistente” (pois atinente a operação não sujeita ao tributo), evidencia-se a ocorrência de erro quanto ao fato confessado, cuja comprovação inequívoca de que não corresponde ele ao efetivamente ocorrido, leva à prevalência do verdadeiro sobre o confessado.

9. No plano jurisprudencial, essa sempre foi a diretriz interpretativa, desde o extinto Tribunal Federal de Recursos, orientada no sentido de admitir a reatuação da confissão, se fundada em provas da inexistência do fato gerador da obrigação tributária respectiva. Exemplos vêm-se nos acórdãos assim ementados:

“Se o fato apurado pelo fisco estadual foi dado por inexistente, na órbita da administração estadual, assim inexistente o fato gerador do tributo federal, não pode prevalecer a obrigação tributária (CTN, art. 113, § 1º), porque sem fato gerador não há tributo. Em caso tal, não prevalece a confissão decorrente do pedido de parcelamento, porque não há como acolher confissão de débito inexistente.”

- AC 48.112/SP. Rel. Min. Carlos Mário da Silva Velloso. DJU 24.05.79.

“Provada a inexistência do imposto, à luz do princípio de que a obrigação tributária é ‘ex lege’, e nunca contratual, ou potestativa, segue-se pela inexpressividade da tese alusiva à não retratabilidade de confissão de débito.”

- AC 38.113/PR. Rel. Min. Moacir Catunda. DJU 28.05.80.

9.1. O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL disse não discrepa, como se observa do acórdão assim ementado:

“Erro do contribuinte ao declarar-se devedor de imposto não devido, ou a presunção de que estaria enriquecendo ilícitamente em face de terceiro que não a Fazenda Pública, não dá a esta o direito de exigir tributo a que não faz jus.”

– RE 92.927/SP. 2ª T, Rel. Min. Moreira Alves. RTJ 99/817.

10. Daí, ancorado na premissa de que o Estado, na condição de sujeito ativo da relação jurídico-tributária, bem assim o contribuinte, na de sujeito passivo, só podem agir em conformidade com a lei e com a ordem jurídica, exsurge

única e irreprochável a conclusão de não dispor de validade uma confissão de dívida tributária se, em face da lei, não for legítimo o crédito do Estado, ou seja, caso não seja legalmente devido o tributo. Se a imposição tributária não existe, por ausente de base legal, a errada declaração do contribuinte não pode fazê-la nascer.

10.1. E tanto é verdade que o sistema tributário contempla amplamente o direito à repetição do indébito tributário, nos casos em que se configure indevido pagamento de tributo, independentemente de prévio protesto, nada importando tenha ele redundado de erro de fato ou de direito, como ressaí do art. 165 do Código Tributário Nacional.

11. Não sobra dúvida, diante do exposto, de que o pedido de parcelamento (ou mesmo o pagamento integral) de qualquer valor indevido de tributo, seguido, ou não, da formalização de confissão de dívida, não implica vedação ao direito do contribuinte de pugnar, junto à autoridade judicial competente, pela desconstituição da situação daí decorrente (inclusive com pedido de repetição do que foi recolhido), com fundamento na ilegalidade, ilegitimidade ou invalidade do crédito tributário respectivo. ♦

A Denúncia da Lide nas Ações de Responsabilidade Civil do Estado

ALESSANDRA DE SOUZA ARAUJO

Defensora Pública. Ex-delegada de polícia do Estado do Rio de Janeiro.

"É razoável e impositivo que o Estado responda objetivamente pelos danos que causou. Mas só é razoável e impositivo que responda pelos danos que não causou quando estiver de direito obrigado a impedi-los."¹

Cumpra ao Estado prover a todos os interesses da coletividade. No exercício de suas atividades, o Poder Público pratica atos lesivos, e assim a responsabilidade patrimonial do Estado, a qual se traduz na obrigação de reparar o dano, chegou-nos como resultado de uma evolução histórica.

A União, Estados federados, Distrito Federal, Municípios, suas respectivas autarquias e as pessoas de direito privado prestadoras de serviços públicos respondem pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causam a terceiros. Aplica-se a teoria do risco administrativo, expressa no art. 37, § 6º, da Constituição Federal de 1988 (CF 88).

A regra é pois a responsabilidade objetiva do Estado, *lato sensu*, sem prejuízo das hipóteses em que este responderá subjetivamente, como no caso de causar prejuízo a alguém por falta de serviço, ou seja, por omissão.

O lesado, ao propor a ação judicial em face do Estado, provando o dano e o nexa causal, terá direito a indenização pelos danos materiais e morais².

¹ Celso Antônio Bandeira de Mello, "Curso de Direito Administrativo", ed. Malheiros, 12a ed., 1999, p. 796

² Em que pese entendimento de parte da doutrina na linha de que o funcionário só responde perante o Estado (Hely Lopes Meirelles e Celso Ribeiro Bastos, p. ex.), descabendo ao lesado acionar o funcionário, tem prevalecido a posição no sentido de que a vítima pode propor ação de indenização contra o agente, contra o Estado, ou contra ambos, como responsáveis solidários, nos casos de dolo e culpa. O STF tem reconhecido a possibilidade de propositura da ação contra o Estado e o agente conjuntamente: RE 90.071 – julg. em 18.8.1980, rel. Min. Cunha Peixoto, RDA 142/93, e AI 106.483, RDA 162/236 (*apud* Celso Antônio Bandeira de Mello, ob. cit., p. 815/816).

A responsabilidade estatal, em regra, independe de sua culpa, posto que vige a teoria da responsabilidade objetiva. Por outro lado, a Administração não possui disponibilidade sobre o patrimônio público. O verdadeiro causador do dano (servidor público ou não) que agiu com dolo ou culpa deve indenizar o Estado, regressivamente (art. 37, § 6º, *in fine*, da CF 88), ou seja, sofrer as sanções cíveis, para restabelecimento da paz social.

Clóvis Beviláqua já lecionava que o direito regressivo da pessoa jurídica de direito público contra os causadores do dano é "*aplicação de um princípio geral de direito que, tornado efetivo, seria um freio eficaz aos abusos, a que se deixaram arrastar autoridades arbitrárias*"³.

II – A DENUNCIÇÃO DA LIDE NAS AÇÕES DE RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO

A denúncia da lide é instituto que instiga polêmicas na doutrina, sendo farta a quantidade de obras dedicadas ao seu estudo. Pode ser definida como "*uma ação regressiva, 'in simultaneous processus', proponível tanto pelo autor como pelo réu, sendo citada como denunciada aquela pessoa contra quem o denunciante terá uma pretensão indenizatória, pretensão 'de reembolso', caso ele, denunciante, vier a sucumbir na ação principal*"⁴.

É prevista no Código de Processo Civil como modalidade de intervenção de terceiros, tal como a oposição, a nomeação à autoria e o chamamento ao processo. Não pode ser determinada de ofício pelo juiz, e pode ser ofertada tanto pelo autor quanto pelo réu.

No presente trabalho abordaremos a hipótese de denúncia da lide feita pelo Estado, quando este configura como único réu em uma ação indenizatória.

Segundo a maioria dos processualistas civis⁵, o direito de regresso pertencente ao Estado poderá ser exercido pela denúncia da lide, posto que é a via adequada, com previsão legal (art. 70, III, do Código de Processo Civil), que atenderá ao princípio da economia processual. Ao ofertar a contestação na ação indenizatória, o Estado (litisdenunciante) poderá deflagrar uma demanda incidental de garantia, em face do verdadeiro causador do dano (litisdenunciado), exercendo seu direito de regresso, via denúncia da lide.

³ *Apud* Carmen Lucia Antunes Rocha, em "Observações sobre a responsabilidade patrimonial do Estado", inserto na *Revista de Informação Legislativa*, ano 28, n. 111, jul/set 91, ao comentar o art. 15, *in fine*, do Código Civil de 1916

⁴ Athos Gusmão Carneiro, *Intervenção de Terceiros*, São Paulo, Saraiva, 8a ed., 1996

⁵ Como p.ex. Aroldo Plínio Gonçalves ("Da denúncia da lide", RJ, Forense, 2a ed., 1991, p. 251), Athos Gusmão Carneiro (ob. cit., p. 81) e Celso Agrícola Barbi (*Comentários ao Código de Processo Civil*, v. I, RJ, Forense, 6a ed., 1991, p. 206).

O denunciante deverá então expor os fatos e fundamentos jurídicos, para que o denunciado possa defender-se⁶. O juiz tem o poder-dever de rejeitar liminarmente a denúncia, se o denunciado não faz desde logo a prova do fato alegado⁷ ou se esta se afigura meramente protelatória⁸.

Em que pese a redação do *caput* do art. 70 do CPC, a denúncia da lide formulada pelo Estado na ação em que figura como réu, não é obrigatória nos casos do inciso III (posição já adotada pela doutrina e jurisprudência⁹), permanecendo íntegro o direito de regresso em face do agente que agiu com dolo ou culpa. Portanto, se por qualquer motivo não tramita a denúncia da lide, a consequência será mera preclusão naquele processo, ou seja, ficará ressalvada a via de se propor ação autônoma em face do terceiro.

Pela linha da doutrina processualista acima mencionada, encontramos jurisprudência de peso pela possibilidade de o Estado, em demanda em que se busca sua responsabilização civil, com base no disposto no art. 37, § 6º, da CF 88, denunciar a lide ao seu agente, causador do dano cuja reparação é pretendida¹⁰. Transcrevemos abaixo, pois, dois julgados:

“É de todo recomendável que o agente público, responsável pelos danos causados a terceiros, integre, desde logo, a lide, apresente sua resposta, produza prova e acompanhe toda a tramitação do processo” (STJ-RT 667/172).

“Responsabilidade civil do Estado – Denúnciação da lide ao agente – superveniência de sentença – irrelevância.

O Estado, quando réu em processo de indenização por dano causado a terceiro, tem direito a denunciar a lide ao agente eventualmente responsável por indenização regressiva. Requerida a denúncia, em tal circunstância, se o juiz a denegar, torna-se nulo o processo. A superveniência de sentença condenando o Estado não derroga o direito à denúncia nem purga a nulidade” (STJ, REsp 109.208-RJ¹¹).

⁶ JTA 107/273

⁷ RJTJESP 95/269

⁸ TRF, 4a Turma, Ag. 40.313 – RS, rel. Min. Carlos Madeira, j. 27.6.79

⁹ STJ, 2a Turma, REsp 78.954-PR, rel. Min. Ari Pargendler; TRF, 1a Turma, AC 64.174-RJ, rel. Min. Dias Trindade, j. 12.8.86

¹⁰ RSTJ 40/285, 58/260, maioria, 66/216; STJ – RT 667/172; TRF – RDA 147/203, RT 611/128, JTA 104/30, Bol. AASP 1.022/130, RP 21/310, RBDP 43/118

¹¹ Ac. da 1a Seç., publ. em 7.2.2000, Rel. Min. Gomes de Barros, partes: Estado do Rio de Janeiro x Georgina Brunízio Teixeira da Silva, Advs.: Christina Aires Corrêa Lima e Erminio Ferrero (fonte de consulta: COAD – Informativo semanal 16/2000)

Ousamos discordar dos dois acórdãos acima mencionados, e defendemos o não cabimento da denúncia da lide nas ações de responsabilidade civil estatal, salvo se houver a concordância do autor que pleiteia a indenização em face apenas do Estado.

Como já alertado, a matéria é extremamente divergente no âmbito dos tribunais, e encontramos jurisprudências contra a admissibilidade da denúncia da lide nas ações de responsabilidade civil do Estado¹².

É importante verificar que, mesmo para aqueles que entendem pelo cabimento da denúncia da lide, se não fora feita oportunamente pelo réu, não poderá este alegar nulidade *a posteriori*, sob pena de se violar o princípio da celeridade e contrariar o fundamento primordial do instituto que é a economia processual. Nesse sentido, vale ressaltar, pois, acórdão do STJ:

“Processada a causa sem a denúncia da lide, a anulação do feito contraria as finalidades do instituto, inspirado pelo princípio da economia processual. Por isso que, mesmo nas hipóteses em que o juiz a indefere quando deveria deferi-la, a jurisprudência vem se orientando no sentido de não anular o processo” (STJ, 2a Turma, REsp 109.208 – RJ, rel. Min. Ari Pargendler, j. 4.8.98, não conheceram, v.u., DJU 24.8.98, p. 49¹³).

Há de ser ressaltada corrente que admite a intervenção de terceiro, mas não a denúncia da lide. Isso com o pressuposto da solidariedade passiva. A solidariedade entre a pessoa jurídica de direito público e seu agente torna inadequada a denúncia da lide, revelando-se cabível, no caso, o chamamento ao processo (art. 77, III, do CPC)¹⁴.

Ainda pela inadmissibilidade da denúncia da lide, há autores que entendem cabível outra modalidade de intervenção de terceiro: a assistência, que é voluntária por parte do agente. Isso com o pressuposto na ilegitimidade passiva deste. Reconhece-se o interesse jurídico do suposto causador do dano na improcedência do pedido formulado pela vítima, já que tal

¹² RT 657/115, 743/257, RJTJESP 101/333, maioria, JTA 90/161, 94/99, RJ 246/97 (*apud* Theotônio Negrão, em remissões do art. 70, III, do CPC, *in* Código de Processo Civil e legislação em vigor, Saraiva, 30a ed., São Paulo, 1999)

¹³ Neste sentido: RSTJ 37/496, 48/213, maioria, 63/212, 85/171, 102/183, RT 657/118, JTA 65/83, 67/61, 77/99, 82/75, 91/49, 95/171, 102/148.

¹⁴ Essa corrente é defendida pelo eminente processualista Alexandre Freitas Câmara, *in* Lições de Direito Processual Civil, v. I, 4a ed., Lumen Iuris, 2000.

decisão impedirá eventual direito de regresso em face do então assistente¹⁵.

A doutrina administrativista sustenta, majoritariamente, ser incabível a denunciação da lide nas ações de responsabilidade civil estatal¹⁶. Podemos realçar a seguir algumas razões.

O primeiro argumento repousa na incompatibilidade entre o fundamento da ação originária, que é a responsabilidade objetiva, e o fundamento ventilado na denunciação da lide, que é o dolo ou culpa do causador do dano.

Certo que o autor da ação originária, ao narrar os fatos na petição inicial, poderá expor a conduta dolosa ou culposa do agente. Porém, se seu pleito é de condenação do Estado a indenizar, o fundamenta com base na teoria do risco administrativo e na responsabilidade objetiva, cinge-se, na matéria fática, quanto à prova dos elementos dano e nexa causal.

O Estado, quando faz a denunciação da lide, pretende provar o dolo ou culpa e a conseqüente condenação do terceiro causador do dano. Portanto, o Estado, quando ventila a responsabilidade subjetiva do agente, via denunciação da lide, forma uma relação processual que lhe proporciona faculdade de constituir prova de conduta dolosa ou culposa, o que, a princípio, é irrelevante para o reconhecimento do direito de indenização da vítima ou legitimado ativo na ação originária. Conforme acórdão abaixo, é “*vedada a intromissão de fundamento novo não constante da ação originária*”.

Esta assertiva é a pedra de toque da admissibilidade da denunciação da lide apenas na hipótese de concordância do autor, entendimento sustentado por nós no presente trabalho.

“A denunciação da lide só deve ser admitida quando o denunciado esteja obrigado, por força de lei ou do contrato, a garantir o resultado da demanda, caso o denunciante resulte vencido, vedada a intromissão de fundamento novo não constante da ação originária” (STJ, 4a Turma, REsp 2.967-RJ, rel. Min. Barros Monteiro, j. 23.10.90, deram provimento, v.u., DJU 18.2.91, p. 1.042¹⁷) (grifo nosso).

¹⁵ Celso Ribeiro Bastos: “... A ação de regresso só é cabível depois de ter havido a condenação dos Poderes Públicos ou concessionários. A vítima não pode acionar diretamente os servidores, embora existam autores que sustentem o contrário ... Não se pode haver denunciação da lide, já que isso se traduziria em compelir o agente a participar da própria ação de indenização, que, como vimos, por força da Constituição, tem por sujeito passivo as pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos. No entanto, se o servidor desejar ingressar no feito, na qualidade de assistente, isso é legítimo, pois ele tem interesse em que a ação seja dada por improcedente, o que impede desde logo a futura e hipotética ação de regresso.” (Curso de Direito Administrativo, ed. Celso Bastos, SP, 2002, p. 303 e 305)

¹⁶ Nessa corrente pela inadmissibilidade da denunciação da lide, podemos citar alguns autores como Celso Antônio Bandeira de Mello, Celso Ribeiro Bastos, Weida Zancaner e Vicente Greco Filho (este em *Justiça*, v. 94, p. 9-17)

¹⁷ No mesmo sentido: RSTJ 14/440, RT 492/159, TJTJERGS 167/273, 168/216, JTA 98/122.

A denunciação da lide é instituto que visa a evitar decisões conflitantes. Daí retiramos um segundo argumento em favor da inadmissibilidade. No caso em tela, a responsabilidade subjetiva do agente e sua condenação não modificam a adoção da teoria do risco administrativo e reconhecimento judicial do dever estatal de indenizar, que é independente daquela. Portanto, no caso de responsabilidade objetiva do Estado, não haverá risco de decisão conflitante com outra a ser proferida em outro feito caso o Estado venha a exercer seu direito de regresso em ação autônoma.

O terceiro argumento reside na ausência de obrigatoriedade, já espousada. Os próprios processualistas e a jurisprudência reconhecem não ser obrigatória a denunciação da lide no caso do art. 70, III, do CPC, e, caso esta não seja feita pelo réu ou seja rejeitada pelo juízo, não haverá a perda do direito de regresso, que poderá ser exercido *a posteriori*. Inclusive, a princípio, é imprescritível o direito do Estado de ser indenizado pelo agente verdadeiro causador do dano¹⁸ (art. 37, § 5º, da CF).

“A ação regressiva da Administração contra o causador direto do dano está instituída pelo § 6º do art. 37 da CF ... E, quanto aos servidores da União, a Lei federal nº 4.619/65 impõe seu ajuizamento ... dentro de sessenta dias da data em que transitar em julgado a condenação imposta à Fazenda ... Como ação civil, que é, destinada à reparação patrimonial, a ação regressiva (Lei nº 8.112/90, art. 122, § 3º), transmite-se aos herdeiros e sucessores do servidor culpado ...” (Hely Lopes Meirelles¹⁹)

O quarto argumento vem de ordem hermenêutica. Ora, o art. 37, § 6º, *In fine*, da Constituição Federal de 1988 (“... assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa”), não é regulamentado pelo art. 70, III, do Código de Processo Civil, editado em 1973. Vejamos a redação:

“A denunciação da lide é obrigatória:

...

III – àquele que estiver obrigado, pela lei ou pelo contrato, a indenizar, em ação regressiva, o prejuízo do que perder a demanda.” (grifo nosso).

A Carta Magna garante ao Estado seu direito de regresso, não mencionando o instituto da denunciação da lide como a via cabível. Assim, os

¹⁸ Não adentraremos na controvérsia existente acerca da imprescritibilidade ou prescrição vintenária nas ações em que o Estado aciona regressivamente o causador do dano.

¹⁹ *Direito Administrativo Brasileiro*, 20a ed., ed. Malheiros, 1995, p. 566

termos “obrigatória” e “lei” a que se refere a redação do Estatuto Processual Civil não devem ser interpretados literalmente²⁰.

“Lei” do art. 70, III, do CPC, pode ser considerada lei em sentido estrito, não abrangendo o texto constitucional, por uma interpretação com resultado restritivo²¹. Não planejaram incluir no termo “lei” também norma constitucional. O responsável pelo causador do dano não é obrigado a reembolsar o Estado por força de lei em sentido estrito, mas sim por força de dispositivo da Constituição Federal.

Em que pese esta ter natureza e força de lei, espécie normativa, o direito de regresso, previsto na Carta Política, não poderá ficar condicionado a uma única oportunidade nas vias processuais (“única” porque a denunciação da lide é feita pelo réu no mesmo prazo da contestação).

Ainda, caso fosse obrigatória a denunciação da lide, a defesa do Estado poderia em alguns casos restar em prejuízo, já que, ao sustentar dolo ou culpa da pessoa física agente público, o Estado estaria por via oblíqua reconhecendo os fatos narrados na petição inicial, corroborando com a própria procedência do pedido da ação originária.

Note-se que todos os argumentos da doutrina administrativista pela inadmissibilidade da denunciação da lide pelo Estado em face do agente causador do dano perdem força quando a vítima ou legitimado ativo concorda com a deflagração de tal relação jurídica estabelecida entre o Estado, réu, e o terceiro, o efetivo causador do dano. A instauração da denunciação da lide na prática prejudica o autor, pois com esta se perquire no processo também a responsabilidade subjetiva²². O autor pode optar em processar o Estado, o agente ou ambos²³. Assim, entendemos que apenas com a concordância do autor é que poderá ser admitida a denunciação da lide feita pelo réu.

²⁰ *“Nada de exclusivo apego aos vocábulos. O dever do juiz não é aplicar os parágrafos isolados, e, sim, os princípios jurídicos em boa hora cristalizados em normas positivas”* (Prof. Wigmore, da Northwestern University, citado por Carlos Maximiliano, *Hermenêutica e Aplicação do Direito*, 18a ed., ed. Forense, 1998, p. 119).

²¹ *“Potius dixit quam voluit* – disse mais do que pretendeu exprimir (brocardo mencionado na ob. cit. de Carlos Maximiliano, p. 198).

²² Para Yussef Said Cahali, o art. 37, § 6º, da Constituição “*visa proteger o administrado, oferecendo-lhe um patrimônio solvente e a possibilidade de responsabilidade objetiva em muitos casos*” (*Responsabilidade Civil do Estado*, SP, ed. Malheiros, 1995). Continua o mesmo autor paulista: “*seria imoral e despropositado pretender servir-se do mesmo processo instaurado pelo ofendido para inovar a fundamentação da ação, recuperar de terceiro aquilo que já deveria ter pago, na composição do dano sofrido pela vítima; e só esse pagamento efetivamente realizado legitima a pretensão fazendária regressiva contra o funcionário culpado, resta-lhe ação direta de regresso para o reembolso*”.

²³ Conforme já exposto *retro*, na ação proposta pela vítima, há corrente entendendo pela ilegitimidade passiva do agente, encontrando-se, porém, decisão do STF no sentido da possibilidade de propositura da ação em face do Estado e do agente conjuntamente, como litisconsortes passivos facultativos. Sobre a legitimidade passiva, tal controvérsia não será examinada minuciosamente no presente trabalho.

Vale consignar que o juiz, ao decidir pela admissibilidade ou não da denunciação da lide, não pode ter em vista o conflito existente entre o Estado e outrem, mas sim deve adotar a melhor solução para a condução do feito que preside. Dessa forma, registramos assertiva de Celso Ribeiro Bastos, acerca do dever da Administração Pública em postular o reembolso:

“Sabe-se que muitas vezes a Administração deixa de promover essa ação regressiva, mas isso é anomalia que não pode fundar ou embasar uma solução jurídica. O certo é que os Poderes Públicos têm o dever de mover essa ação de regresso em havendo indícios de culpa ou dolo. Se assim não procede, é um caso de ilegalidade administrativa a ser combatido pelos meios normais de controle da Administração”²⁴.

Interessante opinião de Celso Antônio Bandeira de Mello, que inicialmente entendia cabível a denunciação da lide, revendo posteriormente esta posição e acolhendo, pois, a corrente administrativista majoritária:

“Questão é a de saber-se se é aplicável ao tema da responsabilidade do Estado o disposto no art. 70, III, do Código de Processo Civil. Revendo posição anteriormente assumida, estamos em que tem razão Weida Zancaner ao sustentar o descabimento de tal denunciação. Ela implicaria, como diz a citada autora, mesclar-se o tema de uma responsabilidade objetiva – a do Estado – com elementos peculiares à responsabilidade subjetiva – a do funcionário. Procede sua assertiva de que, ademais, haveria prejuízos para o autor, porquanto ‘procrastinar o reconhecimento de um legítimo direito da vítima, fazendo com que este dependa da solução de um outro conflito intersubjetivo de interesses (entre o Estado e o funcionário), constitui um retardamento injustificado do direito do lesado, considerando-se que este conflito é estranho ao direito da vítima, não necessário para a efetivação do ressarcimento a que tem direito’²⁵ (grifos nossos).

Não podemos omitir a posição híbrida de alguns autores, que distinguem duas hipóteses: se a ação é proposta com fundamento exclusivo na responsabilidade objetiva do Estado ou falha anônima do serviço, sem individualizar o agente causador do dano, incabível a denunciação da lide; se a pretensão indenizatória é deduzida com fundamento em ato doloso ou culposo do funcionário, cabível será a tal instituto²⁶.

²⁴ Ob. cit., p. 304

²⁵ Ob. cit., p. 816-817

²⁶ É a posição de Maria Sylvia Zanella di Pietro (*Direito Administrativo*, editora Atlas SA, 14a ed., 2002, p. 536/537), a qual salienta estar corroborada com acórdãos in RT 526/221 e RT 500/103, e Yussef Said Cahali. Em seu livro, Di Pietro resume os principais argumentos

Diante de toda a divergência doutrinária e jurisprudencial acima exposta, bem como de nosso posicionamento a princípio minoritário, há de se reconhecer com unanimidade a cautela lecionada no acórdão do Superior Tribunal de Justiça abaixo mencionado:

“O requerimento de denunciação da lide nem sempre deve merecer deferimento, cumprindo ao Judiciário examinar criteriosamente seu cabimento no caso concreto”.

III - CONCLUSÕES

1. A teoria do risco administrativo, em que reside a responsabilidade objetiva do Estado, foi adotada constitucionalmente (art. 37, § 6º), respondendo subjetivamente (por dolo ou culpa) o verdadeiro causador do dano, em face de quem o Estado possui o direito de regresso.

2. A denunciação da lide, instituto pelo qual se exerce, *in simultaneus processus*, o direito de regresso, não pode ser feita de ofício pelo juiz, e deve ser rejeitada se meramente protelatória.

3. Segundo a maioria dos processualistas civis, o direito de regresso pertencente ao Estado poderá ser exercido pela denunciação da lide, posto que é a via adequada, com previsão legal (art. 70, III, do Código de Processo Civil), que atenderá ao princípio da economia processual.

4. Partindo do pressuposto da solidariedade passiva entre o Estado e o efetivo causador do dano (reconhecida em acórdão do STF, no RE 90.071), há doutrina, minoritária, entendendo incabível aquele denunciar a lide a este, sendo adequado o instituto do chamamento ao processo (art. 77 do CPC).

5. A doutrina administrativista, em sua maioria, não admite a denunciação da lide nas ações de responsabilidade civil do Estado, pois (a) com a denunciação da lide se ventila responsabilidade subjetiva, fundamento novo não constante da ação originária, o que é vedado; (b) mesmo não tramitando a denunciação da lide, não haverá risco de decisões conflitantes, pois a responsabilidade do Estado (objetiva) independe da do verdadeiro causador do dano (subjetiva), sendo diversas as suas naturezas. Encontramos

daqueles que entendem pela inadmissibilidade da denunciação da lide: *“(a) são diversos os fundamentos da responsabilidade do Estado e do servidor; (b) essa diversidade de fundamento retardaria injustificadamente a solução do conflito entre vítima e Estado; (c) o art. 70, III, do CPC refere-se ao garante, o que não inclui o servidor, no caso de ação regressiva prevista no dispositivo constitucional”.* Consigna que, com o disposto no art. 122, § 2º (*“Tratando-se de dano causado a terceiros, responderá o servidor perante a Fazenda Pública, em ação regressiva”*) da Lei nº 8.112/90, afasta-se quer a denunciação da lide quer o litisconsórcio. Entretanto, a consagrada doutrinadora, na mesma obra, pugna pelo cabimento da denunciação da lide na hipótese em que o fundamento constante na petição inicial repousa em ato doloso ou culposo do funcionário.

ainda outras razões: (c) não é obrigatória a denunciação da lide que se embasa no art. 70, III, do CPC, vez que a sua não realização não acarreta o perecimento do direito de regresso pertencente ao Estado, que poderá então propor ação autônoma em face do verdadeiro responsável após ser proferida sentença na ação originária; (d) o CPC, onde é prevista a denunciação da lide, é anterior à Lei Maior de 1988, não regulamentando esta quando menciona “lei” no art. 70, III; não se pode considerar a denunciação da lide a oportunidade adequada para o exercício do direito de regresso quando este é previsto pela Constituição, que não é *lei* em sentido estrito a que se refere o inciso III do art. 70 do CPC (exegese restritiva).

6. Há posição híbrida, adotada por doutrina de peso: se a ação é proposta com fundamento exclusivo na responsabilidade objetiva do Estado ou falha anônima do serviço, sem individualizar o agente causador do dano, incabível a denunciação da lide; se a pretensão indenizatória é deduzida com fundamento em ato doloso ou culposo do funcionário, cabível será a tal instituto.

7. Sustentamos em posição minoritária que a denunciação da lide nas ações de responsabilidade civil do Estado poderá ser cabível somente se o autor concordar com o trâmite da mesma, pois tal instituto estabelece uma relação processual entre réu e litisdenuciado, restando prejudicado o autor. Este não tem a princípio interesse na demanda incidental de condenação do agente; se o tivesse, teria proposto ação em face de ambos.

8. Seja qual for a corrente doutrinária ou jurisprudencial adotada, é imprescindível vislumbrar que *“o requerimento de denunciação da lide nem sempre deve merecer deferimento, cumprindo ao Judiciário examinar criteriosamente seu cabimento no caso concreto”* (STJ, REsp. 2.545). ♦

Redução da Maioridade Penal: Solução?

WAGNER CINELLI DE PAULA FREITAS

Juiz de direito do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, Mestre em Política Criminal pela London School of Economics and Political Science

MYRIAN SEPÚLVEDA DOS SANTOS

Professora de Sociologia do Departamento de Ciências Sociais da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, PhD em Sociologia pela New School for Social Research (NY)

Frente ao assassinato brutal de um casal de jovens que foi acampar na região de Embu-Guaçu (SP), é compreensível o sentimento de indignação e revolta por parte da população e a procura por medidas práticas e imediatas que garantam a cada cidadão brasileiro a segurança contra a violência, que parece não encontrar limites. Presenciamos nos últimos meses uma adesão maciça da população à proposta de redução da maioridade penal. Sugerida pelo advogado Ari Friedenbach, pai da adolescente assassinada barbaramente por um jovem de 16 anos, a defesa da diminuição da idade para responsabilidade penal obteve a adesão quase imediata não só da opinião pública, mas de setores da sociedade tradicionalmente voltados para a defesa dos direitos das crianças e dos adolescentes. Dom Aloísio Lorscheider, cardeal-arcebispo de Aparecida (SP), foi favorável à redução da maioridade penal para 16 anos e a coordenadora da Pastoral da Criança, Zilda Arns Neumann, mostrou-se indecisa, defendendo a organização de um plebiscito.

Em que medida, entretanto, a redução da maioridade penal não é apenas mais uma solução ilusória, em grande parte veiculada pela mídia? Será este o caminho para a redução do índice de violência e criminalidade como apregoado? Indo de encontro à opinião pública e até mesmo acuados pela proposta do plebiscito, o Ministro da Justiça, Márcio Thomaz Bastos, o vice-presidente do Supremo Tribunal Federal, Ministro Nelson Jobim, defensores públicos da União e diversos outros formuladores de políticas públicas têm afirmado que a redução da maioridade penal não vai resolver o problema da segurança pública no país, esclarecendo a população de que o controle da criminalidade passa por processos de longo prazo, que envolvem a reforma do Judiciário, do Ministério Público, do sistema prisional e das corporações policiais. É preciso, neste momento, cobrarmos da imprensa um tratamento mais sério e profundo de questões relativas à segurança, para que um sentimento generalizado de indignação não seja manipulado de forma sensacionalista. Embora a proposta de alteração da legislação penal cumpra bem o

papel de apaziguar o medo e a ansiedade coletiva, pois aponta para um caminho prático e imediato, a população deve ser informada da ineficácia desta medida no combate ao crime. Mais do que isso: é preciso alertar a população de que enviar indivíduos cada vez mais jovens para as prisões, além de ser uma medida extremamente injusta, pode implicar em um recrutamento mais precoce destes jovens pelo crime organizado, com o consequente aumento da violência.

Dois argumentos se destacam na defesa da redução da maioridade penal. Em primeiro lugar, o de corrigir a impunidade de crimes cometidos por menores, uma vez que hoje os adolescentes com menos de 18 anos não respondem criminalmente ao Código Penal; mas por ato infracional do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), cumprindo pena socioeducativa de no máximo três anos em entidades como a FEBEM. É inegável que há crimes hediondos que precisam ser punidos, e que há determinados tipos de criminosos que precisam ser afastados da sociedade. É também inegável que jovens com tendência ao crime encontram na proteção à criança e ao adolescente um escudo que os permite agir de maneira mais livre. É preciso, entretanto, considerar que a redução da maioridade penal não é resposta para estes problemas.

As prisões mostraram-se ao longo dos dois últimos séculos instituições incapazes de conciliar os direitos dos presos com exigências de disciplina e segurança. A tarefa de ressocializar o criminoso nas prisões tem sido abandonada nas últimas décadas em praticamente todos os países dados os baixos índices obtidos de recuperação de criminosos. Podemos mesmo dizer que as prisões nascem com uma proposta contraditória, a de ressocializar o criminoso a partir do seu isolamento do convívio com a sociedade. A necessidade de controlar e disciplinar um grande número de pessoas em uma instituição isolada em si mesma faz com que o uso de estereótipos limitados e hostis e práticas violentas tornem improvável a recuperação do condenado.

Mas se o sistema prisional é um problema mesmo em países que mantêm as penitenciárias funcionando em consonância ao que estabelece a lei, no Brasil, a questão é mais séria, pois o sistema reflete a condição de penúria que atinge os serviços públicos. Consideradas entre as mais violentas do mundo, as prisões brasileiras são descritas como caldeirões do inferno. O problema da superlotação carcerária é confirmado pelos dados fornecidos pelo Departamento Penitenciário Nacional: a população carcerária, no Brasil, em junho de 2003, era de 284.989 presos, enquanto as vagas disponíveis somavam apenas 180.726, ou seja, um déficit de 104.263 vagas.¹ Além

¹ www.mj.gov.br/depen/sistema_brasil.htm.

de numericamente insuficientes, as celas, em regra, não apresentam condições mínimas de privacidade e higiene, sendo que os presos não têm qualquer defesa em relação à agressividade de outros detentos. As prisões não obedecem à Lei de Execução Penal, que estabelece, por exemplo, a classificação dos internos por índice disciplinar e critérios de separação. Arbitrariedades de toda ordem são cometidas contra os internos e o valor das leis é muitas vezes relativizado dentro dos muros dos cárceres. A ineficiência é tanta que em muitas unidades da Federação ainda há presos que cumprem penas maiores do que as devidas por serem esquecidos pela burocracia da Justiça Criminal.

As instituições prisionais do eixo Rio-São Paulo encontram-se sob forte pressão de organizações criminosas. Isso quer dizer que o Estado não exerce mais nem mesmo o poder de vigilância e controle que exercia no passado, estando os internos submetidos aos regulamentos impostos pelas facções criminosas. Se há algum valor perpetuado no interior dos presídios, encontra-se associado à delinqüência. A proposta de que jovens criminosos passem a ser enviados para casas de detenção e penitenciárias de adultos permitirá que eles sejam recrutados mais cedo pelas organizações criminosas, aumentando com isso o ciclo da violência.

Há uma enorme complacência da população com as atrocidades descritas nas prisões brasileiras. Apesar da indignação que se repete regularmente quando são mostradas as condições em que os presos são mantidos no cárcere, a opinião pública se satisfaz com as implosões cinematográficas dos complexos prisionais, sem se preocupar com o fato de que estas vêm ocorrendo sistematicamente e que nenhuma mudança substantiva é feita no tratamento aos presos. Não é absurdo pensarmos que, da maneira que são conduzidas, as prisões parecem atender satisfatoriamente apenas ao sentimento coletivo de vingança da população.

As tentativas de ação preventiva contra o crime, de aplicação de penas alternativas à prisão e de políticas de recuperação de jovens infratores têm sido realizadas em vários países, pois está cada vez mais claro que as prisões, da mesma forma que os hospícios, sanatórios, orfanatos, asilos e internatos diversos, são instituições que necessitam da violência e da destruição física e moral do interno, tornando-se, com isso, incapazes de cumprir seus objetivos mais nobres. Portanto, a alternativa de opção por investimento em educação, ampliação da participação política e social, saúde, educação, programas culturais e ressocialização de jovens infratores é correta não apenas por questões éticas e morais, mas também porque o sistema prisional é ineficiente, difícil de ser administrado e absurdamente caro para os poucos recursos públicos disponíveis.

Um segundo argumento relacionado à proposta de mudança na legislação penal parte da premissa de que a grande função da pena não é castigar, mas sim intimidar os menores infratores, que cometeriam menos crimes caso soubessem que seriam julgados como maiores. Argumenta-se que uma das causas da criminalidade seria a impunidade. Como dar respostas mais eficazes ao aumento da delinquência juvenil?

Evidentemente, os códigos penais devem ser capazes de intimidar possíveis transgressões à lei. À aplicação de leis mais severas, devemos esperar a diminuição da criminalidade. Ainda assim, há duas questões a serem consideradas. Em primeiro lugar, é preciso que o sistema de leis e sua aplicabilidade tenham credibilidade, pois de nada adianta termos leis que não são cumpridas. Se há favorecimentos e corrupção na aplicação da lei, ela não realizará seu papel de intimidação. No Brasil, diz-se que a lei é para os pobres, pois acredita-se que há crimes que se tornam impunes em decorrência da corrupção de policiais e/ou outras autoridades. Além disso, a ineficiência do sistema, apoiado em práticas antigas e burocratizadas, faz com que sejam necessários conhecimento e meios para que os processos caminhem no melhor interesse do réu. Não é por acaso que uma das principais bandeiras do atual governo é a da democratização da Justiça e que ela encontre ressonância popular. Não é preciso lembrar, ainda, que muito há a fazer no que tange à reorganização da polícia. Neste contexto, de pouco adiantam leis mais severas. O passo a ser dado é o de resgate de um sistema de normas penais, que precisa ser aplicado de forma universal e reconhecido como justo pelo conjunto dos cidadãos.

Em segundo lugar, é notório que a relação entre aumento das penas e diminuição da criminalidade não é constante. Diversos estudos têm mostrado que a pena de morte, por exemplo, não implica em diminuição da criminalidade. Crimes hediondos não chegam a 2% e eles dificilmente serão reduzidos por leis mais severas. Exemplo disso está na denominada Lei dos Crimes Hediondos, de 25 de julho de 1990, que recrudescer as penas para certos delitos e, apesar dela, o número de crimes de extorsão mediante seqüestro cresceu nos anos que lhe seguiram. Numa sociedade excludente como a brasileira, pobreza, desigualdade social, deterioração de valores morais e organização do crime são fatores que não podem ser descartados como irrelevantes. Entre os índices que chamam a atenção, está aquele constantemente denunciado por Luiz Eduardo Soares, que aponta um genocídio no Brasil, uma vez que a juventude recrutada pelo tráfico de drogas, majoritariamente constituída por pobres e negros, de sexo masculino, está sendo dizimada a ponto de a estrutura demográfica brasileira já apresentar um déficit de jovens entre 15 e 24 anos, só comparável ao observado em sociedades

que estão em guerra. Sabem os jovens que a opção pelo crime é também uma opção por uma morte prematura. É difícil acreditar, portanto, que estes jovens, sabendo dos riscos que correm nas lutas entre gangues e no confronto com a polícia, vão se sentir intimidados pelo rigor da lei. No assassinato do casal de namorados, largamente veiculado pela mídia, há uma grande ênfase no papel do adolescente que estuprou e matou a facadas a jovem, mas poucas indagações são feitas sobre o envolvimento de quatro outros adultos da região nos atos bárbaros cometidos. Como explicar esta cumplicidade angariada tão facilmente? Será que a redução da maioria penal teria algum efeito sobre a seqüência de perversidades denunciadas em Embu-Guaçu?

Em suma, responsabilizar diferentemente os jovens de 12, 14 ou 16 anos por atos idênticos aos de um adulto não implica em impunidade, mas em uma opção política que reflete não apenas a consciência de que grande parte dos jovens criminosos não teve acesso aos benefícios mais elementares do Estado democrático de Direito, mas, antes de tudo, a necessidade de priorizar o investimento na recuperação do jovem, procurando com isso alternativas ao confinamento em um sistema prisional extremamente ineficiente, que hoje cumpre, entre outras, a função de formar criminosos e organizar o crime.

O jurista e sociólogo Raymundo Faoro, na célebre obra **Os Donos do Poder**, já advertia sobre o famigerado equívoco que é crer que a reforma legislativa leve à reforma social. A proposição da redução da maioria penal, caso levada adiante, servirá apenas para apaziguar os ânimos e as tensões daqueles que, apesar de genuinamente preocupados, não perseguem soluções, mas a mera troca de problemas. ♦

A incidência da Lei nº 10.259/2001 no Juizado Especial Criminal Estadual

CLÁUDIO CALO SOUSA

Promotor de Justiça do Trabalho e professor da EMERJ

Ementa : Com o advento da novel Lei nº 10.259, de 12 de julho de 2001, que instituiu os Juizados Especiais Cíveis e Criminais no âmbito da Justiça Federal, deve-se concluir que foi ampliado o conceito de infração penal de menor potencial ofensivo, devendo o novo conceito ser estendido à esfera Estadual, sob pena de se violar o princípio constitucional da isonomia e o princípio da razoabilidade, excepcionados os delitos para os quais haja previsão de rito especial, face ao disposto no artigo 1º do referido diploma legal, que admitiu a aplicação da ressalva prevista no artigo 61 da Lei nº 9.099/95 à esfera Federal.

I- Intróito

Com o advento da Constituição da República de 1988, o artigo 98, de forma expressa, previu a criação dos Juizados Especiais Criminais, os quais são competentes para a conciliação o julgamento e a execução das infrações penais de menor potencial .

Em sendo assim, ficou a cargo do legislador infraconstitucional a conceituação de infração penal de menor potencial ofensivo, surgindo assim a Lei nº 9.099/95, cujo artigo 61 entendeu ser as contravenções penais e os crimes cuja *pena máxima* não ultrapasse um ano, *desde que não tenha procedimento especial*.

Pacificou-se o entendimento de que *todas* as contravenções penais, mesmo possuindo rito especial, seriam infrações penais de menor potencial ofensivo, como é o caso da contravenção denominada “jogo do bicho”, em que pese o culto professor Damásio E. de Jesus insurgir-se contra este entendimento.

Após, o Código de Trânsito Brasileiro passou a admitir a aplicação de institutos previstos na Lei nº 9.099/95 a alguns crimes cometidos na condu-

ção de veículos automotores, como é o caso, por exemplo, da lesão corporal culposa (artigo 303 do CTB), que, por força do artigo 291, parágrafo único, do referido diploma legal, admite a conciliação civil, a renúncia ao direito de representação e a transação penal.

No entanto, no tocante às referidas infrações penais de trânsito, entendemos, pelo fato de o legislador admitir a aplicação de institutos denominados “despenalizadores”, não podem as mesmas ser consideradas infrações penais de menor potencial ofensivo, até porque a competência é do Juízo Criminal Comum e não do Juizado Especial Criminal. O legislador, tão somente, de forma imprópria e por razões de política criminal, entendeu entender os referidos institutos àquelas.

Como se pode observar, falta ao legislador um mínimo de conhecimento jurídico e de visão sistemática, pois, ao mesmo tempo que agravou algumas penas de crimes cometidos na direção de veículos automotores, também mitigou o rigor ao admitir a aplicação de institutos previstos na Lei dos Juizados Especiais Criminais.

Depois, mais um ato normativo foi elaborado pelo legislador e sancionado pelo Poder Executivo, que foi a Lei nº 10.259/2001, em que passou a disciplinar os Juizados Especiais Cíveis e Criminais no âmbito da Justiça Federal, acabando por entrar em vigor no dia 13 de janeiro de 2002.

Este novo diploma legal, em seu artigo 2º, parágrafo único, deu nova definição legal às infrações penais de menor potencial ofensivo, *in litteris*:

“Parágrafo único. Consideram-se infrações penais de menor potencial ofensivo, para efeitos desta lei, os crimes a que a lei comine pena máxima dois anos, ou multa”.

Diante deste novo conceito, inúmeros trabalhos foram publicados, surgindo diversos entendimentos, vez que para uns há dois conceitos de infração penal de menor potencial, enquanto para outros o conceito é um só, devendo a Lei nº 10.259/2001 ser aplicada à esfera Estadual.

Há ainda que se registrar que a Chefia do “parquet” fluminense editou um ato conjunto com o Secretário de Segurança Pública e o Chefe de Polícia Civil do Estado do Rio de Janeiro, entendendo pela existência de vícios de inconstitucionalidade, o que motivou inclusive uma representação junto ao Procurador-Geral da República.

No ato conjunto nº 001/2002, ficou resolvido que os crimes cujas penas cominadas fossem superiores a um ano e inferiores a dois anos, a autoridade policial continuaria lavrando auto de prisão em flagrante, se fosse o caso, e encaminhando ao Juízo Criminal comum, ou encaminhando o inquérito policial para as Promotorias de Investigação Penal (Centrais de Inquéritos). Portanto, tudo deveria ficar como era antes do advento da referida lei federal.

Ademais, vem se sustentando a inconstitucionalidade, no mínimo em parte, da Lei nº 10.259/2001, em especial do disposto no artigo 20, em que segundo a interpretação de alguns operadores do direito, quando dispõe “*vedada a aplicação desta lei no juízo estadual*”, acaba por ofender o princípio constitucional da isonomia.

II - Dois conceitos de infração penal de menor potencial ofensivo?

A lei federal (10.259/2001) fez com que doutrina e alguns operadores do direito viessem a adotar vários entendimentos, alguns sustentando que se passou a admitir dois conceitos de infração penal de menor potencial ofensivo, ou seja, um para ao Juizado Especial Criminal Estadual, previsto no artigo 61 da Lei nº 9.099/95 e outro, para a esfera Federal, previsto na Lei nº 10259/2001. Já outros autores passaram a entender que o conceito de infração penal de menor potencial ofensivo é um só, isto é, o previsto no artigo 2º da Lei nº 10.259/2001, que acabou revogando o conceito previsto no artigo 61 da Lei nº 9.099/95, inclusive, a ressalva quanto aos crimes que possuem procedimento especial.

Em suma, este último entendimento considera infração penal de menor potencial ofensivo as contravenções penais e os crimes cuja pena máxima não ultrapassa dois anos ou seja cominada pena de multa, independentemente de haver previsão de rito especial ou não.

Não podemos concordar com o entendimento daqueles que defendem que com o advento da Lei nº 10.259/2001, passou-se a ter dois conceitos de infração penal de menor potencial ofensivo, ou seja, um previsto no artigo 61 da Lei nº 9.099/95 para a esfera estadual e outro para a esfera federal, previsto no artigo 2º, parágrafo único, daquele diploma legal, pois a própria Constituição da República procurou distinguir no tocante aos Juizados Especiais Criminais, as Justiças Estadual e Federal, tendo cada uma suas próprias peculiaridades. Ademais, segundo este entendimento, o disposto no artigo 2º, parágrafo único, da Lei nº 10.259/2001, de forma expressa preceitua que aquele conceito é aplicável apenas à esfera federal, pois utilizou-se da expressão “*para os efeitos desta lei*” (grifo nosso). E, por fim, argumentam ainda com o disposto no artigo 20 do referido diploma legal federal, o qual também de forma expressa, “*vedou a aplicação desta lei no juízo estadual*”. Portanto, esse entendimento não admite que o conceito de infração penal de menor potencial ofensivo tenha sido ampliado na esfera estadual.

Ora, segundo a maioria dos doutrinadores (Fernando da Costa Tourinho Filho, Damásio E. de Jesus, Alberto Silva Franco, Luiz Flávio Gomes, dentre outros) não há dúvidas de que com o advento da Lei nº 10.259/2001, o conceito de infração penal de menor potencial ofensivo foi ampliado, devendo o

artigo 2º, parágrafo único, da referida lei ser aplicado à esfera estadual, face aos princípios constitucionais da proporcionalidade e da isonomia. Em sendo assim, citam como exemplo o fato de que se uma pessoa desacata uma autoridade federal teria direito aos institutos da Lei nº 9.099/95, já se desacata uma autoridade policial estadual, em havendo dois conceitos distintos de infração penal de menor potencial ofensivo, não faria jus àqueles institutos, o que geraria um vício de inconstitucionalidade, violando o artigo 5º da CRFB/88.

Portanto, ao nosso sentir, não há dúvidas de que o conceito de infração penal de menor potencial ofensivo foi ampliado, devendo tal conceito ser aplicado inclusive de forma retroativa, face ao disposto no artigo 5º, inciso XL, da CRFB/88, sendo certo que os *processos em curso no Juízo Criminal*, que apuram as novas infrações penais de menor potencial ofensivo, não podem prosseguir no referidos juízo, devendo ser encaminhados ao Juizado Especial Criminal, a fim de que sejam aplicados os institutos “despenalizadores” previstos na Lei nº 9.099/95, se for o caso. É certo que alguns Juízos Criminais estão aplicando os referidos institutos na própria vara criminal, porém tal procedimento afronta o disposto no artigo 98 da CRFB/88, face à competência absoluta do Juizado Especial Criminal

Cumpra-nos assinalar que há operadores do direito entendendo que o atual conceito de infração penal de menor potencial ofensivo abrange todas as contravenções penais, os crimes cujas penas privativas de liberdade não superam dois anos, *bem como os crimes apenados com pena privativa de liberdade, independentemente do quantum*, desde que seja cominada alternativamente a pena de multa, pois o artigo 2º, parágrafo único, da Lei nº 10.259/2001, de forma expressa dispõe “ou multa”.

Ousamos também discordar, vez que, desde a criação dos Juizados Especiais Criminais, o legislador procurou conceituar infração penal de menor potencial ofensivo levando em consideração a pena máxima privativa de liberdade, ou seja, o quantum da pena mais grave. Em sendo assim, levando-se em consideração que a sanção pecuniária é mais branda que a pena privativa de liberdade, pode-se concluir que deve prevalecer esta última pena, ou seja, o quantum máximo de dois anos, pois, do contrário, chegar-se-ia, com a devida vênia, ao absurdo de considerar como infração penal de menor potencial ofensivo o tipo penal previsto no artigo 7º da Lei nº 8.137/90, apesar de o legislador ter cominado a pena máxima privativa de liberdade de 05 (cinco anos). Não foi esta a *ratio legis*.

III - Do suposto vício de inconstitucionalidade do artigo 20 da Lei nº 10.259/2001

Alguns operadores do direito vêm entendendo pela existência de vício de inconstitucionalidade, pelo menos em parte, da Lei nº 10.259/2001, no

mínimo do disposto artigo 20, pois, segundo eles, este dispositivo impede a aplicação da referida lei no âmbito do JECRIM estadual.

No entanto, conforme já assinalado, não vislumbramos qualquer afronta à CRFB pelo referido dispositivo legal, senão vejamos:

Em que pese o posicionamento em contrário, não há vício, pois na realidade, apesar de o legislador não possuir técnica-legislativa, assim como pouco conhecimento do sistema jurídico, a parte final do dispositivo em análise, que veda a incidência da lei no juízo estadual não pode ser interpretada isoladamente, ou seja, não se pode destacá-la da parte inicial do referido dispositivo legal.

Ora, o referido dispositivo legal preceitua que “onde não houver Vara Federal”, a causa poderá ser proposta no Juizado Especial Federal mais próximo do foro definido no artigo 4º da Lei nº 9.099/95, “vedada a aplicação desta lei no juízo estadual”. Em sendo assim, *s.m.j.*, preconizamos que a preocupação deste dispositivo legal como um todo não foi de vedar a aplicação da Lei nº 10.259/2001 ao âmbito estadual, *per si*, mas sim de impedir que o Juizado Especial Criminal Estadual de uma localidade onde não tenha Vara Federal passe a ser investido de jurisdição federal e venha a aplicar os institutos “despenalizadores” previstos na Lei nº 9.099/95.

Em suma, o legislador federal procurou forçar a instalação de Juizados Especiais Criminais Federais, não investindo o Juízo Estadual de jurisdição federal como ocorre por exemplo na hipótese prevista no artigo 27 da Lei nº 6.368/76. É certo que o legislador, como se costuma dizer popularmente, “choveu no molhado”, mas também é sabido que este mesmo legislador, conforme salientado, possui, repise-se, poucos conhecimentos sobre o sistema jurídico tanto que transformou a contravenção penal de porte de arma em crime (Lei nº 9.437/97), a fim de coibir a posse e uso de armas de fogo, mas quatro anos depois transformou este crime em infração penal de menor potencial ofensivo, admitindo a aplicação de “cestas básicas” ao autor da infração.

Portanto, em matéria de legislação, em especial penal, tudo é possível, face à falta de visão sistemática.

IV- Dos crimes que possuem procedimento especial para processo e julgamento

Muitos operadores do direito estão defendendo que o artigo 61 da Lei nº 9.099/95 foi revogado pelo parágrafo único do artigo 2º da Lei nº 10.259/2001, conseqüentemente a parte final daquele dispositivo legal, que ressaltava os crimes com rito especial, não seria mais aplicada. Desta forma, o crime de abuso de poder, crimes contra a honra, dentre outros, seriam infra-

ções penais de menor potencial ofensivo, admitindo-se, em tese, a aplicação dos institutos “despenalizadores” da Lei nº 9.099/95.

Mais uma vez ousamos discordar.

Inicialmente, não se pode deixar de observar que o artigo 1º da Lei nº 10.259/2001 admite, de forma expressa, que se aplique aos Juizados Especiais Cíveis e Criminais Federais a Lei nº 9.099/95, naquilo que não houver incompatibilidade. Em sendo assim, verificamos que a ressalva constante no artigo 61 deste último diploma legal quanto às infrações penais com rito especial deve continuar a ser aplicada, pois não há qualquer incompatibilidade, sendo certo que, entendimento em contrário, acabaria violando os princípios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade, previstos no artigo 2º da Lei nº 9.099/95, e outros princípios inclusive de ordem constitucional.

Ora, se o legislador prevê rito especial para o processo e julgamento de determinados crimes é porque, na grande maioria dos casos, há alguma complexidade ou peculiaridade, o que exclui por completo a competência do JECRIM.

Vejamos alguns exemplos:

No caso do crime de calúnia, previsto no artigo 138 do Código Penal, em que alguém imputa a outrem falsamente fato definido como crime. E se o suposto ofensor desejar fazer a exceção da verdade? Como compatibilizar com o princípios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade, previstos na própria Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais?

O mesmo se pode questionar no caso do crime de difamação, em que o ofendido é agente público e a ofensa é relativa ao exercício de suas funções (artigo 139, parágrafo único, do Código Penal).

Sequer se pode cogitar da aplicação do artigo 77, § 2º, da Lei nº 9.099/95, porque, na realidade, para que haja exceção da verdade pressupõe o oferecimento de ação penal, sendo certo que o referido dispositivo legal prevê que se houver complexidade *antes* do exercício do direito de ação penal, o MP poderá requerer ao Juízo o encaminhamento das peças aos Juízo comum. Ora, a aplicação deste dispositivo seria o malfadado “jeitinho brasileiro” para adequar uma situação complexa, mas não seria a nosso ver, de boa técnica, pois configuraria uma forma de não atender aos princípios informadores do JECRIM.

Um outro exemplo é o crime de abuso de poder, previsto na Lei nº 4.898/65, em que, no artigo 6º, § 3º, comina ao autor do delito as sanções penais de detenção de 10 (dez) dias a 06 (seis) meses, multa, perda do cargo e a inabilitação para o exercício de qualquer outra função pública por prazo de até 03 (três) anos).

Em sendo assim, analisando-se as penas previstas para o referido delito, pode-se concluir que não se trata propriamente de infração de menor potencial ofensivo, muito pelo contrário, até porque o sujeito ativo do delito pode até mesmo perder seu cargo público.

Qual seria a razão de o legislador prever a perda do cargo e a inabilitação para o exercício de qualquer outra função pública por um espaço de tempo? A resposta parece ser lógica, é que o sujeito ativo, agente público, ao cometer o crime de abuso de poder viola princípios constitucionais, como o da legalidade e da moralidade administrativa (artigo 37 da CRFB/88). Portanto, o bem jurídico tutelado é bastante sério, o que afasta tal delito do conceito de infração penal de menor potencial ofensivo, face à magnitude da lesão, além do mais também tem rito especial.

Ora, à luz do princípio da ofensividade, aplicado por muitos, *nullum crime sine injuria*, se uma determinada infração viola bens jurídicos considerados pelo legislador constituinte como fundamentais, parece claro que não pode a mesma ser considerada de menor potencial ofensivo, pois violaria os princípios da razoabilidade e proporcionalidade.

Não se pode olvidar que a ordem jurídica constitucional, no artigo 5º da CRFB/88, de forma expressa, REPELE:

- a tortura, o tratamento desumano ou degradante (inciso III);
 - a violação da intimidade, da vida privada (inciso X);
 - a violação do domicílio (inciso XI);
 - a violação das correspondências e das comunicações telefônicas (inciso XII);
 - a violação a qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais (inciso XLI);
 - a privação de liberdade sem o devido processo legal (inciso LIV);
 - a prisão do cidadão, salvo em flagrante delito ou por ordem fundamentada de autoridade judicial (inciso LXI);
 - a prisão ilegal (inciso LXV);
 - a prisão quando a lei admitir liberdade provisória ou fiança (inciso LXVI);
- Inclusive, assegura o direito à indenização ao cidadão que ficou preso além do tempo fixado na sentença (inciso LXXV).

Em sendo assim, suponhamos uma hipótese bastante comum em que um cidadão, suspeito de ter cometido um delito hediondo ou equiparado, tem a sua prisão temporária decretada por trinta dias, sendo prorrogada por mais trinta dias e, ao final, a Autoridade Policial prolonga ainda mais a privação da liberdade, cometendo o delito previsto no artigo 4º, alínea "i", da Lei nº 4.898/65.

Este agente público que violou os direitos e garantias fundamentais de um cidadão, bem como os princípios da moralidade e legalidade admi-

nistrativa fará jus à transação penal? Será que a infração cometida por este agente público é de menor potencial ofensivo? E o bem jurídico ofendido, será que não é de grande importância inclusive constitucional? Será que a magnitude da lesão viabiliza, em tese, a transação penal? Será razoável e proporcional a aplicação dos institutos “despenalizadores” da Lei nº 9.099/95 a autores de tal delito?

Ora, como aplicar uma pena restritiva de direitos ou o pagamento das denominadas “cestas básicas” a um agente público que atentou com o segundo maior direito do cidadão que é a liberdade, sendo o primeiro, o direito à vida.

Parece cristalino que as hipóteses delituosas previstas na Lei nº 4.898/65 estão correlacionadas com os direitos e garantias individuais previstas no artigo 5º da CRFB/88. Portanto, conclui-se que não pode ser considerada infração de menor potencial ofensivo, até porque seria teratológico o legislador erigir determinados direitos à categoria de direitos e garantias fundamentais, mas caso violados, as consequências jurídicas seriam mínimas ou inexistentes.

No âmbito da legislação falimentar, tem-se o crime previsto no artigo 190 do Decreto-lei nº 7.661/45, em que trata como crime a aquisição de bens da massa falida por determinadas pessoas, como o magistrado, o membro do Ministério Público dentre outros, tendo como pena máxima absolutamente cominada de dois anos de detenção.

Ora, como compatibilizar o rito do processo dos crimes falimentares com a simplicidade, o informalismo, a oralidade e a celeridade dos Juizados Especiais Criminais?

Não há inclusive quem entenda que o inquérito judicial é contraditório (artigo 106 do Decreto-lei nº 7.661/45, como José Frederico Marques e Fernando da Costa Tourinho Filho)? Como será possível apenas lavrar um termo circunstanciado?

Se for preconizado o entendimento de que o artigo 61 da Lei nº 9.099/95 foi totalmente revogado, conseqüentemente o crime que tenha rito especial, dependendo da pena (não superior a dois anos), seria considerado infração penal de menor potencial ofensivo. Desta forma, chegaríamos ao absurdo de excluir as contravenções penais dos Juizados Especiais, senão vejamos:

Ora, é certo e sabido que infração penal configura gênero, tendo como espécies o crime/delito e as contravenções penais, sendo certo que o artigo 61 da Lei nº 9.099/95, de forma técnica, colocou como infrações penais de menor potencial ofensivo as contravenções penais e os crimes cujas penas máximas não superam um ano, já o artigo 2º, parágrafo único, da Lei nº 10.259/2001, não foi tão técnico, pois considera como infrações penais de menor potencial ofensivo “os crimes” (grifei), silenciando quanto às contravenções penais. Então, estas estariam fora do conceito?

Não há dúvidas de que o artigo 109 da CRFB/88 exclui da competência da Justiça Federal as contravenções penais, razão talvez pela qual a Lei nº 10.259/2001 excluiu do conceito o “crime-anão”. Mas se o artigo 61 da Lei nº 9.099/95 foi revogado e se for possível “ressuscitar” a parte que prevê as contravenções penais, da mesma forma poderá ser “ressuscitada” a ressalva (“excetuados os casos em que a lei preveja procedimento especial”).

De se verificar que este entendimento foi acolhido em novembro de 2001, no 10º Encontro do Fórum Permanente de Coordenadores de Juizados Especiais, realizado em Porto Velho-Rondônia, que teve a participação também do Exmo. Sr. Presidente do E. STJ, Ministro Costa Leite, tendo, na ocasião, sido editado o enunciado nº 46, *in litteris*:

“A lei nº 10.259/2001 ampliou a competência dos Juizados Especiais Criminais dos Estados e Distrito Federal para o julgamento de crimes com pena máxima cominada até dois anos, excetuados aqueles sujeitos a procedimento especial.”

V- Conclusão

Conclui-se que não há qualquer vício de inconstitucionalidade na Lei nº 10.259/2001, sendo certo que o novo conceito de infração penal de menor potencial ofensivo deve levar em conta todas as contravenções penais e os crimes cuja pena máxima não ultrapassa dois anos, ressalvado aqueles que possuem rito especial.

Outrossim, rogamos a Deus que o legislador tenha mais cautela nos projetos de leis, buscando orientações jurídicas dos operadores de direito, a fim de que sejam evitadas reformas pontuais e teratológicas, como ocorreu com a lei dos delitos hediondos, lei de combate à tortura, lei dos juizados especiais criminais Estadual e Federal e a novel lei de entorpecentes, dentre tantas outras. ◆

Aspectos Modernos da Teoria da Desconsideração da Personalidade Jurídica

MÁRCIO SOUZA GUIMARÃES

Promotor de Justiça no Estado do Rio de Janeiro; Professor de Direito Empresarial da Fundação Getúlio Vargas e da EMERJ

Introdução

O atual estágio de desenvolvimento humano enfrenta uma inversão de valores sociais e morais. O errado é tido como certo e o certo como errado, a ponto de se ter como forma pejorativa de tratamento referência a determinada pessoa como “muito certinha”, “muito correta”, “não tem jogo de cintura”. Isto acarreta na perpetração de fraudes as mais variadas, sempre com o intuito do locupletamento pessoal em detrimento de outrem. Os modelos societários de organização empresarial poderão ser utilizados para o alcance de tais objetivos espúrios, quando será necessário o incremento de instrumentos para coibir comportamentos que lesionem direitos de credores confiantes na teoria da aparência. A desconsideração da personalidade jurídica se prestará a tanto, funcionando, ao mesmo tempo, repressiva e preventivamente, para que a paz social seja preservada. Entretanto, não se pretende tomar a exceção pela regra, tampouco a banalização do instituto; é necessária a sua aplicação em larga escala, em virtude do quadro social contemporâneo, mas sempre de forma precisa e fundamentada, observados os requisitos ensejadores.

1. *A disregard doctrine*

1.1. Origem

A fraude não é um fenômeno novo no cenário jurídico-social. Sempre houve a tentativa de se fugir à responsabilidade patrimonial mediante inúmeros artifícios, alcançados pelo instituto da fraude contra credores, disposto no artigo 106 e seguintes do Código Civil, repisado no Novo Código Civil (arts. 158 e seguintes), como demonstra YUSSEF SAID CAHALI em monografia sobre o tema¹.

¹ CAHALI, Yussef Said. *Fraude Contra Credores*. 3ª ed. São Paulo: RT, 2002.

A organização mercantil sob a forma de sociedade, para algumas mentes, acaba por incentivar a prática de atos escusos, se prestando a sociedade como ser imaterial servidor de abrigo ao fraudador. Nesse sentido, a doutrina e a jurisprudência desenvolveram mecanismos para descortinar a sociedade, retirando o véu protetor, viabilizando o alcance daqueles que se camuflam.

A decisão judicial precursora da teoria da desconsideração da personalidade jurídica remonta ao ano de 1809, no caso *Bank of United States v. Deveaux*², quando o juiz Marshall manteve a jurisdição das cortes federais sobre as **corporations** - a Constituição Americana (art. 3º, seção 2ª) reserva a tais órgãos judiciais as lides entre cidadãos de diferentes Estados. Ao fixar a competência acabou por desconsiderar a personalidade jurídica, sob o fundamento de que não se tratava de sociedade, mas sim de sócios contendedores.

O caso que mais teve repercussão mundial foi o ocorrido na Inglaterra (*Salomon v. Salomon & Co.*) que, ao contrário do indigitado, não foi o pioneiro, datando, portanto, de 1897. De toda sorte, tal julgado delineou o instituto da desconsideração. Aaron Salomon com mais 6 membros de sua família criou uma **company**, em que cada sócio era detentor de uma ação, reservando 20.000 ações a si, integralizando-as com o seu estabelecimento comercial, sendo certo que Aaron Salomon já exercia a mercancia, sob a forma de firma individual. Os credores oriundos de negócios realizados pelo comerciante individual Aaron Salomon viram a garantia patrimonial restar abalada em decorrência do esvaziamento de seu patrimônio em prol da **company**. Com esse quadro, o juízo de primeiro grau declarou a fraude com o alcance dos bens do sócio Aaron Salomon. Ressalte-se, entretanto, que a **House of Lords**, reconhecendo a diferenciação patrimonial entre a companhia e os sócios, não identificando nenhum vício na sua constituição, reformou a decisão exarada. Como aponta Piero Verrucoli³, a teoria da desconsideração teve sua difusão contida em virtude do efeito vinculante das decisões da Casa dos Lordes.

Em razão do berço da teoria (EUA e Inglaterra) alguns termos em língua estrangeira são de comum utilização: **disregard of legal entity**; **piercing the corporate veil** e **lifting the corporate veil**.

O desenvolvimento da teoria ganhou força no direito norte-americano, chegando ao direito brasileiro pela fala de Rubens Requião⁴, em palestra

² WORMSER, Maurice, "Piercing the veil of corporate entity", *Columbia Law Review*, Columbia, 12:496-518, 1912, p. 498.

³ VERRUCOLI, Piero. "Il Superamento della personalità giuridica delle società di capitali nella common law e nella civil law", Milano, Giuffrè, 1964, p. 90-2 e p. 103.

⁴ REQUIÃO, Rubens. *Abuso de direito e fraude através da personalidade jurídica*. São Paulo: Revista dos Tribunais 410/12.

proferida na Universidade Federal do Paraná, baseando o raciocínio na fraude e no abuso de direito.

O direito positivo reconheceu a *disregard doctrine* na regra inserta no artigo 28 da Lei 8.078/90; no artigo 18 da Lei 8.884/94; no artigo 4º da Lei 9.605/98 e, mais recentemente, no artigo 50 do Novo Código Civil.

1.2. Pressuposto

A teoria da desconsideração da personalidade jurídica tem como pressuposto a consideração da personalidade jurídica, com as respectivas conseqüências advindas da separação do sócio e sociedade, v.g., diferenciação de nome, nacionalidade, domicílio e, principalmente, patrimônio.

Os dispositivos do Código Comercial (1850), referentes às sociedades, davam margem à dúvida sobre a consideração da personalidade jurídica, ao asseverar que dentre os sócios, ao menos um deveria ser comerciante, nos termos dos artigos 311; 315 e 317. Em 1916, o Código Civil dirimiu qualquer controvérsia ao indicar o nascimento da personalidade jurídica (artigo 18), bem como ao asseverar que *as pessoas jurídicas têm existência distinta da dos seus membros* (artigo 20). O mesmo caminho foi percorrido pelo novo Código Civil, nos artigos 45⁵ e 985⁶.

As sociedades irregulares ou de fato terão como conseqüência restrições, sendo a mais grave a ausência de limitação da responsabilidade dos sócios (artigo 301, *in fine*), como acentua José Edwaldo Tavares Borba, exemplificando: "*Constitui, portanto, um grande risco participar de sociedade irregular, pois qualquer que seja a sua espécie, ainda que a da sociedade por quotas, a responsabilidade dos sócios será ilimitada. A própria sociedade anônima não escaparia dessa ilimitação de responsabilidade, excetuados, naturalmente, nas companhias abertas, os acionistas de mercado, posto que inteiramente desvinculados da affectio societatis e, por via de conseqüência, do núcleo em que se manifestam as relações sociais.*"⁷.

Nesse sentido, não terá cabimento a utilização do mecanismo da desconsideração da personalidade jurídica para as sociedades irregulares ou de fato, seja porque, na primeira, a irregularidade já tem por efeito o alcance indiscriminado dos sócios ou porque, na segunda, não houve consideração da personalidade jurídica.

⁵ Art. 45. "*Começa a existência legal das pessoas jurídicas de direito privado com a inscrição do ato constitutivo no respectivo registro, precedida, quando necessário, de autorização ou aprovação do Poder Executivo, averbando-se no registro todas as alterações por que passar o ato constitutivo*".

⁶ Art. 985. "*A sociedade adquire personalidade jurídica com a inscrição, no registro próprio e na forma da lei, dos seus atos constitutivos (arts. 45 e 1.150)*".

⁷ BORBA, José Edwaldo Tavares. *Direito Societário*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 47.

1.3. Requisitos

1.3.1. Teoria Menor

A teoria menor da desconsideração dispensa raciocínio mais acurado para a incidência do instituto, bastando que a diferenciação patrimonial da sociedade e sócio se afigure como obstáculo à satisfação de credores. Todas as vezes que a pessoa jurídica não tiver bens suficientes em seu patrimônio para a satisfação do crédito ou até mesmo em razão de sua iliquidez, os sócios seriam responsabilizados. Em alguns julgados verifica-se até mesmo o alcance de outra pessoa jurídica não-sócia, só pelo fato de ser detentora da mesma marca; *v.g.*, a 4ª Turma do Superior Tribunal de Justiça decidiu, por maioria, que o defeito de uma filmadora da marca *Panasonic* adquirida no exterior deveria ser suportado pela sociedade nacional somente pelo fato de deter o direito ao uso da marca, como se afere do seguinte trecho: “*Se empresas nacionais se beneficiam de marcas mundialmente conhecidas, incumbe-lhes responder também pelas deficiências dos produtos que anunciam e comercializam, não sendo razoável destinar-se ao consumidor as conseqüências negativas dos negócios envolvendo objetos defeituosos*”⁹.

A aplicação da *disregard doctrine* não pode se resumir a aspecto tão superficial, sob pena de abalo da segurança jurídica necessária ao bom convívio social. As formas de organização societária se apresentam sob diversas espécies para que o empreendedor possa amoldá-las às suas necessidades. Como hipótese para reflexão, vejamos que não se pode conceber que um acionista de uma grande companhia corra o risco de ver a desconsideração decretada alcançando-o, violando toda a evolução impressa pela recente reforma da lei das sociedades anônimas (Lei 10.303/2001), no sentido da captação de recursos populares (*poupança popular*). Da mesma forma, a insolvência ou falência, pura e simples, não pode se afigurar como requisito para a desconsideração, apesar de registrada no artigo 28 da Lei 8.078/90⁹, devendo estar atrelada ao fato da *má administração*, senão a insegurança seria tão intensa que um fator econômico externo, como a alta desenfreada do dólar, poderia levar à quebra uma sociedade que sempre cumpriu com as suas obrigações, sem que haja qualquer ingerência sobre a causa, surpreendendo os sócios honestos que, via de conseqüência, restariam arredios à realização de novos investimentos.

⁹ RSTJ 137/ 389.

⁹ Art. 28 - “O juiz poderá desconsiderar a personalidade jurídica da sociedade quando, em detrimento do consumidor, houver abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social. A desconsideração também será efetivada quando houver falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração”.

Com efeito, a estabilidade dos investidores (*rectius*: sócios) é de curial importância para o fortalecimento da economia do país, como observa Luiz Leonardo Cantidiano ao citar parecer do Deputado Antonio Kandir¹⁰, oferecido à Comissão de Finanças e Tributação, quando da tramitação do projeto de lei que culminou na Lei 10.303/2001: *“Isto posto, apresenta-se o ensejo para aprimorar as instituições do mercado de capitais, cuja democratização conduzirá a um maior dinamismo do capitalismo no país, vez que trata-se de um mercado através do qual o empresário no Brasil poderá obter capitais a um preço mais acessível, facilitando o processo de mobilização da poupança pública em atividade produtiva. Com o incremento desse mercado, poderemos nutrir sólidas expectativas no desenvolvimento das empresas que atuam no país, consolidando sua competitividade no cenário interno e externo, que se traduzirá em uma maior oferta de empregos e melhor distribuição de rendas e riquezas.”*

O princípio da autonomia patrimonial necessita ser relevado para que se alcancem os objetivos de crescimento de um país classificado como *“em desenvolvimento”*, nos moldes da nossa nação.

1.3.2. Teoria Maior

A teoria maior se fundamenta em maior apuro e precisão do instituto da desconsideração da personalidade jurídica, baseando-se em requisitos sólidos identificadores da fraude - a utilização da couraça protetora para camuflar atos eivados de fraude pelo sócio com a utilização da sociedade.

A regra é a consideração da personalidade jurídica, prevalecendo, sobretudo, a diferenciação patrimonial da sociedade e seus sócios, tendo sede, apenas excepcionalmente, o mecanismo pelo qual se ignora o véu societário, diante de situações específicas, como acentua Rolf Serick, em monografia precursora sobre o assunto: *“a jurisprudência há de enfrentar-se continuamente com os casos extremos em que resulta necessário averiguar quando pode prescindir-se da estrutura formal da pessoa jurídica para que a decisão penetre até o seu próprio substrato e afete especialmente a seus membros”*¹¹.

Rubens Requião trilhou o mesmo raciocínio ao delinear o instituto: *“Ora, diante do abuso de direito e da fraude no uso da personalidade jurídica, o juiz brasileiro tem o direito de indagar, em seu livre convencimento, se há de consagrar a fraude ou o abuso de direito, ou se deva desprezar a perso-*

¹⁰ CANTIDIANO, Luiz Leonardo. *Reforma da Lei das S.A.*. São Paulo: Renovar, 2002, p. 11.

¹¹ SERICK, Rolf. *Aparencia y realidad en las sociedades mercantiles*, trad. Jose Puig Brutau, Barcelona, Ariel, 1958.

nalidade jurídica, para, penetrando em seu âmago, alcançar as pessoas e bens que dentro dela se escondem para fins ilícitos ou abusivos."¹².

Com efeito, a insuficiência patrimonial, a falência, insolvência ou inadimplência não se apresentam como causas para a desconsideração, como ressaltado no seguinte aresto: "*Agravo de instrumento. Contrato firmado com pessoa jurídica. Sociedade por cotas de responsabilidade limitada - para reforma de imóvel, firmado, apenas, pelo representante legal da construtora. Inexistindo, qualquer situação, dentre as previstas no art. 28 do Código de Defesa do Consumidor, não há razão legal para a "desconsideração da personalidade jurídica" da sociedade ré, a autorizar o chamamento dos sócios, cuja responsabilidade - até para fins tributários - está, em princípio, limitada à cota social subscrita.*"¹³.

A positivação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica, como asseverado, se deu com a Lei 8.078/90, cuja redação foi copiada pela Lei 8.884/94, possibilitando equívocos, pois há alusão expressa à *falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica, provocada por má administração*, dando azo à interpretação literal da incidência. Todavia, os idealizadores das normas que tutelam as relações de consumo, em obra coletiva, explicitam a adoção da regra: "*De todo o exposto, o que se verifica é a tendência cada vez mais freqüente, em nosso Direito, de desfazer o mito da intangibilidade dessa ficção conhecida como pessoa jurídica - exacerbada, ultimamente pela personificação das sociedades unipessoais - sempre que for usada para acobertar a fraude à lei ou o abuso das formas jurídicas.*"¹⁴ Assim, necessária se faz a análise do caso específico com fulcro na existência de *má administração*, ressaltando que inaptidão para o negócio ou eventual insucesso não a caracterizam, necessitando o intuito deliberado de mal administrar, acabando por recair no *abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social*, consoante disposto na primeira parte do dispositivo¹⁵.

¹² *Op. cit.*, p. 278.

¹³ Agravo de Instrumento n° 3.663/97. 2ª Câmara Cível do TJ/RJ. Rel. Des. Maria Stella Rodrigues, decisão em 14/10/97, por unanimidade.

¹⁴ GRINOVER, Ada e outros. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor, comentado pelos autores do anteprojeto*. 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, p. 210.

¹⁵ Art. 28 - "*O juiz poderá desconsiderar a personalidade jurídica da sociedade quando, em detrimento do consumidor, houver abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social. A desconsideração também será efetivada quando houver falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração.*"

A regra inserta no § 5º do art. 28 da Lei 8.078/90¹⁶ merece comentário, sob pena de cair por terra todo o raciocínio desenvolvido sobre a teoria menor, à medida que parece concretizar a teoria maior da desconsideração da personalidade jurídica. Zelmo Denari aduz que a eficácia do texto legal foi comprometida em razão do veto presidencial ao § 1º¹⁷ do indigitado artigo: *“Dando fecho aos comentários desta seção, resta comentar que o reconhecimento da valia e eficácia normativa do § 5º do art. 28 está condicionado à interpretação que se der às razões de veto opostas pelo presidente da República ao seu § 1º. Remetendo-nos aos argumentos de fundo aduzidos no subtítulo “Legitimidade Passiva” (cf. item 4 retro), e admitindo que houve um “equivoco remissivo de redação”, pois as razões de veto foram direcionadas ao § 5º do art. 28, não se pode deixar de reconhecer o comprometimento da eficácia deste parágrafo, no plano das relações de consumo”*¹⁸. Mesmo que não se prevaleçam tais argumentos, outro enfoque afigura-se conclusivo, ao se encarar a regra de que o parágrafo está ligado ao *caput*, o qual não pode ser modificado pelo *apêndice*.

O novo Código Civil adotará a teoria da desconsideração da personalidade jurídica em seu artigo 50¹⁹, cuja proposição original foi inspirada por Rubens Requião²⁰. Apesar de a novel legislação fazer alusão ao *abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial*, não haverá modificação no cenário contemporâneo, sendo o abuso da personalidade jurídica o cerne do instituto, restando clarificado que o desvio de finalidade e a confusão patrimonial são exemplificativos²¹,

¹⁶ Art. 28, § 5º - *“Também poderá ser desconsiderada a pessoa jurídica sempre que sua personalidade for, de alguma forma, obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores”*.

¹⁷ §1º - *“A pedido da parte interessada, o juiz determinará que a efetivação da responsabilidade da pessoa jurídica recaia sobre o acionista controlador, o sócio majoritário, os sócios-gerentes, os administradores societários e, no caso de grupo societário, as sociedades que o integram”*.

¹⁸ *Op. cit.*, p. 214.

¹⁹ Art. 50 - *“Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial, pode o juiz decidir, a requerimento da parte, ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica.”*

²⁰ REQUIÃO, Rubens. *Curso de Direito Comercial*. 22ª ed., 1º v. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 279.

²¹ Assim decidiu a comissão de Direito de Empresa, da qual fizemos parte, criada pelo Conselho da Justiça Federal em conjunto com o Superior Tribunal de Justiça na Jornada de Direito Civil, com a finalidade de interpretar regras do novo Código Civil. Enunciado nº 51 – *“Art. 50: a teoria da desconsideração da personalidade jurídica - disregard doctrine - fica positivada no novo Código Civil, mantidos os parâmetros existentes nos microsistemas legais e na construção jurídica sobre o tema”*.

pois o fato de um pai utilizar todos os bens de seu filho e este último também agir da mesma forma em relação ao genitor haverá notável confusão patrimonial, mas não fraude, salvo se tiver por fim a escusa da responsabilidade patrimonial.

1.4. Efeitos

A aplicação da *disregard doctrine* terá por consequência o alcance daquele que se utilizou indevidamente da diferenciação patrimonial – o sócio, seja pessoa natural ou jurídica. O descortinamento se dará para o caso concreto e de forma momentânea, isto é, retira-se o véu, alcança-se o patrimônio daquele que perpetrou o ato e, novamente, retorna-se o véu à origem para cumprir com seu objetivo de incentivo aos investimentos. Não se pode asseverar que determinada sociedade teve a sua desconsideração chancelada em processo judicial, com decisão transitada em julgado, estando, portanto, os sócios ao alvedrio de todas as responsabilidades rubricadas, a partir de então, no passivo societário. Em suma, repise-se, a desconsideração é momentânea e para o caso concreto.

Não há que se falar em *despersonalização*, mas sim *desconsideração*. A despersonalização acarreta no fim da personalidade, o que somente adviria com a extinção da sociedade.

Rubens Requião indica que: “*pretende a doutrina penetrar no âmago da sociedade, superando ou desconsiderando a personalidade jurídica, para atingir e vincular a responsabilidade do sócio*”, arrematando, adiante: “*não se trata, é bom esclarecer, de considerar ou declarar nula a personificação, mas de torná-la ineficaz para determinados atos.*”²².

2. Formas de efetivação

As formas de efetivação do instituto têm sido definidas pela doutrina e jurisprudência, quando inúmeras questões foram chanceladas pelo crivo jurisdicional.

2.1. Desconsideração direta

Nas hipóteses em que a fraude for de plano aferida, haverá a intenção preliminar de se pugnar pela desconsideração para alcance daquele que efetivamente praticou o ato lesivo. Situações existem em que a utilização do anteparo protetor é flagrante como, *v.g.*, aluguel de um imóvel em nome da sociedade para ser utilizado como residência de um dos sócios; enfrentado no seguinte acórdão: “*Responsabilidade. Civil. Locação. Aluguer. Pagamen-*

²² *Op. cit.*, p. 277.

to. *No contrato de locação, o pagamento e a obrigação principal do inquilino, se a avenca foi realizada por pessoa jurídica, fraudulentamente, os bens dos sócios respondem pelo pagamento.*"²³. Muito comum também o empresário²⁴ individual se travestir sob a forma de sociedade, apresentando-se no quadro societário com 98% das cotas, sendo os outros 2% de propriedade de um *homem de palha*²⁵, como assentou o E. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro: "*Com a teoria da desconsideração da personalidade jurídica visa-se a coibir o uso irregular da forma societária, geradora da personalidade jurídica, para fins contrários ao direito. A pessoa da sociedade não se confunde com a do sócio, e isso é um princípio jurídico básico, porém, não é uma verdade absoluta, e merece ser desconsiderada quando a "sociedade" é apenas um "alter ego" de seu controlador, em verdade comerciante individual*"²⁶. Como ato corriqueiro também merece registro o abandono do estabelecimento. Não se pode, a todo evidente, "quando os negócios não estão indo bem, fechar as portas e mudar de ramo", deixando os credores desguarnecidos. A fraude se torna clara quando simplesmente são cerradas as portas, deixando credores ao alvedrio da sorte, por ser de responsabilidade do comerciante (individual ou coletivo, *rectius*: sociedade) indicar no re-

²³ RESP 150809 / SP. 6ª Turma do STJ. Rel. Min. LUIZ VICENTE CERNICCHIARO. Decisão em 02/06/1998, por unanimidade.

²⁴ Art. 966 do novo Código Civil – "*Considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços*".

²⁵ FILHO, Alfredo Lamy e PEDREIRA, José Luiz Bulhões. *A Lei das S.A.*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 255. Expressão utilizada para designar aqueles sócios que existem apenas para se alcançar a pluralidade, uma vez que o ordenamento jurídico não admite, como regra, a unipessoalidade societária.

²⁶ Apelação Cível nº 2001.001.27044. 2ª Câmara Cível do TJ/RJ. Rel. Des. Elisabete Filizzola. Julgado em 29/05/2002.

²⁷ Nesse sentido, dispõem as normas sobre o assunto:

Art. 53, III, e do Decreto 1.800/96 (regulamenta a Lei 8.934/94 – Registro Público de Empresas Mercantis e Atividades Afins).

Art. 53 – *Não podem ser arquivados:*

III – os atos constitutivos e os de transformação de sociedades mercantis, se deles não constarem os seguintes requisitos, além de outros exigidos em lei:

e) o nome empresarial, o município da sede, com endereço completo, e o foro, bem como os endereços completos das filiais declaradas;

Mesma regra subsistirá no novo Código Civil

Art. 46 - *O registro declarará:*

I - a denominação, os fins, a sede, o tempo de duração e o fundo social, quando houver;

Art. 968. A inscrição do empresário far-se-á mediante requerimento que contenha:

IV - o objeto e a sede da empresa.

gistro competente o local em que pode ser encontrado²⁷. Tal prática tem recebido severa resposta jurisdicional: "*Recusa, por evidente ocultação, do recebimento do ato citatório para início da execução. A jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro registra alguns acórdãos em que se tomou em conta a moderna teoria do Superamento da Personalidade Jurídica, também conhecida como "teoria da penetração", hoje largamente divulgada nos Estados Unidos (disregard of legal entity), para reconhecer a responsabilidade dos sócios de sociedade por quotas de responsabilidade limitada pelas obrigações sociais decorrentes de ato ilícito ou fraudulento. Desconsideração da pessoa jurídica; citação na pessoa dos sócios da sociedade limitada.*"²⁸. O abandono do estabelecimento também é destinatário de tratamento legal repressivo no sistema falimentar, considerado como ato que dá ensejo ao requerimento de falência, bem como à propositura de ação revocatória²⁹.

Ademais, mesmo assente a possibilidade em se alcançar diretamente o patrimônio do sócio, deixando de lado a couraça protetora, não se afigura aconselhável a propositura de demanda apenas em face deste, sendo mais eficaz a inclusão da sociedade no pólo passivo, sob a forma de litisconsórcio passivo (facultativo). Isto porque ambos ofertarão preliminar de ilegitimidade passiva, a qual somente será apreciada quando da análise do mérito³⁰, pois o acolhimento de uma delas acarretará no pré-julgamento da outra. De forma incisiva o E. Superior Tribunal de Justiça foi além ao dispor que a presença da sociedade no pólo passivo é imprescindível: "*A despersonalização da pessoa jurídica é efeito da ação contra ela proposta; o credor não pode, previamente, despersonalizá-la, endereçando a ação con-*

²⁸ Agravo de Instrumento nº 442/96. 4ª Câmara Cível do TJ/RJ. Rel. Des. Celso Guedes, decisão em 23/10/96, por unanimidade.

²⁹ Lei de Falências (D.L. 7.661/45):

Art. 2º. *Caracteriza-se, também, a falência, se o comerciante:*

VII - ausenta-se sem deixar representante para administrar o negócio, habilitado com recursos suficientes para pagar os credores; abandona o estabelecimento; oculta-se ou tenta ocultar-se, deixando furtivamente o seu domicílio.

Art. 53. - *São também revogáveis, relativamente à massa, os atos praticados com a intenção de prejudicar credores, provando-se a fraude do devedor e do terceiro que com ele contratar.*

³⁰ Não se podendo dizer que a preliminar se confunde com o mérito, porque senão não seria preliminar.

³¹ REsp. 282266/RJ; 3ª Turma do STJ. Rel. Min. ARI PARGENDLER. Decisão em 18/04/2002, por unanimidade.

tra os sócios³¹.

2.2. Desconsideração incidental

A fraude, pela sua estrutura, se apresenta eivada de mácula, portanto, sendo de difícil percepção inicial. Assim, é provável que somente com a propositura da demanda em face da sociedade, no desenrolar do curso cognitivo processual, se tenha acesso ao *conclium fraudis*, momento em que se pugnará pela desconsideração da personalidade para a retirada do escudo protetor, alcançando aquele que efetivamente é o autor do ato. Nesse contexto surge a discussão sobre a possibilidade de ser decretada a desconsideração no mesmo processo (incidental) ou então se curial se faz a deflagração de demanda autônoma para tanto.

A jurisprudência tem chancelado o posicionamento de que a existência do contraditório é indispensável, não obstante a possibilidade da materialização incidental. O E. Superior Tribunal de Justiça decidiu que: “A desconsideração da pessoa jurídica é medida excepcional que só pode ser decretada após o devido processo legal, o que torna a sua ocorrência em sede liminar, mesmo de forma implícita, passível de anulação.”³². Da mesma forma o E. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro: “Agravado de Instrumento. Medida cautelar de arresto. Grupo societário. Inclusão do sócio no pólo passivo. Impossibilidade. Na medida cautelar, seja preparatória, seja incidental, não se pode admitir a inclusão do sócio do grupo societário supostamente responsável pelas reparações pleiteadas, sem a prévia desconsideração da personalidade jurídica desta, em processo de cognição plena. Hipótese de arresto de percentagem de renda da sócia, em que se impõe o devido processo legal, que não se confunde com a simples medida cautelar.”³³.

A preservação do contraditório não afasta a possibilidade da decretação incidental da desconsideração; o que não é viável é o pedido de *disregard*, tendo como consequência uma perfunctória decisão judicial determinando a constrição de um bem do sócio. A oitiva daquele sobre qual recai a imputação da fraude e posteriormente o seu alcance, sem olvidar do princípio constitui-

³² AGRESP 422583/PR. 1ª Turma do STJ. Relator: Min. JOSÉ DELGADO, decisão em 20/06/2002, por unanimidade.

³³ Agravo de Instrumento nº 8173/98, 4ª Câmara Cível do TJ/RJ. Rel. Jair Pontes de Almeida, decisão em 17/12/98, por unanimidade.

³⁴ Art. 93, IX da C.R.F.B. – “*todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei, se o interesse público o exigir, limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes;*”

onal da fundamentação das decisões judiciais³⁴, é de indispensável relevo.

O novo Código Civil positiva a teoria em tela, em sua parte geral, na regra inserta no art. 50, restando patente a possibilidade de sua implementação incidental, ao indicar que o pedido pode ser formulado pela parte ou pelo Ministério Público, quando lhe couber intervir no processo – só há parte ou atuação do Ministério Público como *custos legis* quando presente o processo.

No sentido acima esposado, a 3ª Turma do E. Superior Tribunal de Justiça precisou: “*A aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica dispensa a propositura de ação autônoma para tal. Verificados os pressupostos de sua incidência, poderá o Juiz, incidentalmente no próprio processo de execução (singular ou coletiva), levantar o véu da personalidade jurídica para que o ato de expropriação atinja os bens particulares de seus sócios, de forma a impedir a concretização de fraude à lei ou contra terceiros.*”³⁵.

Na mesma linha, no processo falimentar, quando do decreto de quebra ou até mesmo em decisão futura pode ser implementada a desconsideração, como acentuou a 3ª Turma do E. Superior Tribunal de Justiça: “*Provada a existência de fraude, é inteiramente aplicável a Teoria da Desconsideração da Pessoa Jurídica a fim de resguardar os interesses dos credores prejudicados.*”³⁶. Também assim assertou a 7ª Câmara Cível do E. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro: “*Falência. Sociedade por cotas. Decretação da indisponibilidade dos bens de ex-sócios. Possibilidade de aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica da sociedade se no curso do processo apurar-se se houve prática de atos violadores de administração, assegurando-se ao ex-sócio o direito de ampla defesa*”³⁷.

2.3. Desconsideração “Inversa”

A utilização de mecanismos para se furtar à responsabilidade, em virtude do avançado grau de degradação moral do ser humano, tem dado azo à utilização da desconsideração da personalidade jurídica para a tutela de interesses legítimos, invertendo o percurso da sua aplicação original. Em vez de o sócio se utilizar da sociedade como escudo protetivo, passa a agir ostensivamente, escondendo seus bens na sociedade, ou seja, o sócio não

³⁵ ROMS 14168 / SP; 3ª Turma do STJ. Rel. Min. NANCY ANDRIGHI (1118), decisão em 30/04/2002, por unanimidade. No mesmo sentido e com o mesmo teor: RESP 332763/SP; RECURSO ESPECIAL 2001/0096894-8.

³⁶ RESP 211619/SP. 3ª Turma do STJ. Rel. Min. Eduardo Ribeiro. Relator p/ Acórdão Min. Waldemar Zveiter, decisão em 16/02/2001, por unanimidade.

³⁷ Agravo de instrumento nº 2001.002.09655 do TJ/RJ. Rel. Des. Carlos C. Lavigne de Lemos, decisão em 30/04/2002.

mais se esconde, mas sim a sociedade é por ele ocultada.

A terminologia descon sideração “inversa” surge com a possibilidade vislumbrada de se descon siderar a personalidade jurídica da sociedade para o alcance de bens da própria sociedade, contudo, em decorrência de atos praticados por terceiros – sócios.

Situação que tem cotidianamente sido concretizada é a do cônjuge que pretende se separar do outro e se empenha no esvaziamento do patrimônio do casal, transferindo os bens para uma sociedade; quando do advento do desfecho do matrimônio a meação do cônjuge enganado será reduzida a praticamente nada. Nesse desiderato restou decidido: “*Separação Judicial. Reconvenção. Descon sideração da personalidade jurídica. Meação. O abuso de confiança na utilização do mandato, com desvio dos bens do patrimônio do casal, representa injúria grave do cônjuge, tomando-o culpado pela separação. Inexistindo prova da exagerada ingestão de bebida alcoólica, improcede a pretensão reconven cional. E possível a aplicação da descon sideração da personalidade jurídica, usada como instrumento de fraude ou abuso à meação do cônjuge promovente da ação, através de ação declaratória, para que estes bens sejam considerados comuns e comunicáveis entre os cônjuges, sendo objeto de partilha. A exclusão da meação da mulher em relação às dividas contraídas unilateralmente pelo varão, só pode ser reconhecida em ação própria, com ciência dos credores.*”³⁸. Outro fato ordinário é o da pessoa natural “dividir seu patrimônio” de forma bastante interessante: constitui-se uma sociedade para guarnecer o ativo, ficando o passivo a cargo da própria pessoa (sócio). Os terceiros que contratam com o sócio (pessoa natural) imaginam, pela teoria da aparência – reside em endereço nobre, utiliza automóveis de luxo e nutre hábitos apurados, como o de freqüentar excelentes restaurante, degustando vinhos e charutos de alta qualidade – ser pessoa merecedora de crédito; na verdade, todos os bens aparentemente do sócio são de propriedade de outra pessoa (jurídica) – sociedade. Nesse sentido terá sede a descon sideração para se declarar que o arcabouço jurídico societário serve de escudo aos atos fraudulentos do sócio.

2.4. Descon sideração Indireta

As transformações econômicas mundiais, com destino à globalização e ao rompimento das fronteiras, influenciam diretamente na estrutura do mercado que se organiza, em grande maioria, sob a forma de sociedades. A conseqüência é a reestruturação dos mecanismos de atuação empresarial. Alfredo Lamy Filho e José Luiz Bulhões Pedreira, ao comentarem a Lei 6.404/76, já trataram desse quadro ressaltando que: “*no seu processo de expansão,*

³⁸ Apelação Cível nº 1999.001.14506. TJ/RJ. 8ª Câmara Cível. Rel. Des. Letícia Sardas, julgado em 07/12/1999.

*a grande empresa levou à criação de constelações de sociedades coligadas, controladoras e controladas, ou grupadas – o que reclama normas específicas que redefinem, no interior desses grupamentos, os direitos das minorias, as responsabilidades dos administradores e as garantias dos credores.*³⁹

A desconsideração da personalidade jurídica para alcançar quem está por trás dela não se afigura suficiente, pois haverá outra ou outras integrantes das *constelações societárias* que também têm por objetivo encobrir algum fraudador. Marçal Justen Filho acentua o alcance do instituto: *“É a ignorância, para casos concretos e sem retirar validade de ato jurídico específico, dos efeitos da personificação jurídica validamente reconhecida a uma ou mais sociedades, a fim evitar um resultado incompatível com a função da pessoa jurídica.”*⁴⁰

A jurisprudência tem adotado tal posicionamento: *“Hipótese em que o acórdão embargado admitiu a aplicação da doutrina do “disregard of legal entity”, para impedir a fraude contra credores, considerando válida penhora sobre bem pertencente a embargante, nos autos de execução proposta contra a outra sociedade do mesmo grupo econômico.”*⁴¹. No mesmo sentido: *“Sendo as empresas mera fachada de seu presidente comum, é de ser aplicado à hipótese a teoria da “disregard”, agasalhada em nosso ordenamento, pelo art. 28, da Lei 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor).”*⁴²

A vontade da sociedade controlada, subsidiária integral, coligada, integrante do grupo ou consórcio pode estar maculada pela do controlador efetivo⁴³, como demonstra Daniela Storry Lins: *“A nosso ver, tomando em consideração a concepção em que se funda a desconsideração da personalidade jurídica, esta se vincula à existência de controle societário, a partir do momento em que a vontade da empresa muitas vezes identifica-se com a vontade de seu controlador, que pode, assim, aplicá-la abusivamente, tornando-se imprescindível estabelecer in casu os exatos limites e efeitos da aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica.”*⁴⁴

³⁹ *Op. cit.*, p. 253.

⁴⁰ FILHO, Marçal Justen. *Desconsideração da Personalidade Societária no Direito Brasileiro*. São Paulo: RT, 1987 p. 57.

⁴¹ AERESP 86502/SP. 2ª Seção do STJ. Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, decisão em 14/05/1997, por unanimidade.

⁴² Apelação Cível n.º 3654/1999. 9ª Câmara Cível do TJ/RJ, Rel. Des. Jorge Magalhães, decisão em 27/04/1999, por unanimidade.

⁴³ Não necessariamente o acionista controlador, na acepção técnica, mas aquele que, por alguma forma, delinea os rumos.

⁴⁴ LINS, Daniela Storry. *Aspectos Polêmicos Atuais da Desconsideração da Personalidade Jurídica no Código de Defesa do Consumidor e na Lei Antitruste*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2002, p. 69.

Conclusões

1. A proliferação da fraude, no atual estágio de desenvolvimento humano, necessita de mecanismos para coibir tais desvios, mormente com o incentivo oferecido pela diferenciação patrimonial advinda da personalidade jurídica das sociedades. Desde 1809, a teoria da desconsideração da personalidade jurídica emerge para se prestar a esse fim.

2. A existência de pessoas distintas – sócios e sociedade - , com patrimônios diferenciados é pressuposto para a incidência da *disregard doctrine*. Portanto, a consideração da personalidade jurídica deve estar perfeita, desprovida de qualquer vício (*rectus*: irregularidade).

3. Os requisitos à teoria em exame podem se apresentar sob duas vertentes: teoria maior e teoria menor. A teoria menor não foi adotada pelo direito brasileiro, pois concretiza insegurança jurídica e social para os sócios investidores. A teoria maior, fundada na fraude, teve assento no direito positivo, preservando, desta feita, o princípio da autonomia patrimonial.

4. Com o decreto da desconsideração da personalidade jurídica, será ignorada a existência de patrimônios díspares, alcançando-se diretamente o sócio que perpetrou o ato lesivo; contudo, seu incremento será momentâneo e para o caso concreto – retira-se a cortina e novamente é posta em seu lugar para exercer sua função de origem. Não há anulação de ato.

5. Verificada a fraude, o alcance do sócio pode se dar diretamente; de forma incidental; “inversa” ou indireta, restando claro que, ao passo que mentes ardilosas se aperfeiçoam nos seus desideratos, novos mecanismos serão engendrados para coibir atos deste jaez. ♦

A filha das estrelas em busca do artigo perdido

LUIZ EDSON FACHIN

Professor Titular da Faculdade de Direito da UFPR

Planejada com o objetivo de ser o eixo monumental, a rua 10.406 (com ares de uma grande avenida) fora inaugurada em 10 de janeiro de 2002. Em verdade, o trânsito para valer somente foi liberado em 11 de janeiro de 2003, exatamente um ano após conclusão das obras. Não havia dúvida: tratava-se de uma *big* estrutura do tráfego de pessoas, bens e interesses, pois presentes no ato de oficialização estavam o Presidente da República e o Ministro da Justiça.

Aqueles que conheceram, ao menos em pouco, o longo processo de sua construção, se recordam que a idéia começou a se materializar em 1969, embora a pedra fundamental somente tenha sido lançada em 1975. A idéia já havia sido cogitada anteriormente: em 1943, alguns arquitetos de nomeada idearam um traço relativamente similar que acabou não se convertendo em esboço ou desenho; na década de 60, projetos saíram da prancheta e foram expostos como maquete na famosa galeria de artes e ofícios conhecida como Legislativo. Todavia, os intentos não se tornaram concepção viabilizada.

Mesmo o atual traçado, agora inaugurado, passou por um longo período de hibernação e não muitos acreditavam que se convertesse em uma imensa estrutura viária legal. No meio do caminho outros ideais se materializaram; um deles, e que ocupou a todos durante anos, foi a redefinição que toda a *urbe* recebeu com uma original malha de vias e instrumentos implantada em 1988. Foi a nova composição, plena de abertas alamedas, cívicas esplanadas e promissores caminhos, homenageada com o título de Constituição Cidadã.

Resistindo ao tempo e quase imune aos novos ventos que sopravam naquela importante região, a rua 10.406 se põe agora imponente com toda a sua extensão: são 2.046 endereços, quase 200 milhões de usuários e centenas de guardas, sinais indicativos, alguns de preferência, outros de contramão.

É por essa via que numa manhã de sexta-feira começou uma busca. Quem procurava, sabia o que desejava, mas não tinha certeza se encontra-

ria o que procurava na rua 10.406 e seus 2.046 endereços. Em seus olhos, luzia, um brilho de esperança; toda essa luz, contudo, não apagava um leve toque de tristeza e angústia.

Em suas mãos carregava a prova de que sua pretensão era legítima: uma certidão do ofício de registro de nascimentos. Nela, um espaço a preencher com um nome próprio, o pai, aquele que nunca conhecera, aquele que, mesmo estando sempre ausente, havia estado sempre tão presente, ali, perto, ao lado, numa imagem sem rosto, mas que tinha cheiro e jeito, sempre imaginados e a todo o momento recriados.

Naquele espaço a preencher, uma lacuna a colmatar, haviam colocado sete asteriscos que pareciam pequenas estrelas que não iluminavam a falta do que devia estar em seus lugares.

A filha daquelas estrelinhas, ao saber da inauguração da nova rua, correu a fim de comprar um guia com todos os novos endereços nela existentes. É verdade que achou um pouco curioso que as residências e domicílios eram designadas por artigos, e de quando em quando neles, pelo tamanho da casa ou importância da obra, apareciam especificações, dentro do mesmo lote ou espaço, indicados como sendo parágrafos, alíneas e incisos.

Permitam registrar que ela teve alguma dúvida quando foi comprar o guia, pois o moço da banquinha lhe mostrou mais dez impressos e todos com o mesmo conteúdo, praticamente, mas a capa, essa sim, era bem diferente.

Depois de algum titubeio decidiu-se por um deles, bom para carregar e manusear, pensou enquanto pagava pelo guia refletindo que, a rigor, a prefeitura deveria fornecer gratuitamente aos munícipes, afinal era informação pública dirigida ao público. Porém, repensou ela, havia a capa, e não deve ser fácil e barato fazer capas tão bonitas.

Voltemos ao início do percurso da filha das estrelas. Guia na mão esquerda, começou com sua *première* numa grande praça conhecida como Lei de Introdução; ao aproximar-se do logradouro, viu a data na placa de inauguração, 1942, e ao ver o nome de Getúlio Vargas, logo pensou que havia se enganado de bairro.

Andou alguns passos à frente (como sabemos aquela praça é pequena, nela não há mais que 19 endereços, digo artigos), e se deu conta de que estava na rua certa, isto é, na rua que queria estar, certa ou incerta quanto ao resultado da procura que principiava.

Haviam lhe dito que procurasse bem, pois ali encontraria o meio de chegar até seu pai; após encontrar o artigo, isto é, o endereço, bastaria procurar uma antiga e importantíssima senhora, a Justiça, muito respeitada e também bastante falada, e nela descobriria, finalmente, o nome do pai. Iria, nela, apresentar uma investigação de paternidade, essa expressão que, segundo lhe informou um operador jurídico dessa circulação, equivale a uma espécie de senha para ingresso na casa da Justiça.

Para não se demorar muito, foi diretamente (sempre o guia na mão!) para um segmento da rua que agrupava simulares “ceps” (como se sabe, “ceps” são os códigos de endereçamentos processuais, perdão, postais). Essa parte da rua tinha o nome de Livro Especial do Direito de Família; do lado esquerdo, o Direito Pessoal de Família, e do outro, à direita, o Direito Patrimonial de Família.

Interessou-se ela mais pelo lado esquerdo, pois aquela outra parte, o Direito Patrimonial não era o foco de sua atenção ou interesse.

E lá, coração palpitando, bateu em vários números: 1.596, 1.603, 1.605, 1.616, e finalmente encontrou-se, nesse ziguezaguear, diante do número 1.593, a casa do parentesco consangüíneo, civil, afim ou de outra origem. Quem é você? -ouviu a pergunta que, vinda de dentro da casa, atravessou a porta e sua alma.

Sou sua filha, disse, e quando percebeu já houvera dito aquilo, assim, de pronto, sem muito pensar, aliás, sequer pensou, apenas sentiu: Sou sua filha. O homem grisalho surgiu do escuro interior e foi iluminado pela citação, digo, pela oração que a filha acabara de pronunciar.

Os asteriscos, finalmente, mostravam o seu rosto, uma face a decifrar, os cabelos já sofridos pelo tempo, as mãos trêmulas e uma voz distante, embora tão perto.

Quem você é? -reperguntou o procurado, o indigitado, aquele que era demandado. Nesse momento, a filha das estrelas sentiu um forte aperto na mão; emocionada com as circunstâncias, ela houvera esquecido que durante toda a caminhada estivera ao seu lado quem ela chamava de pai, embora soubesse que ele a havia criado, a tratado como filha, dela cuidado durante mais de trinta e três anos, e todo esse tempo ali, ao seu lado, às vezes imperceptível, mas sempre presente, e nunca disse, em momento algum, que carregava uma cruz nesses trinta e três anos de uma profissão de fé no amor, na doação e na comunhão da vida.

Quem sou eu? -respondeu a filha das estrelas, fazendo, na resposta uma pergunta para si mesma enquanto tentava arrumar as idéias para dizer algo que fizesse sentido.

Ficaram os três algum tempo se mirando, e sem nada dizer, disseram um milhão de palavras, tantas que não caberiam numa enciclopédia.

À cena acorreram testemunhas, advogados, psicólogos, assistentes sociais e até oficiais de justiça. A atenção foi tanta que ali pontificou diligente promotor de Justiça. Enquanto ela pensava no que sentia, lá do meio da rua; gritou o guarda que ordenava o trânsito, proferindo despachos e sentenças: afinal, há ou não acordo?

A filha das estrelas, despertada pela indagação, percebeu, ali, naquele instante: o que procurara havia encontrado, mas não agora, não naquele endereço até então perdido.

Descobriu o tesouro que lhe encheu de riqueza interna e que a tornou sujeito de sua própria história: estava ao seu lado, como houvera estado sempre, e para ter certeza devolveu aquele doce, sereno e firme aperto de mão.

Depois desse dia, aquela rua 10.406 com seus 2.046 endereços não foi mais a mesma via. Também pudera: uma rua tão larga, extensa e importante, não nasce rua, se faz caminho no percurso, no desencontro e no encontro.

Nela não pôde mais caber o esquecimento do afeto no *leasing* da *coisificação* e da indiferença; nela não pôde ter mais lugar o *upgrade* plutocrático dos bens e coisas, e sim, nela há de haver, a minimalização do patrimônio e a maximização da afetividade.

Afinal, Estrela, a que procurava, a demandante, nasceu para ser mais que filha, nasceu para volver esse mundo virado de cabeça para baixo, para virá-lo do avesso, para jogar fora a chave e trocar a fechadura das residências e domicílios do rua 10.406.

Sim, respondeu Estrela, há acordo. E percebeu que havia acabado de desencarnar da sacralização dogmática.

Abraçaram-se os três e foram para um almoço em família, ali perto, na mesma rua, mais ao final, no bairro das disposições finais e quiçá transitórias, no intertemporal endereço (digo, artigo) 2.045, cujo local tem como anúncio uma placa informativa que, a rigor, quer dizer: "revogam-se as disposições em contrário". ♦

O Princípio da Vulnerabilidade: Fundamento da Proteção Jurídica do Consumidor

JOSÉ OZÓRIO DE SOUZA BITENCOURT

Professor de Direito do Consumidor/Universidade Estácio de Sá

1 – Considerações Iniciais

A preocupação com a proteção das relações de consumo remonta ao final do século XIX. O cuidado se justifica, quando se considera que, com o transcorrer do tempo, essas relações se tornaram mais complexas, particularmente no período pós-industrial. O surgimento da produção em série, no final do século XIX, propiciou a emergência de conflitos, de que decorreu a criação de organizações que buscaram defender os consumidores.

A primeira dessas instituições surgiu nos Estados Unidos. Era uma pequena associação de advogados de New York e tinha como objetivo exigir melhores condições de trabalho para os comerciários. Os pioneiros dessa iniciativa entendiam que, para melhor atender aos consumidores, os trabalhadores do comércio deveriam ter melhores condições de trabalho. A qualidade da carne, do peixe e de outros produtos perecíveis, assim como o atendimento dos clientes seria mais satisfatório, se os trabalhadores fossem asseados e melhor informados sobre o que faziam. Essa organização, criada em 1891, foi designada como *New York Consumers League*.¹

Como afirmamos, na alvorada do século XX, as relações de consumo revelavam-se como problemáticas. A Revolução Industrial e o expressivo desenvolvimento das técnicas empregadas no processo produtivo deu origem à chamada produção em massa, substituindo o relacionamento mais próximo, em que o consumidor conhecia pessoalmente o fabricante ou fornecedor e, na eventualidade de algum problema, poderia resolvê-lo de maneira mais simples.

Não há dúvida de que a teoria econômica clássica não se preocupava com a proteção do consumidor, nas relações de mercado. Nessa linha de pensamento, à época, ainda se pensava que o consumidor, ao procurar o fornecedor ou prestador de serviço, era quem lhes dava prestígio nas rela-

¹ GAMA, Hélio Zaghetto. *Curso de Direito do Consumidor*, p. 2, Forense, Rio de Janeiro, 1999.

ções de consumo. A capacidade econômica do consumidor para comprar bens e serviços ditaria as leis de mercado. Por seu turno, o fornecedor ou prestador de serviço que não se curvasse ao consumidor iria a falência².

Ainda, conforme o Prof. Fábio Comparato³, no contexto da economia de massa, não se contrata mais com o dono do armazém, com o boticário... O velho armazém, onde se comprava em gramas, passa a ser super ou hipermercado, com o produto já embalado nas prateleiras. Ao invés de ser atendido por um balconista, o consumidor passa a fazer suas escolhas sem intermediário, diretamente nas gôndolas. Nas drogarias, os remédios são fabricados em grande quantidade, o que tornou indireta e impessoal a relação de consumo.

Outro fenômeno a ressaltar nesse processo foi o significativo aumento do uso da publicidade e a maior penetração da mídia na vida das pessoas. Todos esses fatores alteraram de forma decisiva as relações de consumo, tornando mais vulnerável o consumidor... Hodiernamente, a compra e venda, o arrendamento mercantil, o *leasing* são operações sofisticadas. Produz e se consome em massa, no contexto da *sociedade de massa, sofisticada e complexa*.⁴

No início do século, as autoridades e os consumidores começaram a se preocupar com os produtos e serviços oferecidos: via de regra, os consumidores não dispunham de suficientes e claras informações sobre a origem e o estado dos alimentos, pois os dados sobre esses produtos e serviços permaneciam restritos ao fabricante⁵.

Assim, à medida que a produção industrial e os serviços prestados tornaram-se mais sofisticados, o consumidor passou a necessitar de melhores informações, carecendo de educar-se mais a respeito do assunto. À luz dessa problemática, os governantes, embora situados no contexto do Estado liberal, que se mantinha afastado das relações privadas, passaram a sofrer pressão popular, no sentido da necessidade de intervenção na economia, sob o argumento da vulnerabilidade do consumidor. Diante do gigantismo dos fornecedores de produtos e serviços, traduzido pelo controle do processo produtivo e dos bens de produção, tornou-se mais que evidente a fragilidade do consumidor.

Cumprе salientar que o direito tradicional já previa a proteção nos contratos. Entretanto, precisou atualizar-se, adequando-se aos desafios, presentes na relação fornecedor/consumidor.

² COMPARATO, Fábio Konder. *A Proteção do Consumidor: Importante Capítulo do Direito Econômico*, p. 19/28, Forense, 255.

³ *Op. cit.* p. 19/20.

⁴ ALMEIDA, João Batista de. *A proteção Jurídica do Consumidor*, p. 2, Saraiva, Rio de Janeiro, 1993.

⁵ GAMA, Hélio Zaghetto. *Op. cit.* p. 3.

Em termos gerais, essa linha de argumentos justificou a criação das primeiras organizações de defesa e proteção do consumidor, nos Estados Unidos e na Europa. Preocupavam-se, geralmente, com a qualidade dos produtos. Nesse diapasão, já na segunda década do século XX, havia grupos de defesa do consumidor na França, Inglaterra e Itália. Eles cuidavam também da orientação dos consumidores, para que valorizassem corretamente o seu dinheiro. Nesse sentido, passaram a ser veiculadas algumas publicações, destinadas a informar sobre a qualidade dos produtos e a lealdade dos preços. O movimento evoluiu com tamanha velocidade que, ainda na primeira metade do século passado já havia movimento de defesa do consumidor no Canadá, na Alemanha, Bélgica, Áustria, Austrália e Japão.

Nos Estados Unidos, o advogado Ralph Nader ficou conhecido por sua atuação em defesa dos consumidores, com o estudo sobre a falta de segurança dos veículos vendidos ao público na década de 60, o que deu força ao movimento dos consumidores. Também na Europa espocaram ações visando a obter indenizações por danos aos consumidores, devido a problemas na qualidade dos produtos. Na Alemanha, repercutiram vigorosamente os efeitos colaterais da Thalidomida, remédio prescrito a mulheres grávidas, que provocou seqüelas em milhares de crianças.

Nesse contexto, surgem leis nos EUA e na Alemanha, permitindo as **Class Actions**, similares a ações coletivas, com o fito de obter reparações em face de lesões causadas a grupos de pessoas, com direitos homogêneos, resultantes de danos de origem comum com alguns fornecedores.⁶

No terceiro quartel do século passado, a Organização das Nações Unidas também mobilizou-se no sentido de defesa do consumidor. A ONU aprova a Resolução n° 2.542 em 11 de dezembro de 1969, versando sobre o progresso e desenvolvimento social. A Comissão de Direitos Humanos da ONU em 1973 reconheceu os direitos fundamentais e universais do consumidor.⁷

Como vimos demonstrando, essa preocupação com os direitos do consumidor já se fazia presente em vários países. Como não poderia deixar de ser, essa iniciativa da ONU exerce forte influência nos vários Estados: na Europa, por conta da Comunidade Européia e nos Estados Unidos, com a criação de diversos organismos de defesa do consumidor. A constatação de que as novas relações deixavam os consumidores como a parte mais fraca, a necessitar da assistência do Estado levou esses organismos à luta por um equilíbrio de forças nas relações consumeristas.

⁶ GAMA, Hélio Zaghetto. *Op. cit.* p. 4.

⁷ AMARAL, Luiz Otávio de Oliveira. "História e Fundamentos do Direito do Consumidor", RT, n° 648, p. 31/45, São Paulo, out. 1989

O mercado consumidor americano é, sem dúvida, o mais dinâmico do mundo. Portanto, não é de se estranhar que tenha surgido naquele mercado muitos organismos de defesa do consumidor: há órgãos privados e outros públicos, dotados aqueles de modernos meios de atuação, conforme dispõe Luiz Amaral no supracitado artigo.

João Batista de Almeida⁸, com apoio em Othon Sidou, informa que, nos Estados Unidos, teve início a legislação consumerista com a Lei de 1872, sobre atos fraudulentos do comércio. A alçada foi ampliada com a Lei Federal de 1887, que criou a Comissão do Comércio entre Estados, com o encargo de fiscalizar e regulamentar o transporte ferroviário.

Luiz Otávio de Oliveira Amaral⁹ ensina que o sistema de proteção ao consumidor norte-americano é dotado de *avançada especialização*, que garante ao consumidor livre consciência e opção. Ele acrescenta que foi no governo Kennedy que o sistema americano recebeu os *modernos diplomas legais*.

Entre eles, merecem relevo: o ***Consumer Legal Remedies***, versando sobre a responsabilidade legal dos comerciantes pela qualidade e eficácia dos produtos, anunciados através de publicidade comercial; o ***Consumer Credit Protection Act***, que impõe serem as razões determinantes da recusa de crédito, as condições e os encargos de financiamentos para aquisição de bens informados ao consumidor e o Magnuson-Moss Warranty Act, que determina que o fornecedor faça constar nas embalagens ou nos contratos os prazos e condições de garantia de produtos acima de certo valor.

Na década de 60, não se pode olvidar que a preocupação com a devida informação ao consumidor sobre produtos já era grande. Segundo Fábio Konder Comparato¹⁰, o ***Fair Packaging and Labeling Act*** norte-americano, de 1966 dispunha que as embalagens e os rótulos das mercadorias deveriam conter notícias que habilitassem ao consumidor *a obter uma informação precisa, não apenas em relação ao volume e quantidade das coisas*, essas comunicações deveriam possibilitar uma análise comparativa por parte do consumidor privado em confronto com outras mercadorias quanto *“às suas qualidades intrínsecas”*.

Ademais, existem agências governamentais nos Estados Unidos que têm atuação especializada na defesa do consumidor. Dentre outras, pode-se citar a ***Federal Trade Commission***, que é o órgão máximo de proteção ao consumidor naquele país, com competência para fiscalizar e regulamentar as

⁸ *Op. cit.* p. 7.

⁹ *Op. cit.* p. 35.

¹⁰ *Op. cit.* p. 24

práticas comerciais. Nesse mister, tem significativa importância a aplicação das leis antitruste e a proteção dos interesses do consumidor, podendo inclusive investigar a escrita contábil. Como esclareceu João Batista Almeida¹¹, tendo atuação destacada em fraudes envolvendo publicidade enganosa.

No âmbito educacional, foi criada a Consumer Education Office, que promove e administra programas educacionais com objetivo de formar e treinar pessoal especializado para educar e orientar o consumidor.

Para cuidar da fiscalização de produtos comestíveis, farmacêuticos, cosméticos e drogas, há a Food and Drug Administration, que tem laboratórios espalhados por todo o país. Por seu turno, a Consumer Product Safety Commission cuida das normas e padrões de segurança dos produtos e fiscaliza sua aplicação.

Com o objetivo de desobstruir as vias jurisdicionais, há os Small Claim Courts, dedicados às causas de pequena monta, facilitando a discussão rápida dos problemas oriundo das relações de consumo.

Podemos depreender do exposto que, antes de 1990 já contavam os norte-americanos com um sistema sólido de proteção e defesa do consumidor.

Quanto à Comunidade Européia, o processo de integração econômica dos países acarretou necessária evolução no âmbito do direito privado. Veio o Tratado de Roma, cuja assinatura foi em 1957 e que tinha como objetivo facilitar a troca entre os Estados-membros, criando um mercado comum. Para que mercadorias e pessoas tivessem livre circulação, foram eliminadas as barreiras técnico-jurídicas. Segundo Alfredo Calderale¹², a Corte Européia decidiu que determinados produtos deveriam circular livremente nos Países da Comunidade, desde que as normas técnicas nos países de origem assim o permitissem. Ao tomar essa decisão (caso *Cassis de Dijon*, de 1979), a CE prejudicou a tutela do consumidor.

¹¹ *Op. cit.* p. 7

¹² CALDERALE, Alfredo. P. 12, R. EMERJ, v. 4, n. 14, 2001. "Assim, a partir do caso *Cassis de Dijon* de 1979, 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. (...) 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."

A partir de 1986, com a assinatura do Ato Único em Luxemburgo e em Haia, que entrou em vigor em 1º de julho de 1987, confirmou-se com a assinatura do Tratado de Maastricht em 1992, o propósito de constituir um mercado interno entre os Países da Comunidade, reduzindo à unidade territorial.

Com esse objetivo, unificaram-se as regras para os produtos e serviços. Gradativamente, vão desaparecendo as diferenças entre as disciplinas nacionais, quer no tocante à circulação de mercadorias, ou qualquer outro âmbito das relações jurídicas. Na lúcida lição do Prof. italiano¹³, deve-se dar destaque a uniformização da *norma-técnica* relativa a produtos, traduzindo-se em regras similares, *que fixam standards comuns às mercadorias*. Ele refere como exemplo a diretiva 92/59 CEE, que dispõe sobre regras de segurança dos produtos. A diretiva é um ato que vincula o Estado-membro ao qual é dirigida, portanto somente àquele que foi destinado. É dotada de eficácia útil, mas não tem eficácia direta. Trata-se de uma obrigação de resultado, que embora obrigue os Estados, ficam, entretanto, livres quanto aos modos e meios para alcançar aquele desiderato.

A rigor, a Corte de Justiça CE diz que a força vinculante da diretiva se refere ao prazo para a entrada em vigor internamente das medidas preconizadas, devendo o instrumento adotado respeitar a necessidade de certeza e clareza das relações jurídicas, para que os juízes nacionais possam aplicá-las, preservando-se os direitos dos consumidores.¹⁴

Na verdade, alguns países membros da Comunidade já dispunham de legislação destinada à proteção do consumidor. A França, por exemplo, tinha uma legislação sobre o tema desde 1978¹⁵.

Ademais, todos os países dedicavam leis especializadas em defesa do consumidor. João Batista de Almeida¹⁶, citando Othon Sidou, refere que o Comitê

¹³ *Op. cit.* p. 14/15

¹⁴ CALDERALE, Alfredo. R. EMERJ, p. 15, v.4, n° 14, 2001. Que assim discorre sobre o assunto: "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". Por isso 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 atuação, 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 juízes nacionais."

¹⁵ MARQUES, Cláudia Lima. R. *Direito do Consumidor*, p. 362, n° 17.

¹⁶ *Op. cit.* p. 8.

Europeu de Cooperação Jurídica, por intermédio de um Sub-comitê de Proteção Legal ao Consumidor, após ampla investigação, constatou que todos os países tinham leis e atos administrativos que permitiam aos órgãos públicos e organismos privados legitimados a atuar em juízo em defesa dos consumidores.

A CEE tem como objetivo a uniformização das normas de proteção ao consumidor, no âmbito de um mercado interno, efetivado no início do terceiro milênio com a adoção inclusive de uma moeda única. As diretivas são várias, buscando regras homogêneas sobre defesa do consumidor.

Assim, a Diretiva 88/314 que versa sobre preços de produtos alimentícios, refere-se a alimentos adquiridos pelo consumidor final, devendo a regra versar claramente sobre a obrigação do fornecedor quanto à informação inequívoca da unidade de medida e do preço a ela relacionado, dentre outras imposições. A Diretiva 90/314, por exemplo, sobre viagem organizada - o pacote turístico - deve a lei interna obrigar que qualquer brochura colocada à disposição do consumidor deverá indicar entre outras coisas, o preço, o prazo financeiro etc.

Hoje, a União Européia dispõe de um sistema de proteção ao consumidor muito especializado, que se fortalece a cada momento, através das diretivas editadas pela CEE, pois, como visto, à medida que os Estados transpõem a diretiva, o sistema fortalece a defesa do consumidor. Conforme Cláudia Marques¹⁷, a Lei francesa que transpôs a diretiva trouxe novas regras para disciplinar cláusulas abusivas e, no tocante à sanção *a lei francesa vai mais longe que a "vaga" Diretiva*, pois considera-as não escritas e classifica-as como de ordem pública.

2. - A Defesa do Consumidor no Direito Brasileiro

A doutrina nacional já se manifestava favorável a um sistema de proteção ao consumidor, muito antes da Constituição Federal de 1988. Fábio Konder Comparato¹⁸, na década de 70, proclamava que seria recomendável a introdução de medidas de aperfeiçoamento de nossa legislação em defesa do consumidor. Destacava, como mínimo necessário, dar legitimidade para qualquer do povo para propor ações judiciais visando à cessação de práticas comerciais abusivas etc.

Na verdade, havia regras esparsas sobre o assunto, no ordenamento jurídico brasileiro. No mencionado estudo, o Prof. Comparato cita o art. 62, parágrafo único do Código Brasileiro de Propriedade Industrial como regra em defesa do consumidor. João Batista de Almeida¹⁹ arrola, como proteção

¹⁷ *Op. cit.* p. 364.

¹⁸ *Op. cit.* p. 28.

¹⁹ *Op. Cit.* p. 8/9

indireta, vários diplomas legais, dentre outras, o Decreto nº 22.626, de 7 de abril de 1933 (Lei da usura); o Decreto-Lei nº 869 de 18 de novembro de 1938, substituído pelo de nº 9.840, de 11 de setembro de 1946, versando sobre crimes contra a economia popular, com superveniente Lei de Economia Popular de 1951. A Lei de Repressão ao Abuso do Poder Econômico nº 4.137 de 1962, além da criação do CADE, a criação em 1984, através da Lei 7.244/84, dos Juizados de Pequenas Causas e a punição dos crimes contra o Sistema Financeiro Nacional pela Lei 7.492/86.

Mas, os estudiosos do assunto são unânimes em reconhecer que a Constituição Federal, promulgada em 1988, representa passo firme e decisivo no sentido da intervenção direta do Estado na proteção do Consumidor. Nossa Lei Maior contém diversos dispositivos específicos sobre o tema. Por exemplo, o art. 5º, XXXII prevê a intervenção estatal nas relações de consumo, dispondo que: *O Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor*. No art. 24, VIII, que dispõe sobre competência concorrente para legislar sobre danos ao consumidor e, em outro momento, determina que o consumidor deverá ser esclarecido acerca dos impostos incidentes sobre bens e serviços (art. 150, § 5º). Mais adiante, o art. 170, V, no Título da Ordem Econômica e Financeira, estabelece que a defesa do consumidor constitui um dos princípios da atividade econômica.

Ademais, o art. 48 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, estabeleceu o prazo de 120 dias para a elaboração do Código de Defesa do Consumidor. Após acirrados debates, foi editado a Lei 8.078 de 11 de setembro de 1990, com base em texto preparado pelo Conselho Nacional de Defesa do Consumidor.

Apesar de algumas críticas, o CDC tem sido bem recebido no meio jurídico. Há quem entenda ser o diploma um marco no direito brasileiro. Entre esses doutrinadores, merece destaque o Prof. João Batista de Almeida²⁰, que, ao definir o CDC como grande avanço, afirma que ele *alçou o País, nessa área, e em termos legislativos pelo menos, ao nível das nações mais avançadas do planeta*.

3 - O Princípio da Vulnerabilidade do Consumidor

A definição da vulnerabilidade do consumidor demanda análise e reflexão acerca da evolução das relações de consumo. Como afirmamos em momento anterior deste estudo, a produção e comercialização de bens e serviços sofreram profundas transformações, ao longo do desenvolvimento da civilização pós-industrial.

²⁰ Op. Cit. p. 10

Trazendo o problema para nossos dias, é relevante examinar os vários aspectos da propriedade hoje. Uma das características marcantes da economia de massa é o poder conferido ao fornecedor, que controla o processo produtivo e dispõe de informações precisas sobre os bens de produção, em detrimento do consumidor, que não as detém²¹.

É ainda pertinente considerar que o direito de propriedade tradicional não abrange o poder de disposição sobre os bens de produção, que encerra um poder sobre outros homens. Fábio Konder Comparato²², em excelente lição, explica que a produção, ao evoluir da fase artesanal para a industrial, permite que o controlador dos meios de produção exerça um poder sobre os outros homens. Nesse sentido, o conceito de propriedade, que evoluiu do conceito de disposição absoluta medieval (*usque ad coelos et usque ad inferos*) ao uso social da propriedade dos dias de hoje, ainda assim deixa vulnerável o consumidor, em suas relações com os fornecedores de bens e serviços.

Consciente desse desequilíbrio, o legislador concebeu o Código de Defesa do Consumidor, Lei 8.078, de 11 de dezembro de 1990, com fundamento no princípio da vulnerabilidade. Por isso, orienta-se para proteger àqueles que se submetem ao poder de controle empresarial, no dizer do eminente professor paulista mencionado, *independentemente de sua "riqueza" ou "pobreza" relativas*. Segundo Comparato, o capitalista, desde que não detenha o controle da empresa, que investe fortuna em ações ou deposita em contas bancárias, também se submete ao poder dos empresários.

Ainda, segundo Comparato²³, a análise do mercado deve levar em consideração como realidade primária o poder econômico dos organismos produtores públicos ou privados, não mais as necessidades individuais dos consumidores.

O movimento consumerista, não se pode olvidar, surgiu no século XIX no mesmo momento em que os sindicatos reivindicavam melhoria de salários e de condições de vida. É interessante ressaltar que, em ambos os ca-

²¹ COMPARATO, *Op. cit.* p. 20. Para quem: "O período da produção em massa, instaurado com a chamada "revolução industrial" acabou afeiçoando a sociedade em dois grandes grupos: produtores e consumidores. Produtores são os que controlam bens de produção, ou seja, deles dispõem de fato, sob a forma de empresa, ainda que despidos da propriedade clássica. Consumidores, os que não dispõem de controle sobre bens de produção e, por conseguinte, devem se submeter ao poder dos titulares destes."

²² *Idem, idem.*

²³ *Op. cit.* p. 19. Que dispõe: O consumidor é, pois, de modo geral, aquele que se submete ao poder de controle dos titulares de bens de produção, isto é, os empresários. (...) Quando se fala, no entanto, em proteção do consumidor quer-se referir ao indivíduo ou grupo de indivíduos, os quais, ainda que empresários, se apresentam no mercado como simples adquirentes ou usuários de serviços, sem ligação com a sua atividade empresarial própria." (*Op. cit.* p. 20).

sos, verifica-se o mesmo fundamento: a vulnerabilidade dos trabalhadores e dos consumidores. Nessa linha de pensamento, o Prof. José Geraldo Brito Filomeno²⁴, um dos autores do anteprojeto do CDC, ao comentar a vulnerabilidade dos consumidores, com apoio em Paulo Rónai, retoma a lapidar frase de Henri Ford: *O consumidor é o elo mais fraco da economia; e nenhuma corrente pode ser mais forte do que seu elo mais fraco.*

A hipossuficiência do consumidor assume várias formas. Por um lado, no contexto de uma sociedade de produção e de consumo e distribuição de bens e serviços em larga escala, por via de conseqüência, o consumidor encontra-se sob a eminência de lesão em massa.

Na verdade, não se pode negar que o consumidor, na maioria das vezes, encontra-se em desvantagem econômica diante do fornecedor. Como exemplo, lembramos que não há como negar essa situação fática, diante do poder de algumas empresas transnacionais. Havendo vício em um produto produzido por uma empresa como a Nestlé, a Ford, por exemplo, e que o consumidor precise acionar a justiça, inegavelmente estará este em desvantagem. Aliás, com relação à capacidade econômica do consumidor, é compreensível que, na prática, em caso de dano, o cidadão que disponha de menos recurso financeiro tende a arcar com maior prejuízo.

Outro aspecto digno de referência está relacionado à capacidade técnica do fornecedor, em detrimento do desconhecimento do consumidor, freqüentemente, pouco informado acerca de questões referentes ao consumo. Sob esse prisma, a sua vulnerabilidade é técnica, eis que não detém o *know how* sobre os meios de se produzir determinado produto. Esclarece o eminente Desembargado Sylvio Capanema de Souza²⁵, que a vulnerabilidade se apresenta *numa tríplice versão*. Argumenta que “Uma segunda vulnerabilidade, entretanto aparece no chamado “direito de informação”...” Aduz que a falta de informações gera a vulnerabilidade técnica, o que acarreta limitação ao direito de escolha.

Continuando, o Ilustre Desembargador²⁶ acrescenta que o consumidor é vulnerável também quando tem premência de adquirir um produto ou serviço cartelizado, ou sujeito a monopólio. Nessa situação, o consumidor não tem opções e precisa *submeter-se docilmente às imposições do fornecedor monopolista ou cartelizado.*

²⁴ FILOMENO, José Geraldo Brito. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*, Comentado pelos Autores do Anteprojeto, p. 54, 6ª ed. Forense, Rio de Janeiro, 1999.

²⁵ SOUZA, Sylvio Capanema. “O CDC e seus Reflexos na Teoria Geral do Direito Civil”, *Revista da EMERJ*, p. 69, v.3 n° 10, Rio de Janeiro, 2000

²⁶ *Op. cit.* p. 70

Esse fundamento – a vulnerabilidade do consumidor – deu fundamento teórico e prático às propostas que deram origem ao atual Código de Defesa do Consumidor. A Lei 8.078, de 11 de dezembro de 1990 veio compensar essa fragilidade do consumidor perante o fornecedor de produtos e serviços. Parte ponderável da doutrina defende a tese de que tal regulamentação ocorreu com atraso... Seja como for, a verdade é que, atualmente, o consumidor dispõe de um instrumento com o qual poderá equilibrar-se juridicamente frente ao fornecedor.

Assim, do reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor se retirou o fundamento para a edição de medidas para a sua tutela jurídica, a exemplo da tutela do empregado nas relações trabalhista, que após ser reconhecida a dependência e vulnerabilidade dos empregados, da dependência econômica do trabalhador frente ao patrão para se efetivar. Esse paralelismo é sempre lembrado na doutrina.

3.1 - O Princípio da Vulnerabilidade na Legislação

O reconhecimento da vulnerabilidade é unívoco no mundo. A resolução da ONU n° 29/248 reconhece que os consumidores estão em desequilíbrio no tocante à condição econômica, educacional e capacidade financeira. Para o Prof. João Batista de Almeida²⁷, não há dúvida de que, quando se refere a desequilíbrio, a Resolução o faz no *significado de hipossuficiência, e, pois, vulnerabilidade*.

Como assinalamos, no Brasil, a Constituição Federal de 1988 reconhece implicitamente esse princípio no art. 5°, XXXII, quando determina que ao Estado cabe a defesa do consumidor. Aliás, ao situá-lo no Título II, que trata dos Direitos e Garantias Fundamentais, o legislador propicia indicações de que o tratou como direito humano. Mais adiante, ao tratar da Ordem Econômica e Financeira, dispõe ser um dos princípios o da defesa do consumidor (Art. 170, V). Ao refletir sobre essa formulação, parece claro que só se defende quem está em posição de desvantagem; estando estas normas defendendo a parte mais fraca, vulnerável, muito embora se objetive a livre concorrência.

No CDC, esse princípio é positivado no art. 4°, I, em que menciona o princípio da vulnerabilidade como informador da Política Nacional de Relações de Consumo. Está evidente que o sistema do Código se volta à defesa do consumidor, seja quando dispõe sobre as formas de atuação em juízo, seja nas relações contratuais, quando versa sobre as cláusulas abusivas. Também regulamenta a questão referente à publicidade, determinando que toda oferta publicitária é parte integrante do contrato.

²⁷ *Op. cit.* p. 16

3.2 - Publicidade e Inversão do Ônus da Prova

Ao longo do presente estudo, vimos defendendo o princípio da vulnerabilidade, como razão de ser do Código de Defesa do Consumidor. Como dito anteriormente, é o fundamento para a exclusão de cláusulas abusivas, para a padronização do contrato de adesão, para que se determinem prazos específicos, diferentes do Código Civil, para as relações de consumo.

Procurar-se-á destacar, no entanto, os aspectos da oferta ao público e a inversão do ônus da prova no âmbito do CDC. A questão da publicidade, conforme dispõe o art. 30 e seguintes, topograficamente dispostos no Capítulo V, DAS PRÁTICAS COMERCIAIS, que a oferta publicitária integra o contrato. A debilidade do consumidor está flagrantemente estampada, quando se leva em consideração a ingenuidade do consumidor, frente aos apelos publicitários, que, em geral, se utilizam da imagem de personalidades do mundo artístico ou de atletas renomados, para promover seus produtos²⁸.

A rigor, quando se reflete sobre a realidade em que vivemos, fica patente a debilidade do consumidor frente à máquina publicitária, a serviço de fornecedores de produtos e serviços. Entre os valores dominantes na atualidade, há toda uma cultura de saúde, beleza e de comportamento imposta pela mídia, o que justifica a necessidade de proteção ao consumidor. Assim entendido o problema, vale ressaltar o artigo 30 do CDC, inserido na Seção da oferta, afeto a qualquer forma efetiva de publicidade ou manifestação do *marketing*.

Outro ponto no CDC – a *inversão do ônus da prova* - em que a debilidade do consumidor levou o legislador a mudar a tradicional incumbência da prova a quem alega. Cabe lembrar que o CDC é norma reguladora de preceito constitucional, inserido no capítulo *Dos direitos e deveres individuais e coletivos*. Tem foro de norma de ordem pública.

A prova destina-se a tornar inequívocos os fatos, para que o juiz possa decidir. No âmbito das relações de consumo, a produção de prova pelo elo mais fraco é tarefa quase impossível; o que desvirtuaria o papel pedagógico do Judiciário²⁹.

Embora haja divergências sobre o tema, parece mais razoável o entendimento de quem defende a inversão do *onus probandi* como regra processual; nesse passo, um direito subjetivo do autor quando diante dos re-

²⁸ COMPARATO, Fábio Konder. Op. cit. p. 21.

²⁹ GAULIA, Cristina Tereza. "A Inversão do Ônus da Prova no Código de Defesa do Consumidor", *Revista da EMERJ*, v. 4, n° 13, 2001, que, em nota de rodapé de n° 3, assim se manifestou: "Através das decisões judiciais pode o Juiz efetivar mudanças práticas no atuar injusto de alguns agentes sociais que são recalcitrantes em desrespeitar os direitos fundamentais assegurados pela Constituição federal ao cidadão."

quisitos exigidos. Ademais, o que se procura demonstrar é a incidência de uma aplicação sistemática dos princípios informadores do Código de Defesa do Consumidor, principalmente o que deu causa primeira a toda evolução do tema: a debilidade do consumidor.

Por conseguinte, ao mencionar ter criado o CDC uma *sobreestrutura jurídica multidisciplinar*³⁰, firmou a aplicação do código consumerista a todas as relações em que haja consumo. Ao aplicar as regras do CDC, deve o operador do direito interpretá-lo telelogicamente, buscando no sistema do código os princípios que o informam, mormente o da vulnerabilidade³¹.

Como visto, apesar dos outros princípios, o que firma a inversão do *onus probandi* é a debilidade do consumidor diante da complexidade dos meios de prova que, certamente, não teria como realizar.

3.3 - Aplicação do Princípio da Vulnerabilidade pelo Judiciário

A pesquisa jurisprudencial demonstra que, apesar da pouca idade do CDC, é possível encontrar decisões corajosas e técnicas, quando na seara das relações de consumo. O que se pretende, no entanto, é demonstrar que decisões há com base no estatuto consumerista, mas que aqui serão trazidas a título de exemplo.

A primeira delas constitui decisão arrojada, em que o ilustre magistrado e professor Werson Rego decide favoravelmente à autora, porque não provou a ré – empresa de planos de saúde – estar devidamente a autora informada de que contratara com base na Lei 9.656/98, com fulcro no art. 6º, III c/c 46, do CDC. O processo tomou o nº 99.001.116083-5. Considerou não está esclarecido nos autos se a autora estava clara e suficientemente informada, e, diante da dúvida, resolveu a seu favor, com fulcro no artigo 47, da legislação consumidora.

Embora não mencione o princípio da vulnerabilidade diretamente, a sentença prestigia-o indiretamente, quando não reconhece provadas as alegações da Ré, o que obstará o direito da Autora.

³⁰ Idem, citando o Des. Sérgio Cavalieri Filho in "A Responsabilidade do incorporador/constitutor no Código de Defesa do Consumidor". P. 431, *Revista AJuris*, Ed. Especial do IV Congresso Brasileiro de Direito do Consumidor, 1998, que assim se manifestou: "Tenho sustentado que o Código do Consumidor criou uma sobreestrutura jurídica multidisciplinar, normas de sobredireito aplicáveis em todos os ramos do Direito – público ou privado, material ou processual – onde ocorrem relações de consumo."

³¹ GAULIA, Cristina Teresa. *Op. cit.* p. 98

Na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, colhe-se no Acórdão³² Relatado pelo Ministro Ruy Rosado de Aguiar, no Recurso Especial 168.859, em que o Juiz de Direito do Rio de Janeiro julgou o Ministério Público carecedor do direito de ação, por ilegitimidade ativa, sob o fundamento de se tratar de direitos disponíveis. A questão versava sobre ação proposta pelo *parquet* estadual em face de empresa de engenharia, com o objetivo de declarar nulidade de cláusula abusiva em contrato de adesão, em defesa de direitos difusos (art. 81 e seg. CDC).

Ao justificar a legitimidade do Ministério Público, S. Exa. fundamenta que o interesse social "...deflui da necessidade de ser cumprida a lei que regula atividade de importância crucial para a coletividade(...)" que deve merecer a proteção contra práticas comerciais ilícitas e contra contratos com cláusulas abusivas, porque em operações massificadas, com múltiplos prejudicados, nem sempre estará o consumidor em condições de se defender. Daí deflui a legitimidade do Ministério Público.

Também nesse acórdão há o fundamento indireto da vulnerabilidade do consumidor a autorizar a interpretação de que, embora disponíveis, se estaria diante de direitos metaindividuais; portanto de ordem pública, a autorizar a atuação do Ministério Público.

Entretanto, encontrou-se um julgamento do STF em que a Ministra Nancy Andrighi lança mão do princípio da vulnerabilidade de maneira direta, para afastar aplicação de preceito do próprio CDC, sob o fundamento de contrariar o escopo de proteção da lei consumerista. O Acórdão foi proferido no Agravo de Instrumento nº 184.616.³³

³² O mencionado acórdão foi assim ementado: "AÇÃO CIVIL PÚBLICA. Ação coletiva. Ministério Público. Legitimidade. Interesses individuais homogêneos. Cláusulas abusivas. O Ministério Público tem legitimidade para promover ação coletiva em defesa de interesses individuais homogêneos quando existente interesse social compatível com a finalidade da instituição. Nulidade da cláusulas constantes de contratos de adesão sobre correção monetária de prestações para a aquisição de imóveis, que seriam contrárias à legislação em vigor. "Art. 81, parágrafo único, III e art. 82, I, da Lei nº 8.078/90" (Código de Defesa do Consumidor). Precedentes. Recurso conhecido e provido. (Site: www.stj.gov.br/jurisprudencia).

³³ O Acórdão citado teve a seguinte ementa: "Processual Civil e Direito do Consumidor. Indenização por acidente de trânsito. Sentença condenatória prolatada em favor do consumidor. Intervenção de terceiro que prejudicaria a consecução imediata do direito material do consumidor. Enaltecimento do princípio da vulnerabilidade do consumidor. Ordem pública.

- Não deve ser admitida a intervenção de terceiro quando já proferida sentença, na medida em que a anulação do processo, para permitir o chamamento da seguradora, acabaria por retardar o feito, prejudicando o consumidor, o que contraria o escopo do sistema de proteção do CDC.

- A possibilidade de decorrer prejuízo pelo retardamento da prestação jurisdicional é suficiente, por si só, para se deixar de discutir o cabimento da intervenção de terceiro, quando a pendência de sua apreciação é atingida pela superveniente prolação da sentença." (site: www.stj.gov.br/jurisprudencia).

Como se observa, a Ilustre Ministra busca na razão de ser do Código do Consumidor o fundamento para afastar a regra do artigo 101, II, porque, diante da prolação da sentença favorável ao consumidor, a anulação do processo causaria prejuízo ao autor da demanda, vítima de acidente de trânsito, com a demora da efetividade do processo. Não deixa de mencionar que o faz com enaltecimento do princípio da vulnerabilidade do consumidor.

Questão interessante, colhida em Acórdão da Suprema Corte portuguesa, versa sobre cláusulas abusiva em contrato de adesão entre consumidor e instituição financeira portuguesa para utilização de cartão bancário. Os europeus já tratavam do tema bem antes do que se fizesse no Brasil. Os vários Estados membros do Mercado Único, quando ainda no âmbito do Mercado Comum, já manifestavam preocupação com a situação de fragilidade do consumidor diante dos contratos de massa. Entre outras cláusulas, a decisão considerou abusiva a 19ª daquele contrato bancário³⁴.

O acórdão negou provimento ao recurso da Caixa Geral de Depósitos (C. G. D.), e um dos fundamentos foi a vulnerabilidade do consumidor, frente ao poderio econômico e técnico do fornecedor foi massificação das relações industria e negociais, o que deu origem ao contrato de adesão que "...com a natural superioridade econômica dos produtores em relação aos consumidores finais (débeis e atomizados)..." procuravam excluir a responsabilidade daqueles. Conclui por afirmar que as cláusulas impostas nos contratos de adesão devem ser interpretadas com base no princípio da vulnerabilidade do consumidor.

O que se quer deixar claro é a invocação do princípio da vulnerabilidade nessas decisões judiciais, que, em regra, defendem o consumidor. O exemplo português, Estado considerado entre os menos industrializados na União Européia, basta para se ter uma idéia da seriedade de como é tratado o tema nesses países e que formam um respeitável mercado consumidor no mundo, com milhões de consumidores.

4 - Conclusão

A vulnerabilidade do consumidor não se pode olvidar, foi o argumento matriz a determinar a necessidade de leis especiais para sua proteção. Assim como ocorreu com as questões trabalhistas, as relações de consumo só mereceram legislação especial, quando se admitiu a fragilidade do consumidor, em sua interação com o fornecedor.

³⁴ A cláusula foi assim redigida: "O titular e a C.G.D. acordam em que o registro informático das operações realizadas susceptível de ser reproduzido em papel constitui prova bastante das ordens de transferências dadas e dos levantamentos efectuados através da utilização do cartão." (Revista de Direito do Consumidor/Direito Comparado)

Não é por acaso que na Constituição de 1988 a defesa do consumidor e os direitos trabalhistas estão topograficamente no mesmo Título II, que versa sobre os direitos e garantias fundamentais. O trabalho protegido contra arbitrariedades e devidamente remunerado é direito humano; da mesma forma, as relações de consumo, diante da produção massificada, constituem direito difuso, coletivo, digno de proteção contra vícios do produto ou do serviço, em consequência, definidos como lesões coletivas, ofensivas a direito humano³⁵.

Assim, o princípio da vulnerabilidade dá suporte à legislação consumidora, devendo ser levado em conta, quando da aplicação da lei. Além disso, deve ser rechaçada qualquer tentativa de modificação de normas que versem sobre a proteção desse direito humano.

O CDC define quem é consumidor e quem é considerado fornecedor de produtos e serviços. Nesse diploma legal, está patente que o fornecedor detém o controle dos meios de produção, o que, por sua vez fundamenta a vulnerabilidade, a hipossuficiência do consumidor, quanto à informação, e à capacidade de buscar a proteção jurídica, ou mesmo quando necessita de algum produto ou serviço e esse se encontra monopolizado ou cartelizado.³⁶

Pode-se citar como exemplo os contratos bancários ou de cartões de crédito. O usuário passa a utilizar um cartão de plástico, com o qual compra produtos ou serviços, ou ainda se utiliza para saques em máquinas eletrônicas de auto-serviço. Todas as operações são armazenadas através de dados informáticos, técnica que a grande maioria dos consumidores não conhece. Mais uma vez, a debilidade dos consumidores é patente, clara.

O CDC, como bem expõe o Des. Sérgio Cavalieri Filho³⁷, tem aplicação em todos os ramos do direito. O fundamento é a vulnerabilidade, elevada a cânone constitucional. Assim, insculpida no art. 5º, XXXII, ganha foros de direitos e garantias individuais e coletivas, e se *espargiu a sua disciplina por todas as áreas do Direito*, arremata o Eminent Desembargador.

Sob esse aspecto, o reconhecimento da fragilidade do consumidor, elevado a norma constitucional, traz como consequência a necessidade de se interpretar as normas que com ela conflite segundo hermenêutica que melhor traduza esse princípio. Decorre daí que, diante de argumentos tendentes à modificação do CDC, deve-se considerar o princípio da vulnerabilidade, para afastar qualquer prejuízo ao consumidor.

³⁵ AMARAL, Luiz Otávio de Oliveira. *Op. cit.* p. 32. Transcreve-se a lição sobre os fundamentos do Direito do Consumidor: "Seguindo esse feliz descorti, a Comissão de Direitos Humanos das Nações Unidas, em sua 29ª sessão (1973), realizada em Genebra, reconheceu basicamente aqueles princípios como direitos fundamentais e universais do consumidor."

³⁶ SOUZA, Sylvio Capanema. *Op. cit.* 69.

³⁷ GAULIA, Cristina Tereza. *Op. cit.* p. 96.

Por exemplo, em reportagem no **Jornal do Brasil**³⁶ de 06/01/2002, tem-se notícia de que a entidade representativa dos bancos e das empresas de cartão de crédito propuseram ação com o objetivo de revogar o art. 3º do CDC, sob o argumento de se tratar de lei ordinária, e que estaria em conflito com o art. 192 da Constituição que faz previsão de lei complementar para regulamentar a atividade financeira.

Não obstante, o artigo 192 da Constituição está inserto no Título VII, que dispõe no artigo 170, V ser um dos princípios gerais da atividade econômica, o da defesa do consumidor. Não pode lei alguma modificar o CDC em prejuízo do consumidor, porque é um sobredireito que regulamenta um direito fundamental do homem.

Aliás, é provável que a relação do consumidor com a administradora de cartão de crédito e com as instituições financeiras constitua a circunstância fática em que o consumidor seja mais vulnerável. A decisão da justiça portuguesa no acórdão anteriormente transcrito, o julgamento que considerou abusiva cláusulas que retiravam a responsabilidade daquela instituição teve como fundamento a grande dificuldade que teria o cliente de provar a situação fática.

O dever de informar se escuda na grande dificuldade enfrentada por um cidadão comum que firma contrato de adesão com a poderosa rede bancária, tanto no aspecto jurídico, como na questão contábil e tecnológica. Retomando o exemplo do cartão magnético, utilizado para operações com uma máquina automática, é pertinente lembrar que o demonstrativo das operações deve ser apresentado de maneira clara e detalhada, que não deixe dúvidas ao usuário.

Não resta dúvida de que o Código de Defesa do Consumidor representa mudança revolucionária na aplicação do direito. A partir de então, onde houver desequilíbrio nas relações que envolvam venda de produtos ou prestação de serviço, haverá presunção absoluta da vulnerabilidade do consumidor. Essa assertiva tem sua razão de ser na evolução das relações industriais e negociais. A economia de massa trouxe relações de massa, necessitando de uma tutela jurídica do consumidor, como dito por Henry Ford, por ser o elo mais fraco nessa corrente do consumo hodierno.

³⁶ Com o título de "Bancos Preferem consumidores desprotegidos" a reportagem tem o seguinte teor: "Os bancos e financeiras do país estão tentando conseguir o aval do Supremo Tribunal Federal (STF) para se livrar das várias obrigações com os clientes. Está para ser julgada no STF uma ação da Confederação Nacional do Sistema Financeiro (Consif) que pretende a dispensa das casas bancárias do cumprimento das regras fixadas pelo Código de Defesa do Consumidor, atualmente aplicadas a toda e qualquer empresa prestadora de serviços. O processo deverá ser julgado pelos ministros do STF até o final de fevereiro."

Por último, ressaltamos que o regime democrático não se caracteriza pela igualdade formal de todos diante da lei – igualdade plena perante a lei. Para ser democrático, deve a igualdade ser substancial, material, tratando-se os desiguais de maneira desigual, como preconizou “o célebre Ruy Barbosa.”³⁹ ◆

³⁹ FILOMENO, José Geraldo Brito. *Op. cit.* P 55.

Corrupção transnacional

PAULO CÉSAR CORRÊA BORGES

Promotor de Justiça e professor de Direito Penal da UNESP

Em entrevista ao **Jornal Folha de S. Paulo**¹, Luiz Regis Prado afirmou que a grande dificuldade para o Brasil adequar sua legislação à Convenção Interamericana de Combate à Corrupção era a lacuna existente em matéria penal, concernente à falta de tipificação dos crimes de corrupção e suborno transnacional, que têm sido as condutas que mais cresceram depois da globalização neoliberal.

Com o advento da Lei n. 10.467, de 11.jun.2002, que entrou em vigor na data de sua publicação, foi acrescentado ao Código Penal o “Capítulo II-A”, que trata dos crimes praticados por particular, contra a administração pública estrangeira, recebendo os números 337-B e 337-C, respectivamente, os crimes de “corrupção ativa em transação comercial internacional” e o “tráfico de influência em transação comercial internacional”, enquanto o artigo 337-D conceituou o funcionário público estrangeiro.

Os novos dispositivos repetem os artigos 327 (conceito de funcionário público), 332 (tráfico de influência) e 333 (corrupção ativa), apenas diferenciando-se deles quanto ao sujeito passivo, que passa a ser a administração pública estrangeira.

O objetivo do legislador penal brasileiro foi atender, por certo, aos esforços da O.E.A. em harmonizar as legislações dos países membros, propiciando o combate à corrupção transnacional, preconizada pela Convenção Interamericana de Combate à Corrupção, da qual o Brasil é signatário desde 1996.

Esta preocupação é revelada pelo simples fato de que os novos dispositivos poderiam ser, simplesmente, acrescentados como parágrafos dos dispositivos penais já existentes. A pretexto de sistematizar a matéria, dando-lhe um capítulo próprio, o legislador foi obrigado a repetir as definições legais já existentes, acrescentando-lhes apenas a expressão “transação comercial internacional” e, em relação ao conceito de funcionário público, foi

¹ Publicada no dia 24.jun.2002, no “Caderno Brasil”, na página A8.

destacar que será assim considerado aquele que tem ligação com país estrangeiro ou organizações públicas internacionais.

Inexistindo interesse direto ou indireto da administração pública brasileira, como se pode cogitar de punição de crime que não ocorreu no Brasil, não foi praticado por brasileiro e nem a vítima é brasileira ou pessoa jurídica brasileira?

Se a corrupção internacional atingir o patrimônio público brasileiro, estarão em pauta os crimes de corrupção ativa (artigo 333) e o tráfico de influência (art. 332), ainda que se refira a uma transação comercial internacional, independentemente da nacionalidade do sujeito ativo e do local do crime, ou pela aplicação do princípio da territorialidade ou, no caso de extraterritorialidade, pelo princípio da defesa (artigo 7º, inciso I, "b", do Código Penal)

Por outro lado, em tendo sido o crime de corrupção internacional praticado no exterior por brasileiro, condicionalmente, serão aplicados os novos dispositivos penais (art. 337-B e 337-C), uma vez que a Constituição Federal veda a extradição de nacionais.

Os crimes correlatos, que caracterizam crimes praticados pelo funcionário público contra a administração pública, permanecem restritos ao âmbito nacional, porquanto cada Estado quer punir seu próprio funcionário corrupto, ainda que se trate de transação comercial internacional, pois nesta hipótese aquele Estado será o titular do bem jurídico tutelado. Pretende-se punir o corruptor internacional, mas o funcionário público corrompido permanece nos limites da punição do Estado ao qual pertença, conforme já preceituado no artigo 7º, inciso I, alínea "c".

Verifica-se, então, que, com os dois novos dispositivos penais, está em questão a aplicação do denominado princípio da "personalidade ativa" e o da "justiça universal", previstos no Código Penal brasileiro, em seu artigo 7º, inciso II, letras "a" e "b", que estabelecem hipóteses de excepcional extraterritorialidade condicionada.

São, portanto, crimes que somente serão aplicados em caráter excepcional, pois, afastada a hipótese rara de ter sido consumado o crime contra a administração pública estrangeira, no território brasileiro, aqueles novos dispositivos penais serão aplicados ou quando a autoria do crime no estrangeiro for atribuída a brasileiro, que não poderá ser extraditado, ou pela aplicação da denominada "justiça universal". Assim, a extraterritorialidade, que já é a exceção à aplicação da lei penal brasileira no espaço, será a regra de aplicação dos artigos 337-B e 337-C.

Segundo Nélson Hungria², esta extraterritorialidade é motivada pela crescente necessidade dos Estados colaborarem, uns com os outros, na

² Comentários ao Código Penal. 3. ed. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1995. V. I, Tomo 1., p. 178

repressão dos crimes que transcendem os interesses nacionais e, por isso mesmo, são objeto de tratados e convenções internacionais, para permitir a punição em qualquer dos países subscritores.

Como anotou há muito tempo Franz Von Litz³, aquela exceção tem uma importância subsidiária, pois tutela a comunidade de interesses dos Estados e é aplicável apenas quando a repressão não for realizada sob o manto do princípio da territorialidade. Vale dizer, ademais, que o festejado mestre já incluía entre os interesses da comunidade internacional as relações comerciais internacionais, como objeto da tutela do que se convencionou denominar de Direito Penal Internacional.

Por todas estas razões, melhor teria sido o legislador brasileiro ter incluído parágrafos nos artigos 332 e 333, ao invés de criar um novo capítulo, com a repetição daquelas definições de crime, com pouco acréscimo e nenhuma alteração da sua natureza jurídica, pois continuam sendo crimes contra a administração pública.

Como já anotou Mario Caciagli⁴, estudando evidências empíricas e propostas teóricas a partir da realidade italiana, a corrupção tem várias causas e condições que não são exclusividades dos países pobres ou em desenvolvimento, estando presente em todos os sistemas, inclusive nos Estados Unidos, onde afirmou que aquela é uma variável que depende da expansão dos gastos públicos e da excessiva regulamentação da sociedade.

Portanto, ainda que o Brasil tenha subscrito a Convenção Interamericana de Combate à Corrupção, prescindia-se de todo um capítulo no Código Penal, bastando acréscimos nos artigos já existentes. O que parece ser o pano de fundo, então, é a tipificação dos crimes de corrupção e tráfico de influência, contra a administração pública estrangeira, para permitir a extradição, tendo em vista que o artigo 76, inciso II, da Lei nº 6.815/80, estabelece que aquela não será permitida se o fato que motivar o pedido não for considerado crime no Brasil.

Em tese, não seria possível extraditar o estrangeiro que cometesse crime contra a administração pública estrangeira, porquanto esta conduta não estava tipificada por nenhum dos crimes previstos no título referente aos crimes contra a administração, inviabilizando-se, por esta razão a extradição.

Em reforço a esta tese está a denominada "entrega administrativa", que segundo Luiz Regis Prado, na entrevista já referida, constitui-se na "entrega legal do agente da corrupção de um Estado para outro, sem passar pelos entraves burocráticos". ♦

³ *Tratado de Derecho Penal*. 2. ed. Trad. Luis Jiménez de Asúa. Madri: Editorial Reus, 1927. Tomo 2, p. 107

⁴ "Clientelismo, corrupción y criminalidad organizada. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1996. Cuadernos y debates, nº 60. p. 72/73.

A Politização do Judiciário e Marketing Institucional*

LUIS GUSTAVO GRANDINETTI CASTANHO DE CARVALHO

Juiz de Direito no Rio de Janeiro, Coordenador de Direito Processual Penal na EMERJ, Coordenador Acadêmico do Mestrado em Direito da Universidade Estácio de Sá

I. Introdução

A presente tese não pretende ter natureza acadêmica, mas, tão-somente, servir de uma proposta justificada de ação político-institucional do Poder Judiciário com o objetivo de resgatar a sua imagem junto à sociedade brasileira.

A democratização do País com o retorno das eleições diretas para todos os níveis políticos e a elaboração de uma Constituição, já agora com 15 anos de vigência, propiciou e fomentou uma democratização dos poderes públicos incumbidos da gestão pública do País.

A renovação permanente do Poder Executivo e do Poder Legislativo, por intermédio do sufrágio eleitoral, garantem a esses poderes uma legitimação, pelo menos teoricamente, controlável, ainda que as práticas eleitorais ainda frustrem a completa concretização da teoria da representação política.

O Poder Judiciário, ao contrário, não nutre sua legitimidade de eleições periódicas, mas da motivação de suas decisões e da publicidade de seus atos.

O que se tem visto, atualmente, é que esses fatores de legitimação são absolutamente desconhecidos da população e, mesmo, a eles a população não tem acesso concreto.

Quanto à motivação, a própria linguagem jurídica utilizada afasta sobremaneira o entendimento dos interessados em conhecê-la e até mesmo as partes necessitam da intermediação de seus advogados para, razoavelmente, entenderem se suas pretensões foram acolhidas ou rejeitadas.

Não raro, também, os órgãos de comunicação social distorcem as motivações das decisões judiciais, seja por também não entendê-las, seja porque delas discordam e não interessa esclarecê-las à opinião pública.

* Tese apresentada e aprovada por unanimidade no Encontro Estadual de Juízes do Rio de Janeiro, em setembro de 2003, em Mangaratiba - RJ e no Congresso Brasileiro de Magistrados, em outubro de 2003, em Salvador, Bahia.

Por sua vez, a publicidade, embora seja uma garantia constitucional do processo, não garante e não concretiza o conhecimento da sociedade acerca do funcionamento do Poder Judiciário pela simples razão de não ser possível atingir sequer uma significativa parcela da comunidade.

A própria noção de publicidade foi inteiramente transformada a partir do desenvolvimento da tecnologia e da onipotência dos veículos de comunicação, como a televisão, que ampliaram, consideravelmente, o espaço público como nunca antes fora visto.

Diante desta transformação, a mera publicidade dos atos judiciais não está relacionada ao efetivo conhecimento do ato que foi realizado.

A sociedade brasileira dá sinais visíveis de que não se satisfaz mais com aqueles fatores de legitimação da função jurisdicional: a motivação e a publicidade dos atos judiciais. E a consequência dessa insatisfação pode ser contabilizada pelas inúmeras críticas que o Poder Judiciário tem recebido de diversos setores da sociedade, especialmente da imprensa, que é, em alguma medida, porta-voz dos anseios populares.

Esse momento de maior anseio pela transparência do Poder Judiciário, coincide com novas espécies de demanda da sociedade ao mesmo Poder, que exige deste respostas jurisdicionais até então inconcebíveis dentro de uma óptica tradicional.

II. Ativismo e Politização do Poder Judiciário

Quando Montesquieu concebeu o Poder Judiciário, descreveu-o como um poder de algum modo nulo. O juiz seria a boca da lei, um escravo do texto legal.

Contemporaneamente, porém, o célebre escritor deveria explicar de qual lei seria o juiz escravo. Isso porque boa parte dos sistemas jurídicos do mundo ocidental tem sido confrontada, ultimamente, com um novo fenômeno pertinente ao modo de produção legislativa: a descodificação, ou seja, a substituição dos códigos por legislações extravagantes.

Paradoxalmente, é nesse quadro de fragilização do sistema, que Perfecto Andrés Ibañez percebeu um novo espaço aberto ao juiz:

“Paradoxalmente, o caráter proteiforme e progressivamente assistemático do universo normativo aplicável amplia o espaço aberto à discricionariedade judicial e o leque das opções jurisprudenciais possíveis e, por conseguinte, o protagonismo do juiz, cujo concurso ativo se requer”¹.

Isso porque, citando Tarello², o sistema não é apenas o que da lei se extrai, mas, antes o modo de ver de quem o interpreta. Deste modo, conclui Ibañez:

¹ “Neutralidade ou pluralismo na aplicação do Direito”, *Doxa* nº 15-16, Universidade de Alicante, tradução de Alberto Esteves Remédio.

² “O caráter de sistema não é um caráter de conjunto das normas de um direito, mas antes um caráter do modo de ver adoptado por quem examina o conjunto das normas de um direito. Não é o direito em si que se constitui em sistema, é o direito quando olhado como conjunto de normas inter-relacionadas que aparece como sistema” (apud, *idem*).

“daí a necessidade de um esforço integrador permanente geralmente pedido à magistratura”³.

Na mesma linha de raciocínio caminha Michele Taruffo, para quem, os mitos das sociedades homogêneas já foram subvertidos pelas transformações políticas, econômicas, sociais e culturais da época moderna. Nesse mundo em transformação:

“altera-se inevitável e profundamente a missão do juiz e, conseqüentemente, os componentes, as peculiaridades e as estruturas de seu raciocínio”⁴.

O juiz de hoje, para citar Ferrajoli⁵, não está mais só, muito menos só com a lei. Em redor dele está toda a complexidade da sociedade que ele deve estar em condições de interpretar, além de interpretar a norma. Não há mais espaço para um juiz que seja um passivo aplicador da lei. Voltando às palavras de Michele Taruffo:

“Assim como o juiz não é mais (admitindo-se que em algum tempo ele o haja realmente sido) a boca inanimada da lei, teorizada por Montesquieu, nem um passivo aplicador de normas simples mediante deduções formais, ele não é mais (admitindo-se que em algum tempo ele o haja realmente sido) um passivo usuário de noções metajurídicas fornecidas ready made pela experiência coletiva, ou um elementar consumidor de regras e critérios dispostos de modo claro, completo e coerente no depósito constituído pelo senso comum. Em uma palavra: o juiz não tem mais a sua disposição uma imagem simples e ordenada do mundo, à qual possa reportar-se como pano-de-fundo de seus raciocínios.

Assim como no plano da interpretação do direito o juiz assume papel cada vez mais ativo e criativo, de problem-solver, de policy-maker e cada vez mais frequentemente de law-maker, assim também no plano extrajurídico ele só pode ser definido como intérprete ativo da cultura, da consciência social, dos princípios e dos valores de seu tempo... Para ser um bom intérprete, o juiz, deve portanto ser consciente da fragmentação e variedade das coordenadas cognoscitivas e valorativas que são as notas dominantes da sociedade atual”.

³ *Op. cit.*

⁴ “Senso Comum, Experiência e Ciência no Raciocínio do Juiz” – Aula inaugural proferida na Faculdade de Direito da UFPR em 05/03/2001, transformado em artigo não publicado, tradução de Cândido Rangel Dinamarco e revisão de Luiz Felipe Duarte Martins Costa.

⁵ *Direito e Razão – Teoria do Garantismo Penal*, 2002, RT.

Nesse contexto, a função do juiz assume inegável componente político, que é inafastável da função jurisdicional, na medida em que esta pressupõe escolhas quanto às soluções legislativas existentes e quanto a sua submissão à ordem constitucional. Daí se cogitar de um novo tipo de ativismo judicial.

Ultimamente tem-se voltado ao tema do ativismo judicial com bastante frequência. Se a origem da expressão é atribuída ao controle jurisdicional da Suprema Corte norte-americana sobre atos do Executivo e do Legislativo, atualmente, e particularmente no Brasil, ativismo judicial tem recebido múltiplos significados.

A própria concepção original da expressão - controle da constitucionalidade e da razoabilidade das leis e de atos normativos do Poder Público – ganhou nova dimensão a partir da Constituição de 1988 e de posteriores emenda constitucional e leis que introduziram outras medidas judiciais de controle da constitucionalidade (ação de descumprimento de preceito fundamental e ação declaratória de constitucionalidade⁶).

Ao lado dessa nova dimensão, outros significados de ativismo judicial têm-se juntado à concepção tradicional. A partir da edição de algumas leis na década de 90, especialmente a que regulou o Código do Consumidor e, agora, o Código Civil de 2002, o sistema de responsabilidade civil foi totalmente remodelado, ensejando uma nova e mais justa divisão de encargos pelos riscos de certas atividades, bem como de encargos probatórios entre as partes do processo, com a introdução de várias hipóteses de responsabilidade objetiva ou de responsabilidade presumida. Ao lado desse novo sistema, tratou-se da desconsideração da personalidade jurídica, em determinados casos, de modo a proteger mais eficazmente o consumidor.

Também no campo do processo civil percebeu-se mais uma emanção de uma espécie de ativismo judicial. A Lei nº 9.099/95, que introduziu os Juizados Especiais Cíveis e Criminais, permitiu cogitar-se de uma nova postura do magistrado brasileiro na presidência do processo civil, de modo a legitimar-lhe uma interação mais profunda com as partes e a conferir-lhe maior poder no tocante ao procedimento probatório, com vistas à igualização das partes em litígio. O artigo 5º da referida lei assegura ao juiz a prerrogativa de dirigir o processo com ampla liberdade quanto à instrução probatória e, em especial, para aplicar as regras de experiência comum ou técnica. O artigo 6º, por sua vez, permite ao Juiz adotar a decisão que reputar mais

⁶ Não se deve olvidar, contudo, da crítica doutrinária acerca da ação declaratória de constitucionalidade por diminuir o campo de controle difuso da constitucionalidade e, por isso, em certa medida, reduzir o próprio ativismo judicial. Cfr. Jorge Miranda, *Teoria do Estado e da Constituição*, p. 509, 2002, Ed. Forense.

justa e equânime, atendendo aos fins sociais da lei e às exigências do bem comum, reproduzindo lapidar disposição da Lei de Introdução ao Código Civil, tão solapada por sucessivas leis que negam ao magistrado qualquer espaço para a equidade e que lhe exigem agir de acordo com critérios de legalidade estrita.

Do mesmo modo, as reformas promovidas no Código de Processo Civil voltaram-se para conferir maior efetividade e presteza ao comando judicial, sendo de destacar-se o instituto da antecipação da tutela.

A tudo presidiria o ideal de realização do justo e a busca da efetividade do direito material invocado.

Esse conjunto de instrumentos legais enseja a adoção de posturas ético-profissionais que permitam ao magistrado aproximar-se da verdade real⁷ na medida em que participa mais intensamente do procedimento probatório. A possibilidade de inversão do ônus probatório, por exemplo, afasta a clássica e confortável equidistância que impunha ao magistrado assistir, como espectador indiferente, ao anunciado fracasso de uma das partes em se desincumbir de seu ônus probatório, quando todos sabiam previamente que ela seria absolutamente incapaz de obter a prova necessária para a sua pretensão.

Desse ativismo judicial nasce um novo Juiz e um novo Judiciário, com missões políticas e sociais bem mais profundas: Tanto é assim que Luiz Werneck Sodré, Maria Alice Rezende de Carvalho, Manuel Palácios Cunha Melo e Marcelo Baumann Burgos enfatizaram:

“Os procedimentos abertos à comunidade dos intérpretes e a criação dos Juizados Especiais vêm dotando o Poder Judiciário de uma inédita capilaridade, deitando sua rede sobre a quase-totalidade do tecido social, da maioria parlamentar aos setores mais pobres da população. Instituição estratégica na solidarização da ‘comunidade’ com sua Constituição, o seu personagem – o magistrado – não se pode achar imune à intensa mobilização do direito e dos seus procedimentos por parte da sociedade civil, a nova arquitetura institucional dependendo, em boa parte, nos Tribunais e nos Juizados Especiais, do seu desempenho profissional, da sua orientação ética e do cumprimento de seu papel constitucional de ‘guardião’ dos direitos fundamentais”⁸.

Na medida em que o Judiciário tenta se esforçar para atender a essa transformação qualitativa e quantitativa da demanda, por um lado, por outro contenta-se com as garantias constitucionais da motivação e da publicidade como fatores de legitimação de sua função.

⁷ Não é objetivo deste trabalho examinar o desmoronamento do mito da dicotomia entre verdade real e verdade processual, e a substituição de ambas pela noção de verdade aproximativa.

⁸ A judicialização da política e das relações sociais no Brasil, p. 43, Ed. Revan.

Ainda que tais fatores sejam o que bastem para legitimar o Poder Judiciário perante os demais Poderes e a Constituição, o seu cumprimento estrito e a falta de percepção de um anseio mais concreto por parte da sociedade, vão, aos poucos, reduzindo o grau de legitimidade do Poder junto à sociedade, o que repercute na falta de compreensão de suas peculiaridades, garantias e prerrogativas, que parecem injustificadas aos olhos da população.

Aliado a essa situação de desconhecimento geral e de anseio geral por mudanças na estrutura do Poder, parte da imprensa tem feito um sólido e incansável trabalho de deslegitimação da função jurisdicional, que tem provocado já sensíveis danos à reputação, à autoridade e à honorabilidade dos órgãos judiciais.

III. Marketing Institucional como Exigência da Sociedade Moderna

No mundo globalizado e interligado por redes de comunicação onipresentes e onipotentes, dar-se a conhecer passou a ser um fator de legitimação dos órgãos públicos, uma verdade sociológica do mundo moderno, contra a qual não se deve lutar.

É absolutamente correto que as decisões judiciais não devam ser guiadas pela vontade da maioria. A propósito, elucidou Ferrajoli:

“A primeira regra de todo pacto constitucional sobre a convivência civil não é precisamente que sobre tudo se deva decidir por maioria, mas que nem tudo se pode decidir (ou não decidir), nem mesmo pela maioria. Nenhuma maioria pode decidir a supressão (e não decidir a proteção) de uma minoria ou de um só cidadão”⁹.

O Poder Judiciário tem dado demonstração de estar sintonizado com seu País e seu tempo, produzindo decisões judiciais de inegável alcance social, que representam verdadeiras e importantes conquistas sociais. Algumas vezes, tais decisões podem estar de acordo com a vontade (teórica) da maioria ou podem ser a ela contrária. Mas, em qualquer dos casos, não há qualquer preocupação institucional de apresentá-la como coincidente com a maioria ou de justificar porque não é.

Quando as decisões judiciais caminham no sentido da (teórica) maioria, tais decisões não são divulgadas com a intensidade que a sociedade requer.

Por outro lado, as decisões judiciais que possam apresentar algum descompasso com os anseios sociais teoricamente majoritários gozam de ampla divulgação por parte da imprensa, sem que se divulguem com o mesmo destaque as suas razões de justificação.

⁹ *Op. cit.*, p. 689.

Acresça-se a todos estes fatores a situação peculiar e atual das relações entre Judiciário e Imprensa, que estão extremamente tensas, e que não contribuem para uma correta informação das atividades e razões de ser e de decidir do Poder Judiciário.

Por tais razões, impõe-se aos líderes do Poder Judiciário a concretização de medidas que divulgem à sociedade como, quando, de que modo e por que decidem os juízes.

IV. Conclusão

A conclusão que decorre de tudo o que foi exposto não poderia ser teórica, mas prática. Trata-se de propor uma regra de ação político-institucional, a ser seguida por todos os tribunais do País e por todos os órgãos de classe.

A proposta é, simplesmente, de documentação e de ampla divulgação, em caráter permanente, das decisões judiciais que tenham grande impacto na sociedade.

Sugere-se o seguinte método de trabalho:

Formar um grupo de trabalho em cada tribunal/associação composto por:

um juiz de direito

um assessor de imprensa

um estagiário de jornalismo

um estagiário de Direito.

2) Pesquisar nos arquivos dos jornais de grande circulação e emissoras de TV decisões judiciais que tenham tido repercussão, tanto negativa como positiva, junto à opinião pública. Determinar um período de tempo para efetuar a pesquisa (últimos 10 anos, por exemplo).

3) Selecionar aquelas que possam comportar um tratamento de marketing institucional, que compreenderia:

- a narrativa do caso concreto em linguagem jornalística;
- entrevista com os envolvidos (pessoas eventualmente beneficiadas pela decisão);
- justificativa compreensível dos argumentos jurídicos usados na decisão;
- eventualmente entrevista com o juiz prolator da decisão.

4) Publicação do trabalho:

• em formato de jornal, para ser distribuído nos fóruns, nas comunidades, nas escolas (com aula-explicativa dos juízes), nas universidades de todos os saberes, nos sindicatos, nas redações dos jornais etc.

• em formato de livro, anual, para ser encaminhado a autoridades, contendo também a íntegra das decisões judiciais examinadas.

No Rio de Janeiro, sugere-se tratar as seguintes decisões judiciais:

- a que proibiu a construção do museu Guggenheim;
- a que determinou a abertura de vagas em escolas;
- a que deferiu a guarda do filho da cantora Cássia Eller à companheira desta (com o devido sigilo que o caso recomendar);
- decisões ambientais que determinaram a transferência de vazadouros de lixo em diversos municípios e outras decisões ambientais de repercussão;
- a condenação dos bicheiros do bicho;
- a que determinou a interceptação telefônica dos presos do presídio de Bangu;
- a que garantiu medicamentos;
- a que garantiu vagas escolares;
- determinação de cobertura e internação por parte de seguradora de saúde;
- as decisões contra prestadoras de serviços (Telemar etc.), contra bancos e cartões de crédito por abusos e juros extorsivos;
- decisão que manda pagar 13º salário;
- ações de improbidade.

No plano federal, entre tantas outras:

- decisão que determinou a abertura dos arquivos oficiais sobre o conflito do Araguaia
- condenação pela morte do jornalista Wladimir Herzog e outros presos políticos;
- decisão que determinou ao INSS repor 147% de reajuste;
- idem quanto à correção do FGTS.

Essas medidas visariam, assim, a ampliar o conhecimento que a sociedade brasileira tem do seu Poder Judiciário, para contribuir para a sua capacidade de reflexão e de julgamento a respeito do funcionamento dos poderes da República. ♦

Contratos de Adesão: Limite de Justiça do Direito

MARIA CRISTINA DE BRITO LIMA

Juíza de Direito do T.J/RJ. Mestre em Direito pela UGF. Doutoranda pela Universidade de Lisboa

"O contrato escapa cada vez mais à acção comum e concertada das partes; deixa de ser uma «entente» realizada sob a égide da liberdade, pelo jogo de vontades iguais e autónomas, para se tornar uma operação dirigida, quer pelos poderes públicos, representados aqui pelo legislador e pelo juiz, quer por um só dos contraentes que impõe a sua fórmula e as suas condições ao outro".

1. IMPORTÂNCIA E ATUALIDADE DO TEMA

No ambiente jurídico do início do século XX ocorre um fato que mudou a trajetória do Direito: a primeira guerra mundial, trazendo como consequência a preponderância do fator econômico sobre o jurídico.

Afloram desde então os chamados contratos de adesão, nos quais não há consenso e as convenções se formam em série, isto é, por procedimento automático, em flagrante desigualdade entre as partes, já que apenas uma redige as cláusulas contratuais e a outra a elas adere, sem discussão².

Assim, aliado às necessidades da sociedade emergente, cada dia mais voltada a práticas vivenciais rápidas, espalhou-se com rapidez o referido meio célere de vinculação contratual. E o fato é que a contratação em massa, por meio de formulários com cláusulas preestabelecidas de modo a agilizar o comércio jurídico, invadiu as relações jurídicas que iam se formando no dia-a-dia sem qualquer medida conformativa de cunho positivo.

¹ TELLES, Inocência Galvão. **Manual dos contratos em geral**. Lisboa, LEX, reimpressão da 3ª edição, 1995, p. 62.

² Contra esta nova figura insurge-se JOSSERAND, "*Tendances actuelles de la théorie des contrats*". *Revue trim. Droit Civil*, número de janvier-mars, 1937, argumentando que desapareceu o sistema liberal e individualista, passando-se, então, pelo dirigismo contratual e finalmente chegando-se a uma tese negativa, que perde de vista o vínculo contratual, como pressuposto das relações jurídicas.

Na atualidade, as modernas sociedades técnicas assentam-se num tráfego negocial de massas que, a seu turno, provoca a erosão dos esquemas negociais, onde a liberdade de estipulação é posta em causa, sobressaindo as necessidades de racionalização e de cautelas que levam a que negócios de vulto sejam apresentados às pessoas em termos de pura aceitação ou recusa; donde se concluir ser a liberdade de celebração meramente teórica³. São contratações que se manifestam por meio de comportamentos concludentes⁴, isto é, comportamento facultado pelo Direito, que permite às pessoas optarem por um tipo de atuação de propósitos. Uma nova dimensão em que a vontade se expande⁵.

A esta técnica de formação contratual atribuiu-se inicialmente a nomenclatura de *contratos de adesão*, o qual se popularizou pelas mãos do jurista SALEILLES, quando do estudo sobre a parte geral do Código Civil alemão⁶. O produto do esforço intelectual daquele doutrinador francês fez emergir a referência a contratos onde há o predomínio absoluto de uma só vontade, que, agindo como vontade unilateral, dita a sua lei, a uma comunidade indeterminada⁷.

É interessante notar que, embora fonte de investigação e mesmo de inspiração, os países de língua germânica não adotaram a expressão — *adesão* —, optando por tratar o tema sob a nomenclatura de *condições gerais dos contratos* (*Allgemeine Geschäftsbedingungen – AGB*⁸). Outra face curiosa, é que muito antes de ser batizado como tal já se fazia presente essa modalidade no seio da sociedade, mas aqui como proteção à parte débil da relação⁹. No domínio da *common law* usa-se a designação de *adhesion contract* ou *standard contract*⁹.

³ CORDEIRO, Menezes. *Tratado de Direito Civil Português*. Parte Geral. 2ª ed.. Tomo I, Almedina, 2000, p. 413/414.

⁴ LARENZ, Karl /WOLF, Manfred. *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*. 8ª ed.. Munich, 1997, p. 476 e ss. Aqui no sentido de ações através das quais o agente mostra o resultado que pretende alcançar, ou seja, mostra a finalidade de sua ação.

⁵ CORDEIRO, Menezes, *ibidem*, p. 415, reforça essa idéia aduzindo que «as pessoas podem pautar as suas condutas por hábitos, por atuações instintivas, porventura mesmo pelo acaso, sem que o Direito as obrigue a uma permanente vigilância jurídica».

⁶ SALEILLES, Raymond. *De la déclaration de volonté (contribution à l'étude de l'acte juridique dans le Code Civil allemand – art. 116 a 144)*: Paris, librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, nova tiragem, 1929, nº 89, p. 229-230.

⁷ TELLES, Inocência Galvão. "Das condições gerais dos contratos e da diretiva europeia sobre as cláusulas abusivas". *Revista O Direito*. Ano 127º III-IV, 1995, (Julho-Dezembro), p. 300.

⁸ CAMPOS, Carlos da Silva. *Contratos de adesão e defesa do consumidor*. Lisboa: Instituto Nacional de Defesa do Consumidor. Estudos, 1987, apresenta interessante evolução do postulado da defesa da parte débil pelo Direito, referenciando em BISMARCK, na Prússia de 1848, os primeiros passos na tentativa de resolver a questão social (então fixada no proletariado), mas cujos efeitos também se fizeram sentir no direito do consumo, onde o mesmo fenómeno se repete.

⁹ PINTO, C. A. MOTA. "Contratos de adesão". "Uma manifestação jurídica da moderna vida económica". *Revista de Direito e de Estudos Sociais*: Coimbra, 1973, p. 124.

Mas se é certo que, por um lado, os *contratos standards*¹⁰ propiciam a realização de uma série indefinida de relações negociais, homogêneas no seu conteúdo, com uma série também indefinida de contrapartes, predispondo antecipadamente uma delas às cláusulas embasadoras da relação jurídica que se forma¹¹, também é certo, por outro prisma, que tais pactos impõem restrições à liberdade contratual de uma das partes da relação, dando ensanchas a que se instale na relação um desequilíbrio, onde o mais forte impõe as suas regras e o mais fraco as aceita, por falta de outra opção. Instala-se, assim, um campo fértil para a atuação jurisdicional com vista ao reequilíbrio da relação jurídica que se formou¹².

Para a atualidade do tema, cumpre frisar que o implemento, a passos largos, da forma *estandardizada* de contratar (*contratos standards*) vem causando no mundo jurídico uma preocupação cada vez maior com os eventuais desequilíbrios contratuais que possam surgir, ferindo, assim, a justiça do seu conteúdo. Portanto, não é sem razão que a difusão do instituto tem suscitado especiais problemas de proteção da vontade e de fiscalização do conteúdo das cláusulas contratuais gerais que o compõem¹³.

Não se pode olvidar que, como bem reforça o mestre OLIVEIRAASCENSÃO, *“o fundamento do Direito foi historicamente encontrado na Justiça, entendendo-se que quando a uma situação jurídica falta Justiça a própria juridicidade do contrato fica inquinada, sendo, assim, a Justiça concreta do conteúdo do contrato a sua causa*^{14”}.

Portanto, a Justiça, porque consiste no respeito aos direitos de cada um, deve permear as relações jurídicas, promovendo o reequilíbrio das posições das partes¹⁵. Cabe ao Direito, nessa importante atuação, orientar-se pela manutenção da Justiça, garantindo a dignidade humana, com ética normativa

¹⁰ ROPPO, Enzo, *O contrato*. Almedina, 1988, p. 311.

¹¹ ROPPO, *op. cit.*, p. 311, afirma que esses contratos representam fatores de racionalização da gestão empresarial, pelo qual as empresas prevêem e calculam antecipadamente todos os elementos suscetíveis de atuar no balanço da empresa (ativo e passivo).

¹² ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito Civil – Teoria Geral*. V. III. Coimbra Ed., 2002, p. 2215, comenta que *«o contrato de adesão provoca a erosão da autonomia privada, suprimindo a liberdade de negociação do aderente, a liberdade de estipulação do aderente, a liberdade de criação, e até a própria liberdade de celebração ou vinculação do aderente, nos casos característicos, restando, apenas, a liberdade jurídica de celebração, já que esta dá a essência da autonomia privada»*.

¹³ COSTA, C. J. Almeida. "Contrato de adesão". *Polls Enciclopédia VERBO da Sociedade e do Estado*. Nº 1 – AC, p. 1239-1240, janeiro de 1983.

¹⁴ ASCENSÃO, *op. cit.*, p. 258.

¹⁵ ASCENSÃO, *op. cit.*, p. 252.

e principiológica. Tudo com o escopo de dar soluções razoáveis, materialmente justas e equilibradas, em prestígio à equivalência das prestações¹⁶.

Dessa forma, ante os esforços que se evidenciam quer pela jurisprudência, quer pela doutrina, quer pelos órgãos legislativos, para a promoção de uma Justiça consistente no equilíbrio das posições das partes, o relevo do presente trabalho aponta para a identificação no ordenamento brasileiro, mediante uma análise comparativa com o ordenamento português, dos meios jurídico-positivos concretizadores da proteção da parte mais fraca, ou dos meios de controle do conteúdo das cláusulas contratuais na relação jurídica típica dos contratos de adesão.

As fontes legais envolvidas com a apreciação do tema são: Código Civil Brasileiro de 2002, com eventuais menções ao de 1916, recentemente revogado, o Código Civil Português, o Código de Defesa do Consumidor Brasileiro (Lei nº 8.078, 11.9.1990), Decreto-lei nº 446/85, de 25 de outubro (Cláusulas Contratuais Gerais), com as alterações posteriores introduzidas pelos Decretos-leis nºs 220/95, de 31 de agosto e 249/99, de 7 de julho.

2. CONTRATOS DE ADESÃO: UM MOMENTO INICIAL

Considerada a racionalidade técnica da sociedade atual, que não pode mais estar atada às práticas contratuais de outrora, quando havia espaço para considerações pessoais na discussão de cláusulas, o contrato de adesão entremostrou-se como uma ocorrência fatal no mundo jurídico¹⁷.

Emergindo como um contrato de conteúdo pré-fixado, total ou parcialmente, por uma das partes a fim de ser utilizado, sem discussão ou sem discussão relevante, de forma abstrata e geral, na sua contratação futura, aflorou, desde logo, seu ponto discutível: a ausência de uma fase negociatória no *iter negotii*, justamente o momento em que a vontade dos contratantes era considerada para a efetivação da avença.

Ausente esse elemento que se caracteriza como essencial do contrato, resta à parte a opção de aceitar ou rejeitar a avença, vinculando-se ao estipulado unilateralmente pelo proponente. Na verdade, a adesão, ou seja, o ato de aderir, representa o mútuo consenso, tornando o contrato apto a gerar os efeitos da vontade apresentada e retratada naquelas cláusulas contratuais¹⁸.

¹⁶ DRAY, Guilherme Machado. "O Ideal de justiça contratual e a tutela do mais débil. Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Inocêncio Galvão Telles". V. I, *Direito Privado e vária*. Almedina, 2002, p. 77.

¹⁷ ASCENSÃO, J.O., *Op. cit.*, p. 215, entende que «o contrato de adesão é uma ocorrência fatal e como tal não pode ser posta em causa» .

¹⁸ PINTO, C. A. MOTA, *op. cit.*, p. 125

Sem representar uma categoria contratual autônoma, ou mesmo um tipo contratual, o contrato de adesão emerge como técnica de formação de contrato, podendo ser aplicada a qualquer categoria de contrato¹⁹, sempre que se pretenha a rapidez na conclusão do mesmo, exigência das economias de escala²⁰.

Aliás, esse modo de contratação típico da sociedade industrial moderna conforma-se com as atuais estruturas de produção econômica e de distribuição de bens e serviços em massa, esvaziando, entretanto, as negociações prévias entre as partes²¹.

Assim, os contratos de adesão vão se caracterizar basicamente pela a) pré-disposição clausular; b) unilateralidade e c) rigidez. Nessa conformação característica basilar, tem-se que nos contratos de adesão há a *prévia* elaboração por *uma das partes*, em geral a titular da atividade econômica desenvolvida, ou a predisponente, de regras contratuais que irão abarcar todas as futuras negociações a serem efetivadas. Essas cláusulas contratuais permearão todas as relações jurídicas futuras, de igual modo. Há, aí, uma intenção uniformizadora que acolhe este procedimento, a fim de os contratos que vierem a ser concluídos obedeçam todos ao mesmo padrão ou modelo, permitindo-se, assim, responder às necessidades de racionalização, planejamento, celeridade e eficácia que justificam o recurso a este modo de formação do contrato²².

Essa conformação contratual peculiar, representada pela elaboração prévia e unilateral das cláusulas negociais que devem nortear uma relação jurídica específica, rapidamente permitiu à doutrina entender que a adesão se fazia a cláusulas negociais que eram gerais, porque se aplicavam a todos, de igual forma, sem qualquer espaço para subjetivações. E assim, a preocupação doutrinária e legal em definir o fenômeno fez aflorar outras expressões, além do *contrato de adesão*, donde também se identificar correlatamente a ele *condições gerais dos contratos, cláusulas contratuais gerais, contratos standards e tantas outras*²³.

¹⁹ BARBOSA, Ana Mafalda C.N. M. "Os contratos de adesão no cerne da protecção do consumidor", in *Estudos do Direito do Consumidor* – 3, p. 393.

²⁰ NERY JÚNIOR, Nelson *et all.* *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. Rio de Janeiro: Forense Universitária. 2000, p. 447.

²¹ MONTEIRO, A. Pinto. *Contratos de adesão....*, p. 5.

²² MONTEIRO, A. Pinto, *Ibidem*, p. 7.

²³ TELLES, Inocência Galvão, *Das condições gerais....*p. 301, argumenta que a nomenclatura adotada de *contrato de adesão* expressa os casos em que a atitude passiva de mera adesão é algo de estrutural e constante no âmbito de um número indeterminado de contratos e não qualquer coisa de contingente ou esporádico.

2.1 CLÁUSULAS CONTRATUAIS GERAIS

Por outro lado, não reina de forma pacífica o entendimento de que ambas as denominações — *contratos de adesão* e *cláusulas contratuais gerais* — sejam sinônimas.

Já se pode evidenciar o posicionamento de OLIVEIRA ASCENSÃO quanto à nomenclatura adotada em Portugal: *cláusulas contratuais gerais*. Para ele a melhor denominação seria *cláusulas negociais gerais*, por ser mais abrangente, subsumindo, assim, os negócios jurídicos unilaterais²⁴.

Mas quanto à sinonímia, alguns estudiosos argumentam que poucos são os elementos comuns entre os contratos de adesão e as cláusulas contratuais gerais que a possam justificá-la, ou seja, o denominador entre ambos está apenas na elaboração prévia, unilateral e rígida das cláusulas contratuais, a que a outra parte se limita a aderir²⁵. Para essa corrente doutrinária, pode também haver a elaboração de um contrato por parte do predisponente para uma pessoa determinada ou determinável, segundo certos critérios, quando, então, surgirá um contrato de adesão celebrado sem recurso a cláusulas contratuais gerais.

Nessa esteira, o raciocínio doutrinário leva a concluir que a expressão contratos de adesão é mais ampla que a fórmula «*cláusulas contratuais gerais*», sendo ele um gênero, do qual as cláusulas contratuais gerais representam uma espécie.

²⁴ ASCENSÃO, *op. cit.*, p. 213. Como exemplo, o ilustre professor traz à tona o artigo 257/1 do Código dos Valores Mobiliários de Portugal, o qual - "Cláusulas contratuais gerais: 1. As operações a prazo realizam-se nos termos de cláusulas contratuais gerais, elaboradas pela entidade gestora, em que são padronizados o objecto, incluindo a quantidade, o prazo da operação, a periodicidade dos ajustes de ganhos e perdas e a modalidade de liquidação. 2. As cláusulas contratuais gerais a que se refere o número anterior estão sujeitas: a) A registo na CMVM; e b) A aprovação da CMVM, se o activo subjacente tiver natureza nacional ou for constituído por valores mobiliários não admitidos à negociação em mercado regulamentado; e c) A parecer favorável do Banco de Portugal, se tiverem como activo subjacente instrumentos do mercado monetário e cambial"- determina que as entidades gestoras de mercados regulamentados elaborem cláusulas contratuais gerais em que são padronizados vários aspectos de operações a prazo. A respeito esclarece o autor que «não há laços contratuais, mas sim a sobreposição de operações unilaterais, são cláusulas negociais gerais aplicáveis a negócios unilaterais». No Brasil, à semelhança de Portugal, a Lei nº 10.198, de 14.2.2001, sobre a regulação, fiscalização e supervisão dos mercados de títulos ou contratos de investimento coletivo, procede da mesma forma (artigo 1º, § 3º, inciso V: "Compete à Comissão de Valores Mobiliários expedir normas para a execução do disposto neste artigo, podendo: V - estabelecer padrões de cláusulas e condições que devam ser adotadas nos títulos ou contratos de investimento, destinados à negociação em bolsa ou balcão e recusar a admissão ao mercado da emissão que não satisfaça a esses padrões").

²⁵ BARBOSA, Ana Mafalda C.N.M. *Op. cit.*, p. 393.

Com efeito, a constatação supra reveste-se de interessante pontuação. É que se se levar em consideração que o contrato de adesão é uma técnica negocial específica, onde não há qualquer espaço para interferência da outra parte na elaboração de cláusulas unilateralmente predispostas, ter-se-á que ele tanto poderá ser firmado com uma pessoa certa — *como por exemplo os contratos de locação, nos quais o locador apresenta ao locatário o termo contratual prévia e unilateralmente elaborado para que este apenas adira* — como indeterminada — *quando ganha expressão a contratação em massa, típica do mercado consumidor*. Assim, o elemento caracterizador da espécie repousa na imposição unilateral de uma das partes, sendo mesmo desprovido de qualquer nota a generalidade e abstração.

Veja-se, por exemplo, que, enquanto os contratos de adesão valem-se das características da pré-redação das cláusulas, da unilateralidade e da rigidez, as cláusulas contratuais gerais gozam da mesma generalidade clausular e da indeterminabilidade dos sujeitos a que se dirigem, acrescentando apenas características específicas que, dependendo da peculiaridade do seu objeto, devem ser observados para e pelo número indeterminado de contratantes.

Indo além na questão, pode-se aduzir que o contrato de adesão está representando uma técnica contratual em que se permite a existência de um contrato elaborado por meio de cláusulas contratuais gerais, isto é, cláusulas iguais a todos os contratantes, ou mesmo a um só, nos casos de contratos individualizados, mas sendo ele sempre prévia e unilateralmente organizado pelo predisponente, que retira do aderente qualquer possibilidade interventiva modificativa²⁶.

Nessa perspectiva, se é fato que os contratos de adesão proliferaram nas relações de consumo, a elas não estão adstritos, embora seja nelas que encontram um terreno especialmente farto. Eles estão também presentes em contratos individualizados, mas cujo conteúdo unilateral e previamente elaborado o destinatário não tenha podido influenciar²⁷.

²⁶ ASCENSÃO; J. O. "Cláusulas contratuais gerais, cláusulas abusivas e boa-fé". *Revista Forense*. V. 352, p. 104, comenta que na técnica de contratação em massa não precisa ter sido todo o contrato elaborado unilateralmente, bastando que apenas uma cláusula surja como inalterável para que a problemática própria deste modo de contratar se configure.

²⁷ MONTEIRO, A. Pinto. *Contratos de adesão e cláusulas contratuais gerais...* p. 8, partidário desse entendimento, aduz que «*se se trata freqüentemente de designar de forma diversa o mesmo processo (contratos de adesão e cláusulas contratuais gerais), a verdade é que, em rigor, a fórmula contratos de adesão é mais ampla, podendo não coincidir com a expressão cláusulas contratuais gerais*». Acrescenta, ainda, o autor que: «*..em regra o contrato de adesão é concluído através de cláusulas contratuais gerais; mas pode acontecer que falte às cláusulas pré-formuladas o requisito da generalidade (ou o da*

2.2 NECESSIDADE CONFORMADA²⁸

Os contratos de adesão alcançaram posição firme na vida moderna, representando significativa aceleração do modo e do processo de conclusão negocial, impondo-se, por isso mesmo, como fator decisivo de racionalização e de economicidade da atuação empresarial.

Essa manifestação jurídica da moderna vida econômica²⁹ encontrou contornos próprios pela primeira vez no Código Civil italiano de 1942, sob a denominação de *condizioni generalli di contratto*³⁰. Ainda que o modelo introduzido no mundo jurídico italiano não tivesse estabelecido uma outra forma de controle que não o meramente formal, inapto a atender às exigências daquela sociedade³¹, o fato é que restou reconhecida a problemática própria contida na modalidade contratual em questão. Reconheceu-se, assim, formalmente, o gênero (contrato de adesão) e a espécie (condição geral de contrato), abrindo-se as portas para que novos ordenamentos também desenvolvessem a matéria, buscando uma forma de controlar o seu conteúdo.

E nesse movimento, veio em 1976 a legislação alemã (*Allgemeine Geschäftsbedingungen Gesetz*)³² trazer à baila uma regulamentação específica para o regime das condições gerais de contratos, aperfeiçoando a técnica contratual e centrando a regulamentação no conteúdo das cláusulas. Já nesse passo, ainda que críticas possam ser depositadas com relação à manutenção da nomenclatura *condições gerais de contratos*³³, cons-

indeterminação), caso em que haverá contrato de adesão (estando presentes as características de pré-disposição, unilateralidade e rigidez) sem se poder falar de cláusulas contratuais gerais, as quais são previamente elaboradas, numa palavra, tendo em vista a celebração, no futuro, de múltiplos contratos, que serão de adesão — mas tais contratos não deixarão de o ser se faltarem às cláusulas pré-formuladas os requisitos da generalidade e indeterminação».

²⁸ A expressão conformada está aqui empregada na concepção de positivação, regulamentação.

²⁹ Cfr. MOTA PINTO, em subtítulo dado pelo autor ao conhecido texto **Contratos de adesão**.

³⁰ A matéria está afeta aos Artigos 1.341, 1.342 e 1.370, do Codice civile de 1942.

³¹ ALPA, Guido, *Condizioni Generali di Contratto. La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, *Revista Bimestrale de Le Nuove Leggi Civili Commentate*. Anno IV, nº 1, Gennaio-Febrario. Padova, Cadam, 1988, p. 27.

³² Os países da área germânica (Alemanha, Áustria e a Suíça de expressão alemã) utilizam-se dessa técnica de contratar.

³³ ASCENSÃO, J.O.. *Cláusulas contratuais gerais.....*, pág. 104, obtempera que «a terminologia contrato de adesão dava a idéia de que se estaria perante um novo tipo contratual, ao lado de outros», e embora tivesse a lei alemã aperfeiçoado a técnica contratual anteriormente positivada pelos italianos, «houve a deficiência de se usar o termo ambíguo condição, que tem já outra utilização principal no direito».

tata-se a intenção do legislador em estabelecer um parâmetro à contratação específica por meio das condições gerais contratuais através da fixação de cláusulas relativamente proibidas e outras absolutamente proibidas. Essas cláusulas, sem dúvida, representam uma demonstração, ainda que incipiente, de que é possível criar instrumentos, a nível legislativo, que busquem evitar, previamente, a ocorrência de desequilíbrios que contratos dessa espécie podem gerar.

Mas isso só não bastava para uma época de grandes fluxos relacionais, vez que era fato que as cláusulas contratuais gerais encontravam campo fértil nas relações de consumo, representando grande risco aos aderentes.

Assim, com o intuito de obrigar os poderes públicos a garantir a defesa dos consumidores, estabeleceu-se em diversos diplomas constitucionais, entre eles o português de 1976, o espanhol de 1978, o brasileiro de 1988, a proteção obrigatória, mediante procedimentos eficazes, da segurança, da saúde e dos legítimos interesses econômicos daqueles que se entendia menos favorecidos pela tecnicidade contratual dominante.

Nessa esteira de acontecimentos, trilhando caminho mais amplo que o alemão, veio a lei portuguesa de 1985 (Decreto-lei nº 446/85) introduzir no seu sistema jurídico o regime das cláusulas contratuais gerais, conceituando-as “... *como aquelas elaboradas de antemão (sem prévia negociação individual), que proponentes ou destinatários indeterminados se limitem, respectivamente, a subscrever ou aceitar*”.

Como se verifica, o diploma português estendeu o regime de suas cláusulas contratuais gerais a toda e qualquer hipótese contratual que não tivesse sido previamente negociada individualmente, bastando para tanto que o destinatário tenha “*aderido*” ao pactuado.

Conformando o mundo comunitário³⁴ e relevando-se corretamente o fato de que o direito do consumidor assumiu feições fundamentais nas relações obrigacionais, veio em 1993 a diretiva europeia 93/13, que - *com o propósito de expungir as disparidades existentes nas legislações dos Estados-membros respeitantes às cláusulas dos contratos celebrados entre, por um lado, o vendedor de bens ou o prestador de serviços e, por outro, o*

³⁴ COSTA, Mário Júlio de Almeida. “Nótula sobre o regime das cláusulas contratuais gerais após a revisão do diploma que instituiu a sua disciplina”. *Direito e Justiça*. V. XI. Tomo 2. 1997, p. 23, lembra antes mesmo da diretiva outras medidas indicativas tinham sido tomadas, tendo-se verificado a intervenção de organismos supranacionais, como o Conselho da Europa que, não só recomendou aos Estados membros a criação de instrumentos legislativos eficazes para proteção dos consumidores, em tal domínio, mas também estabeleceu diretrizes concretas, a Resolução (76) 47, adotada pela Comissão de Ministros do Conselho da Europa, em 16/11/1976.

consumidor - adotou como linhas protetivas do consumidor a consideração de abusividade de determinadas cláusulas e demais deveres, entre eles o dever de informar, de forma clara e compreensível, as cláusulas, sob pena de prevalecer a interpretação mais favorável ao consumidor (artigo 5º). Estabeleceu, em síntese, que a abusividade só se faria notar quando houvesse um significativo³⁵ desequilíbrio em detrimento do consumidor³⁶.

Mas não era só. A diretiva trouxe como base à ocorrência da abusividade o fato de que nessa espécie de contratação (*estandardizada*) não há negociação individual do contrato³⁷, já que este é previamente redigido, não podendo o consumidor influir no seu conteúdo. E para deixar bem claro o seu entendimento sobre a abusividade, o referido diploma legal comunitário apresenta no seu anexo uma lista indicativa, e não exaustiva, de cláusulas que podem ser consideradas abusivas.

Fixa-se, então, na linha da perspicácia alemã que introduziu o controle legislativo por meio de cláusulas limitativas, a importância do legislador em delimitar a atuação do predisponente na pactuação através de cláusulas contratuais gerais.

Assim, os Estados membros, transpondo a diretiva, promoveram as alterações necessárias em seus regimes jurídicos de cláusulas contratuais gerais, tendo Portugal alterado o seu Decreto-lei nº 446/85 através dos Decretos-leis nºs 220/95 e 229/99, respectivamente, e a Alemanha por lei aprovada em 19.7.1996, com vigência a partir de 26 do mesmo mês e ano, a qual modificou a AGB-Gesetz, de 9.12.1976.

Pela análise de todo o esforço legislativo europeu para conformar esta espécie contratual inafastável do mundo moderno, pode-se concluir que: a) o contrato de adesão passou a externar uma forma específica de contratação, via

³⁵ A expressão *significativo desequilíbrio* da Diretiva coaduna-se com a extrapolação manifesta utilizada pelo artigo 334, do Código Civil português, ao se referir à ilegitimidade do exercício de um direito que excede manifestamente os limites impostos pela boa-fé, pelos bons costumes ou pelo fim social ou econômico desses direitos e, ainda, agora, com o artigo 157, do Código Civil brasileiro de 2002, ao estabelecer os limites da *lesão*, que se dá com a vinculação a prestação manifestamente desproporcional ao valor da prestação oposta.

³⁶ Art. 3º nº 1. "*Uma cláusula contratual que não tenha sido objeto de negociação individual é considerada abusiva quando, a despeito da exigência de boa fé, der origem a um desequilíbrio significativo em detrimento do consumidor, entre os direitos e obrigações das partes decorrentes do contrato*".

³⁷ Há de se frisar, ainda, que o próprio item 2, *in fine*, do artigo 3º da Diretiva sob comento, esclarece que "*o facto de alguns elementos de uma cláusula ou uma cláusula isolada terem sido objecto de negociação individual não exclui a aplicação do presente artigo ao resto de um contrato se a apreciação global revelar que, apesar disso, se trata de um contrato de adesão*".

cláusulas contratuais gerais; b) essas cláusulas podem ser controladas, inicialmente, por meio legislativo, com a delimitação daquelas que podem, de antemão, ser consideradas abusivas; c) estendem-se aos contratos celebrados sob a forma de cláusulas contratuais gerais os efeitos de justificabilidade revelados pelos princípios gerais de direito, podendo ser postos em causa com vistas a eliminar eventual desequilíbrio manifesto advindo da abusividade clausular.

A inobservância desse desequilíbrio manifesto poderá gerar uma série de conseqüências, as quais serão analisadas em capítulo próprio.

3. REGIME BRASILEIRO DOS CONTRATOS DE ADESÃO

No Brasil também se fez sentir a necessidade de regulamentar os contratos de adesão, dando a esta forma técnica de contratar um caráter positivo. Mas, ainda que o direito brasileiro não tenha estabelecido uma lei específica para regulamentar as relações jurídicas que se firmassem através de cláusulas contratuais gerais, como em Portugal, na Alemanha e na Espanha, entre outros países europeus, ele se fixou no conhecido contrato de adesão, estabelecendo a ele um regramento específico no bojo do seu Código de Proteção e Defesa do Consumidor e no Código Civil de 2002.

3.1 CONTRATOS DE ADESÃO NO CÓDIGO DO CONSUMIDOR

O primeiro diploma a cuidar do assunto foi o Código de Proteção e Defesa do Consumidor, Lei n.º 8.078, de 11/9/1990³⁸, rompendo a tradição do direito privado, que até então se assentava no liberalismo³⁹. O dogma da vontade sobretudo cede às exigências da ordem pública, econômica e social, que passam a limitar a autonomia privada individual, no interesse geral da coletividade, com o firme propósito de relativizar o princípio da intangibilidade do conteúdo do contrato.

O artigo 54, *caput*, daquele diploma legal, preocupado com os contornos conceituais da técnica contratual, estabelece que *contrato de adesão “é aquele cujas cláusulas tenham sido aprovadas pela autoridade competente ou estabelecidas unilateralmente pelo fornecedor de produtos ou serviços, sem que o consumidor possa discutir ou modificar substancialmente*

³⁸ Embora já se contratasse na forma de adesão no Brasil desde há muito, podendo-se, por exemplo, trazer à lume o substrato da seguinte decisão a respeito proferida pelo Supremo Tribunal Federal, quando competia o exame da matéria: “*Contrato de Adesão. Valor relativo. Cláusulas determinadas de não responsabilidade, adjetas a contrato de seguro de vida, consideradas de nenhuma validade*”. RE 56841/ Recurso Extraordinário. Relator: Min. Antônio Villas Boas. Publicação: DJ, de 08/12/64, p. 4.488. Ement. v. 606-03, p. 955. Julgamento: 05/11/1964 – Tribunal Pleno.

³⁹ NERY JÚNIOR, Nelson, *Op. cit.*, p. 433.

seu conteúdo". E para demonstrar a sua intenção de relativizar, sobretudo, a regra milenar expressa pelo brocardo *pacta sunt servanda*, enfatizou no seu artigo 51, § 2º, o princípio da conservação do contrato⁴⁰, instituindo, ainda, a boa-fé como princípio basilar informador das relações de consumo, consoante artigos 4º, inciso III e 51, inciso IV.

Como se verifica o Código de Proteção e Defesa do Consumidor teve por escopo atender às necessidades das relações jurídicas de hoje, designadamente os negócios jurídicos de massa, realizados sob a forma de contratos padronizados e de adesão.

Doutra parte, como o Brasil adotou sistema jurídico diferente para a relação de consumo (Código de Proteção e Defesa do Consumidor), era necessário que também a matéria fosse tratada nas demais relações jurídicas que não fossem as de consumo.

3.2 CONTRATOS DE ADESÃO NO CÓDIGO CIVIL

Foi com esse propósito que o novo Código Civil de 2002, revogando o de 1916, e com vigência a partir de 11 de janeiro de 2003, trouxe o conteúdo dos artigos 423 e 424, os quais, embora não definam contrato de adesão, deixam patente que as cláusulas ambíguas ou contraditórias existentes nesses contratos serão interpretadas da maneira mais favorável ao aderente, acrescentando, ainda, que serão nulas as cláusulas que estipulem renúncia antecipada do aderente a direito resultante da natureza do negócio⁴¹.

⁴⁰ Este princípio, mais tarde, veio consagrado no *Unidroit: Principles of International Commercial Contracts*, Roma, 1994, refletindo imediatamente em todo o ordenamento jurídico brasileiro em razão da plausibilidade de seus fundamentos, que o ressaltam como a solução que melhor atende aos interesses das partes na conservação do negócio, ante às condições de mercado existentes à época de sua celebração. TIMOTEO, Marina. *"Desequilibrios contractuales y adecuación Del contrato em Los principios Unidroit"*. *Revista de Derecho Mercantil*. Madrid, 1998, p. 1280, também atribui influência no desenvolvimento desse princípio às elaborações doutrinárias mais recentes em matéria de contratos de larga duração, como os trabalhos de MACARIO, *"Adeguamento e rinegoziazione dei contratti a lungo termine"*, os quais evidenciam como essas relações se caracterizam por interesse das partes na continuidade da execução e requerem, conseqüentemente, regras de adequação expressas.

⁴¹ O artigo 423 acima citado está sendo objeto de alteração, conforme se verifica do Projeto de Lei nº 6.960, de 12/6/2002, da autoria do Deputado Ricardo Fiúza (PPB/PE), passando a ter a seguinte redação: "Art. 423. *Contrato de adesão é aquele cujas cláusulas tenham sido aprovadas pela autoridade competente ou estabelecidas unilateralmente por um dos contratantes, sem que o aderente possa discutir ou modificar substancialmente seu conteúdo. § 1º - Os contratos de adesão escritos serão redigidos em termos claros e com caracteres ostensivos e legíveis, de modo a facilitar sua compreensão pelo aderente. § 2º. As cláusulas contratuais, nos contratos de adesão, serão interpretadas de maneira mais favorável ao aderente.*" (NR). Como justificativa à alteração, o referido parlamentar aduz

Assim, no sistema jurídico brasileiro convivem o Código de Proteção e Defesa do Consumidor, com dispositivos acerca do contrato de adesão abrangentes e bastantes favoráveis àquele que é a parte mais fraca da relação consumeirista e o Código Civil de 2002, com regramento específico à matéria, estando hoje em franca adaptação os regimes do contrato de adesão⁴², já que recebem reflexos principiológicos diferenciados, isto é, há nos contratos consumidores uma parte mais fraca, a hipossuficiente técnica, e nos contratos regidos pelo Código Civil, a relação contratual se estabelece entre iguais. Logo, a apreciação se faz com a observância dessa diferença entre as partes.

que: A sugestão de alteração é do Desembargador Jones Figueiredo Alves, como aliás são todas as outras a seguir expostas, no que se refere à matéria contratual. Diz ele que "O princípio de interpretação contratual mais favorável ao aderente decorre de necessidade isonômica, estabelecendo em seus fins uma igualdade substancial real entre os contratantes. É que, como lembra Georges Ripert, "o único ato de vontade do aderente consiste em colocar-se em situação tal que a lei da outra parte é soberana. E, quando pratica aquele ato de vontade, o aderente é levado a isso pela imperiosa necessidade de contratar." O dispositivo, ao preceituar a sua aplicação, todavia, em casos de cláusulas obscuras ou ambíguas, vem limitá-lo a essas hipóteses, o que contraria o avanço trazido pelo art. 47 do CDC, prevendo o princípio aplicado a todas as cláusulas contratuais. O aderente como sujeito da relação contratual deve receber idêntico tratamento dado ao consumidor, diante do significado da igualdade de fato que estimula o princípio, razão pela qual se impõe a alteração do dispositivo". A proposta também pretende dar redação mais completa ao dispositivo, acrescentando a definição de contrato de adesão e compatibilizando o artigo 423 com o que já dispõe o art. 54 do CDC. Última Ação do Projeto de Lei na Câmara de Deputados: 6/8/2002 - Comissão de Constituição e Justiça e de Redação (CCJR) - Designado Relator, Dep. Vicente Arruda.

⁴² É interessante notar que a matéria já freqüentou as barras do Judiciário recentemente, podendo-se dizer que, agora, após a edição do Código Civil, a matéria poderia ter sido apreciada de outra forma. Vale à pena trazer à balla o resumo do citado acórdão: "Homologação de Laudo Arbitral Estrangeiro. Requisitos Formais: Comprovação. Caução: Desnecessidade. Incidência Imediata da Lei Nº 9.307/96. Contrato de Adesão: Inexistência de Características Próprias. Inaplicação do Código de Defesa do Consumidor. 1. Hipótese em que restaram comprovados os requisitos formais para a homologação (RISTF, artigo 217). 2. O Supremo Tribunal Federal entende desnecessária a caução em homologação de sentença estrangeira (SE nº 3.407, Rel. Min. Oscar Corrêa, DJ de 07.12.84). 3. As disposições processuais da Lei nº 9.307/96 têm incidência imediata nos casos pendentes de julgamento (RE nº 91.839/GO, Rafael Mayer, DJ de 15.05.81). 4. Não é contrato de adesão aquele em que as cláusulas são modificáveis por acordo das partes. 5. O Código de Proteção e Defesa do Consumidor, conforme dispõe seu artigo 2º, aplica-se somente a "pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final". Pedido de homologação deferido. SEC 5847 / IN - Grã Bretanha (Inglaterra) Sentença Estrangeira Contestada. Relator(a): Min. Mauricio Corrêa. Publicação: DJ data: 17/12/99, p.4. Ement v. 1976-02, p. 236. Julgamento: 01/12/1999 - Tribunal Pleno.

3.3 CLÁUSULAS ABUSIVAS

Com efeito, o legislador brasileiro tratou os contratos de adesão com a amplitude que lhe é ontológica, reconhecendo as características da pré-redação das cláusulas, da unilateralidade e da rigidez, além da generalidade e indeterminação dos sujeitos a que se dirigem, bem como considerando a possibilidade de o contrato se dirigir a pessoa determinada ou determinável ou, ainda, indeterminável. Não deixou de reconhecer os limites a essa forma de contratação, estipulando que a abusividade poderá gerar a anulação da cláusula. Verifica-se, assim, que o indicativo para um controle inicial via legislador foi observado também no Brasil.

Nomenclatura utilizada pelo Código de Proteção e Defesa do Consumidor - Lei nº 8.078, de 11.9.1990 e também pela Diretiva 93/13/CEE do Conselho de 5 de abril de 1993, as cláusulas abusivas representam condutas que o legislador optou por catalogar, considerando que elas, quando presentes nos contratos, por si só, promovem um desequilíbrio significativo, ou mesmo uma causa de agravamento, em detrimento de uma das partes em um negócio contratual.

As cláusulas abusivas reconhecem o patamar de justiciabilidade já alcançado pela sociedade. Melhor explicando, quando a lei impede que se exclua ou limite, de modo direto ou indireto, a responsabilidade por danos causados à vida, à integridade moral ou física ou à saúde das pessoas, está a afirmar que ali estão bens juridicamente tutelados, representativos de conquistas da Justiça em determinada sociedade⁴³.

Assim, se o conteúdo de uma cláusula ferir um bem juridicamente tutelado ou ainda infringir quaisquer das conquistas institucionais do Direito, representativas de grau de justiciabilidade, poderá ser enquadrada como abusiva, passível de ser declarada nula.

No que toca à matéria consumista, o direito brasileiro estabeleceu (artigo 51) um rol de cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que, se inseridas no contrato, tornam-se nulas de pleno direito, já que evidenciam vantagem desproporcional, beneficiando a apenas uma das partes, o que pode desencadear o desequilíbrio contratual, merecendo, portanto, o *verdictum* da nulidade de pleno direito⁴⁴. Aduza-se, ainda, que aquele rol de cláusulas é meramente exemplificativo, e não exaus-

⁴³ Vale aduzir que as Diretivas não são leis no sentido formal, mas cumprem o papel de servir de indicativos legislativos para os membros da União Européia.

⁴⁴ A nulidade de uma cláusula contratual abusiva não invalida o contrato, exceto quando de sua ausência, apesar dos esforços de integração, decorrer ônus excessivo a qualquer das partes (§ 2º, do artigo 51, do CDC).

tivo, já que àquelas hipóteses elencadas reúnem-se os casos do parágrafo primeiro do dispositivo invocado⁴⁵.

Quanto à relação civil comum, o Código Civil estabeleceu a nulidade da cláusula que estipulasse a renúncia antecipada do aderente ao direito resultante da natureza do negócio (artigo 424). Eis aqui um vasto campo para indagações, pois se pode perguntar qual será a extensão da natureza do negócio. Contudo, não se encontra especificamente no Código Civil Brasileiro a resposta, mas vale absorver a idéia do aqui contido pelo teor do artigo 398º do Código Civil Português. Tal dispositivo, com extrema felicidade, esclarece que o conteúdo positivo ou negativo da prestação é fixado livremente entre as partes, respeitado os limites da lei, devendo ela, ainda, corresponder a um interesse do credor, digno de proteção legal. Logo, o que é efetivamente da natureza do negócio está estabelecido no bojo do contrato firmado entre as partes, ainda que na modalidade de adesão. Logo, o artigo civil brasileiro em evidência (424) ampliou ao contrato entre iguais o campo de controle jurisdicional em matéria de contrato de adesão, o que a seguir se procurará demonstrar.

4. RISCOS DA CONTRATAÇÃO COM BASE NOS CONTRATOS DE ADESÃO

A vinculação aos contratos de adesão faz reluzir dois problemas distintos: o alcance do seu conteúdo pelo aderente e o da justiça comutativa do contrato⁴⁶.

É certo que, como lembra GALVÃO TELES, *“a homogeneização das relações econômicas provoca, sem dúvida, um desequilíbrio de forças entre as partes contratantes”*. Contudo, continua o mestre português, *“as operações massificadas de venda de bens ou prestação de serviços não deixam por isso de assumir vestes contratuais: apenas reclamam a intervenção tutelar do legislador para que o contrato não deixe de ser, como cumpre, um instrumento de justiça”*⁴⁷.

Mas o fato é que o binômio risco/benefício nos contratos de adesão perpassou as raias da crítica e foi aceito pela sociedade, que entendeu por

⁴⁵ Portanto, os efeitos da nulidade também se farão presentes quando emergir de um contrato consumereiro a demonstração de exagero volitivo que ofenda os princípios fundamentais do sistema jurídico a que pertence, ou restringir direitos ou obrigações fundamentais inerentes à natureza do contrato, de tal modo a ameaçar seu objeto ou equilíbrio contratual ou, ainda, mostrar-se excessivamente onerosa a cláusula para o consumidor, considerando-se a natureza e conteúdo do contrato, o interesse das partes e outras circunstâncias peculiares ao caso.

⁴⁶ PINTO. C.A. Mota. *Contrato de adesão...* p. 128.

⁴⁷ TELLES, Inocêncio Galvão. “Das condições gerais dos contratos e da Directiva Européia sobre as cláusulas abusivas”. *Revista O Direito*. Ano 127º, 1995 III-IV (julho-dezembro). P. 314.

bem manter a técnica contratual e usufruir dos bens oferecidos pela via do tráfego negocial de massas⁴⁸.

E foi assim que se começou a discutir mais sobre os meios de impor ao conteúdo de contratos firmados nessa técnica alguns contornos necessários à observância. Com efeito, é certo que nas relações jurídico-econômicas muitas vezes o aderente não percebe corretamente o teor do contrato firmado, ou sequer tem tempo de fazê-lo em razão da celeridade que o momento contratual vivido lhe impõe ou, ainda, quando não lhe resta alternativa senão a de se vincular, vez que precisa do serviço que lhe é disponibilizado pela forma *standardizada* de vinculação⁴⁹. Mas também pode acontecer de ter ele tomado correto conhecimento das cláusulas, mas como não lhe fora dada a oportunidade de renegociá-las, escapou-lhe à consideração do que é justo, não sendo crível entender que consentiu com elas⁵⁰.

Nessa linha — *desconhecimento das cláusulas ou conhecimento sem ação* —, está o aderente sujeito a grandes riscos, vez que o contrato pode conter cláusulas abusivas, as quais promovam desequilíbrio entre as partes desde a sua formação.

Mas não é só. Outro grande risco que aponta para os contratos de adesão é a incerteza quanto ao adequado meio de controle que possa satisfazer ao interesse da parte aderente, vez que o objeto do contrato lhe é querido.

De início, os problemas contratuais que foram surgindo eram resolvidos com apoio dos instrumentos legais existentes, tendo, nesta fase, tido grande relevo os elementos de validade do negócio jurídico (agente capaz, objeto lícito, possível, determinado ou determinável e a forma), bem como a do defeito do negócio com base no vício do consentimento, momento em que o aderente estaria em erro quando da contratação, sem que essas soluções efetivamente acabassem por compor o conflito. Ainda nessa linha, e

⁴⁸ MENEZES CORDEIRO, *Op. cit.*, p. 413, pontua que «...as pessoas celebram, no seu dia-a-dia, inúmeros negócios de que dependem para uma coexistência inteiramente desprovida de particulares imprevistos. As empresas, por seu turno, concretizam as funções econômicas que desenvolvem através de um fluxo contínuo de atos cuja eficácia é a sua própria atividade».

⁴⁹ Melhor exemplo são os contratos de prestação de serviços como o de transporte, telefonia, fornecimento de eletricidade e de água etc..

⁵⁰ PINTO, C. A. Mota, *Ibidem*, p. 129, lembra que se se aplicasse a ele, aderente, os efeitos da teoria declarativista - *pela qual o seu comportamento, subscrevendo as cláusulas contratuais gerais ou submetendo-se, por outra forma, a elas, valeria como consentimento dirigido à produção dos efeitos de todas as condições elaboradas pelo estipulante....não importando que o declarante não tenha tido uma intenção correspondente, que conheça ou não, precisamente, os efeitos correspondentes ao sentido objetivo do seu agir negocial* — estaria resolvido o problema da justiça comutativa.

com o escopo de buscar solução para os conflitos surgidos pela contratação em forma de adesão, passou-se a negar a vinculação do aderente em razão de não ter ele consentido conscientemente às bases do contrato, já que tinha apenas ao contrato aderido.

Todavia, nenhuma dessas soluções realmente atendia à questão primordial que era a da manutenção do contrato equilibrado. Portanto, a contratação em forma de adesão continuou a ser um problema, que precisava de solução adequada ao tráfego econômico que representava. Tornava-se imperioso buscar soluções justificáveis que pudessem estar presente nos contratos sem que se tivesse que feri-lo de morte com a sua anulação⁵¹.

5. O PRINCÍPIO DA JUSTIÇA CONTRATUAL: O CONTROLE DO CONTEÚDO NO CONTRATO DE ADESÃO

O controle do conteúdo nos contratos em que é objeto de estudo constante da doutrina atual, que procura substancializar as decisões jurisprudenciais, de forma a encontrar no próprio sistema os mecanismos para coibir o desequilíbrio desproporcional do contrato. A motivar os trabalhos, parte-se do pressuposto que a lei concede ao particular a liberdade de estipular todo tipo de contrato⁵², observados os limites que ela própria impõe, para, então, se tentar concluir qual o ponto de equilíbrio entre a justiça do conteúdo e a justiça privada.

Excedeu-se o antigo dogma da justiça adstrita à vontade das partes, porém não se converteu a questão da injustiça na desigualdade contratual, que pode até ter sido desejada pelas partes. Não há dúvida que a liberdade contratual, jungida à responsabilidade individual dos contratantes, deve se estribar no princípio da justiça contratual, sob pena de eventual injustiça dar azo à intervenção tendente ao reequilíbrio do contrato.

Tanto no Brasil como em Portugal, este antes do Decreto-lei nº 446/85, os conflitos emergentes dos contratos de adesão surgiam e precisavam ser resolvidos. Às questões então trazidas às barras do Judiciário aplicavam-se a redução ou declaração de nulidade dos efeitos dos contratos sob a influência dos princípios que presidiam cada espécie, sempre relevando o fato de que a modalidade contratual em questão pressupunha uma pré-disposição clausular, unilateral e rígida, de molde a abafar a vontade do aderente. É de bom tom trazer à baila que os remédios destinados a acudir às anomalias registradas

⁵¹ Vale lembrar, conforme nota 41, a necessidade de se fazer incidir nos contratos os reflexos do princípio de sua conservação.

⁵² Como por exemplo o artigo 425 do Código Civil Brasileiro, que prevê: *"É lícito às partes estipular contratos atípicos, observadas as normas gerais fixadas neste Código"*.

na formação dos contratos foram surgindo, ao longo dos tempos, sem qualquer preocupação de conjunto, justapondo-se uns aos outros.

Na solução portuguesa, as manifestações no sentido do reequilíbrio substancial de posições jurídicas reluziram na usura (art. 282º), na alteração das circunstâncias (art. 437º), nos limites à execução das obrigações (art. 566º e 892º), na proscricção dos pactos leoninos (art. 994º) e na redução eqüitativa da cláusula penal (art. 812º). Tal se sucedia também na brasileira, aplicando-se ora a usura (Decreto nº 22.626, de 7.4.1933, em vigor até os dias de hoje), ora outros mecanismos contidos no Código Civil de 1916, podendo-se citar como exemplos as hipóteses dos artigos 924 (redução da cláusula penal), 1.058 e 1.060 (limites à execução das obrigações) e 1.372 (pacto leonino). Todos em muito semelhantes aos do direito português.

Nessa ordem, os efeitos do controle evidenciavam uma redução (que poderia ser limitativa ou quantitativa), uma modificação (qualitativa) no conteúdo contratual ou mesmo a resolução do negócio. O contrato põe em vigor o conteúdo, o tipo de efeito jurídico estabelecido pelas partes, e é sobre ele que o controle deverá atuar.

As situações de desequilíbrio podem se verificar tanto na origem do negócio como posteriormente. Quando na origem, o controle estará circunscrito à formação do negócio, buscando-se a injustiça no desequilíbrio anormal no momento embrionário do negócio. Por outro lado, se superveniente, vai-se encontrar causas que, no curso da execução do contrato, atingem as expectativas legítimas de uma das partes, causando, assim, uma situação que impede a sua execução na forma pactuada. Com efeito, uma vez alteradas as circunstâncias com base nas quais fora o negócio realizado, pode-se verificar uma situação de desequilíbrio anormal que gera uma injustiça. É que, sem que *rebus sic stantibus*, o próprio cumprimento do ajuste pode representar uma injustiça contratual.

Contudo, há de se frisar outro ponto de grande importância no controle do conteúdo contratual: a relevância da desproporção. É certo que a intervenção tendente ao reequilíbrio só poderá se dar ante um desequilíbrio manifesto⁵³, isto é, excessivo, de outra forma estar-se-ia invadindo a esfera da autonomia privada dos contratantes, pondo-se também em risco a segurança das relações jurídicas, em desprestígio ao próprio Direito e, mais, à própria realização da Justiça.

⁵³Tanto o Código Civil Brasileiro (2003), como o Português valem-se das expressões «desproporção ou desequilíbrio manifesto» ou «excessivo», demonstrando que a intervenção do Direito só poderá se dar nas hipóteses de patente, clara, evidente, notória, flagrante desequilíbrio.

Cumpra perceber que uma das motivações radicais que impulsiona o homem a estabelecer regras ao Direito é justamente essa urgência de criar uma ordem certa para o cumprimento seguro de seus valores. Assim, há uma segurança nas situações jurídicas garantidas pelo Direito que só se relativiza ante um valor maior que é justamente a Justiça, nas palavras de RECASENS SICHES: «*todos os valores superiores do Direito devem cumprir-se precisamente no próprio Direito, que, além de seguro e certo, é também justo*⁵⁴».

Cabe aqui aduzir que, nessa esteira, o direito brasileiro e português são pródigos, já que, conscientes do papel do Direito na vida de suas sociedades, têm por regra positivar os fenômenos factuais, de forma a que estes possam estar claramente definidos e delimitados na lei, portanto, autonomizados de seus antecedentes. Assim, ante essa certeza jurídica que os ordenamentos *in casu* pregam, será nele que há de se encontrar o limite de justiça.

5.1 MEIOS DE CONTROLE

O controle das cláusulas contidas em contrato de adesão - *ou na terminologia portuguesa, contratos celebrados com base em cláusulas contratuais gerais* - pode se dar em três ambientes distintos: *legislativo, administrativo e judicial*. O controle legislativo vai se verificar quando do estabelecimento pelo legislador de limites contratuais típicos direcionados especificamente ao conteúdo contratual não adequado a contratos de adesão. Estão aqui evidenciadas as cláusulas abusivas (artigo 51, do Código do Consumidor brasileiro) e as cláusulas contratuais gerais (Dec.-lei nº 446/85, português). Daí emerge a importância da catalogação exemplificativa de cláusulas abusivas ou das absoluta ou relativamente proibidas. Não é demais reforçar que o controle legislativo goza do privilégio de ter um papel educativo, representando efetivamente um controle prévio do conteúdo contratual.

Entretanto, pode acontecer de o legislador estabelecer novas regras e virem estas a influenciar diretamente os contratos em curso⁵⁵. Nesta hipótese, há de se admitir que o controle legislativo cederá lugar ao controle judicial concreto, hipótese analisada mais adiante, estando patente, assim, uma alteração circunstancial que traz expectativas, positivas ou negativas, às partes contratantes, podendo alterar a justiça contratual inicialmente por eles estabelecida.

⁵⁴ SICHES, Recasens Luis. *Tratado general de filosofía del derecho*. México: Editorial Porrúa, 1978, p. 618.

⁵⁵ Exemplo vai para os planos econômicos brasileiros, que sempre acabam por incidir nos contratos.

O controle administrativo, na legislação brasileira, não restou acolhido, tendo o dispositivo que cuidava da matéria sido vetado no trâmite do processo legislativo brasileiro (quando da sanção pelo Presidente da República). O então vetado § 3º do artigo 51 previa que: *“O Ministério Público, mediante inquérito civil pode efetuar o controle administrativo abstrato e preventivo das cláusulas contratuais gerais, cuja decisão terá caráter geral”*.

Mas, quanto ao controle judicial, as perspectivas são outras e bem melhores. Pode-se dizer que o controle das cláusulas contratuais expostas em contratos de adesão se faz de forma concreta e abstrata (aqui em um verdadeiro viés ao § 3º do artigo 51, vetado, pois presente, necessariamente, a atuação do Ministério Público para esse mister, através da ação civil pública, que tem lugar inicialmente com a instauração de um inquérito civil⁵⁶).

O controle concreto realiza-se pela ação dos tribunais em casos específicos com base nos princípios assentes na lei especial reitora da matéria ou no ordenamento jurídico como um todo. Já o controle em abstrato se realiza por intermédio das hipóteses legais de obrigação de fazer ou não fazer, expressas no direito português pela ação inibitória (artigo 25º, do Decreto-lei nº 446/85, de 25 de outubro) — *quando se pode determinar a proibição de cláusulas contratuais gerais que maculem o princípio da boa-fé (artigos 15º e 16º) ou apresentem causas que sejam absoluta ou relativamente proibidas (artigos 18º, 19º, 21º e 22º), tanto nos contratos em que os destinatários são indeterminados quanto naqueles em que são individualizados* — e no direito brasileiro, mas somente quando o contrato versar sobre interesse difuso ou coletivo, pelas ações civis públicas (artigo 1º, Lei nº 7.437/ 85) — *as quais são promovidas pelo Ministério Público, no sentido de ser declarada a nulidade de cláusula contratual que contrarie o disposto no Código do Consumidor ou de qualquer forma não assegure o justo equilíbrio entre direitos e obrigações das partes, ao toque do seu artigo 51 § 2º*, ou por outros meios processuais para os casos de contratos de adesão individualizados.

O controle judicial, de forma concreta ou abstrata, dar-se-á tanto na formação do contrato como posteriormente, levando-se sempre em conta que, na técnica de adesão, a pré-disposição clausular, a unilateralidade e a rigidez com que as cláusulas se apresentam são consideradas. Cumpre, assim, uma análise mais pormenorizada dessa atuação judicial.

5.2 CONTROLE JUDICIAL CONCRETO NAS ADESÕES

5.2.1 NA FORMAÇÃO DOS CONTRATOS: EFEITOS

No controle judicial concreto, na fase de formação dos contratos de adesão, vai-se verificar, primeiramente nas relações de consumo, as quais

⁵⁶ Lei nº 7.347, de 24.7.1985.

devem nascer equilibradas, ainda que o aderente não possa participar da elaboração das cláusulas, as quais são unilateralmente redigidas pelo predisponente, sem deixar qualquer espaço para que o aderente promova mudanças. Não se pode pensar que um consumidor queira correr os chamados riscos do empreendimento, sem auferir qualquer retorno por isso, e consinta na vinculação consumista desequilibrada. É certo que o mesmo não se dá nas relações entre iguais, que pode, desde a sua formação, ser desequilibrada por vontade das partes.

Assim, o conteúdo de um contrato de adesão, em se tratando de relação de consumo, deve receber desde o início toda a influência do *princípio do justo equilíbrio entre os direitos e obrigações das partes*⁵⁷, ainda que alterações supervenientes venham a desequilibrá-lo, sendo este um segundo momento de avaliação.

Pode-se, dessa forma, concluir que, no controle judicial dessas cláusulas contratuais aplicar-se-á com relativa tranquilidade o teor dos artigos 46 (*Os contratos que regulam as relações de consumo não obrigam os consumidores, se não lhes for dada a oportunidade de tomar conhecimento prévio de seu conteúdo, ou se os respectivos instrumentos forem redigidos de modo a dificultar a compreensão de seu sentido e alcance*) e 47 (*As cláusulas contratuais serão interpretadas de maneira mais favorável ao consumidor*), do Código de Proteção e Defesa do Consumidor.

Doutra parte, a questão ganha um contorno árduo quando ingressa no campo das relações entre iguais, já que o desequilíbrio pode ser querido pelas partes⁵⁸. Todavia, vale aduzir que os contratos de adesão são meios céleres de contratar, mesmo entre iguais. Logo, tem-se que, na maioria das vezes, não há por parte do aderente igual qualquer intenção em se obrigar mais do que realmente necessita para a consecução de uma prestação de tráfego negocial, ou seja, o desequilíbrio contratual muitas vezes não é fruto de uma vontade manifesta das partes quando da formação do pacto.

Mas pode acontecer de o aderente realmente pretender pactuar mesmo em situação que lhe é desvantajosa, como, por exemplo, o pequeno produtor de leite que precisa escoar o seu produto e apenas um grande laticínio se dispõe a fazer o engarrafamento, impondo-lhe cláusulas contratuais em visível desproporção. Não há dúvida que a Justiça não é dependente de uma idéia de igualdade. A reger essas questões entre iguais

⁵⁷Nessa temática o direito brasileiro ganha relevo, pois o Código de Proteção e Defesa do Consumidor estabelece tal ordem no § 4º do artigo 51.

⁵⁸Tome-se o exemplo dos negócios gratuitos, quando a desproporção é inicial e é querida entre as partes.

prevalece, em princípio, a autonomia privada. Mas até que ponto a autonomia privada goza de liberdade? Quais os limites que se devem impor à autonomia da vontade? Será possível dizer que a Justiça só entra em campo quando acaba a autonomia privada? O que será justo? Eis o ponto.

Na tentativa de responder a esses questionamentos, verifica-se que o controle no plano da formação do contrato está ligado ao consentimento, a forma como este foi dado e se havia ou não pleno conhecimento do conteúdo contratual. Logo, aflora-se a figura jurídica do erro (artigos 138 e 139, do Código Civil de 2002; artigo 252º, do Código Civil português), como vício do consentimento ou da vontade, caso em que o aderente estava em erro quando consentiu, não tendo o completo conhecimento do teor das cláusulas pactuadas.

Contudo, em se tratando de contratos de adesão, ainda que o aderente tivesse pleno conhecimento do conteúdo, não lhe era dada a possibilidade de alteração. Aduza-se que, em muitos casos, ele não tinha outra opção, face à essencialidade do bem objeto do contrato, senão a ele aderir. Portanto, relegar o controle apenas ao erro, não resolve a questão, até porque a intenção do aderente certamente estava na manutenção deste contrato, desde que equilibrado.

O novo Código Civil brasileiro prestigiou em seu artigo 157 a teoria da lesão, incluindo a sua regulamentação entre os vícios do consentimento. Tomada aqui como raio inspirador da balança, a Justiça é regra de vida social⁵⁹ e, nos contratos, pressupõe a igualdade dos contraentes. Assim, numa relação contratual, pode-se dizer que, quando um lado da balança está em dessimetria com o outro, ocorre um desequilíbrio, que pode afetar a juridicidade da relação contratual.

OLIVEIRA ASCENSÃO esclarece que a lesão foi figura de grande importância no Direito europeu antigo, quando o equilíbrio substantivo dos interesses condicionava a Justiça que sustinha o contrato. Entretanto, perdeu lugar para o formalismo liberal, que depositou no consentimento a Justiça do conteúdo. Foi somente no final do século XIX é que houve a retomada do sentido ético e social do direito, chegando-se aos dias de hoje com a acertada discussão do fundamento das vinculações contratuais⁶⁰.

A lesão se verificará quando uma pessoa, sob premente necessidade, ou por inexperiência, se obriga a prestação manifestamente desproporcional ao valor da prestação oposta (artigo 157). Pela hipótese legal, o controle judicial concreto se fará mediante a apreciação da desproporção das presta-

⁵⁹ HOMEM, António Pedro Barbas. *O justo e o injusto*. Lisboa: Associação Académica da Faculdade de Direito, 2001, p. 31.

⁶⁰ *Direito Civil e.....*p. 253.

ções segundo os valores vigentes ao tempo em que foi celebrado o negócio jurídico.

Vale perceber que o dispositivo invocado desdobra-se em duas vertentes, embora se atribua o mesmo efeito a ambas: 1º) *quando uma pessoa sob premente necessidade...se obriga*; 2º) *quando uma pessoa por inexperiência...se obriga*. A primeira vertente demonstra que o contratante até sabe o que está fazendo, pode ter plena consciência da desproporção contratual coeva à formação do negócio. Contudo, está sob premente necessidade, fato que o impede de tomar outra solução, seguir por outro caminho. Assim, “os valores vigentes ao tempo em que foi celebrado o negócio jurídico” referem-se às circunstâncias presentes quando da vinculação, *in casu*, a premente necessidade.

Na segunda hipótese, quando se trata da vinculação por inexperiência, verifica-se que a pessoa efetivamente não sabia a extensão da obrigação que assumia, embora devesse sabê-lo. Portanto, nessa vertente “a apreciação com base nos valores vigentes ao tempo em que o negócio foi celebrado” conduz a hipóteses distintas: *se consumidor*, os valores vigentes vão se referir à ausência de informação do aderente. Nos contratos de adesão, impõe-se ao predisponente o dever de comunicar previamente, e na íntegra, as condições que irão integrar o contrato, dando a conhecer ao aderente o seu conteúdo; *se entre iguais*, a inexperiência do aderente indicará que o predisponente não observou os princípios de probidade e boa-fé estipulados pelo artigo 422, Civil, ao tratar das disposições contratuais preliminares.

Mas a par de tudo isso, a grande inovação do novo Código Civil brasileiro foi a de não atribuir o efeito da anulação a esses vícios do consentimento, como que a demonstrar que a manutenção do negócio deve ser o escopo do julgador, brindando a própria segurança jurídica. O negócio jurídico deve ser re-equilibrado com o propósito de continuar a produzir seus efeitos. Assim, ao toque do § 2º do artigo 157, não se decretará a anulação do negócio, se for oferecido suplemento suficiente, ou se a parte favorecida concordar com a redução do proveito. É de bom alvitre frisar que o escopo da lei foi a observância do princípio da continuação do negócio, presente nos contratos internacionais; logo, caso a parte não ofereça suplemento suficiente, cumpre ao julgador sanar a insuficiência, interpretando o contrato em busca da sua preservação. Nesse galopar, vem também em auxílio a essas questões o instituto do *estado de perigo* esculpido no artigo 156 do diploma em evidência. Figura em muito semelhante à usura do direito português, estabelece que este estado estará configurado quando alguém, premido da necessidade de salvar-se, ou a pessoa de sua família, de grave dano conhecido pela outra parte, assume obrigação excessivamente onerosa. Nesse caso, verificada a ocorrência da hipótese, impõe-se a anulação do negócio.

No campo do controle judicial concreto, percebe-se que as soluções apresentadas — *vícios da vontade* — estão no campo do subjetivo. A essas soluções acresceu a do recurso a critérios formais, como a boa-fé.

5.2.1.1 RECURSO AO CRITÉRIO FORMAL DA BOA-FÉ

A interpretação, ao seu turno, vem assegurada nos artigos 112, 113 e 423 do Código Civil de 2002, podendo-se afirmar que na sua base está a cláusula geral da boa-fé. Vê-se assim aflorar o princípio da boa-fé (objectiva). Este princípio aplica-se ante ao caso concreto, isto é, a lei se vale desse conceito indeterminado contido na boa-fé para que seja feita uma análise valorativa do comportamento das partes frente a cada relação jurídica estabelecida.

A concretização dos conceitos carecidos de preenchimento valorativo representam portas de entrada para uma Justiça individualizante ou equitativa. A boa-fé, na prática, como medida valorativa, serve de instrumentário para que o julgador diga se uma cláusula é abusiva ou não, isto é, se cria uma desproporção contratual, de acordo com o cumprimento ou não do paradigma. Logo, a boa-fé só poderá se concretizar à luz de um caso específico, mas não para se valorar a conduta das partes e sim para verificar a desproporção manifesta que causa lesão e gera, assim, uma injustiça contratual.

OLIVEIRAASCENSÃO lembra que o recurso ao critério formal da boa-fé poderia gerar certa insegurança na contextualização sistemática da ordem jurídica, não sendo, assim, compatível com a Justiça, que é representativa de um valor, ao qual subordina a segurança⁶¹. Contudo, para o bem da segurança jurídica, há de se compreender que o critério da boa-fé está mais ligado à constatação de conduta que gera a desproporção, que, por sua vez, leva à injustiça contratual⁶².

E nessa análise que é interpretativa, cumpre perceber que o Direito tem por escopo o estabelecimento de uma orientação para a ação no domínio da realidade social-histórica. Essa orientação deve ser presidida por ordenadas específicas de cada sociedade para a qual o Direito se destina, polarizadas por uma concepção do homem e da vida que reconduzam todas as diretrizes do sistema a uma unidade.

Nessa unidade cultural, representada pelo mundo que o homem cria, com suas próprias estruturas e linhas de força, é que os contratos têm a sua

⁶¹Cfr. *O Direito. Introdução e Teoria Geral*, 10^{o.}, Coimbra, Almedina, 1997, p. 185 e ss e também em *Direito Civil*.....p. 177.

⁶²MACHADO, J. Baptista. *Introdução ao Estado do Direito e ao Discurso legitimador, princípios gerais*. p. 56, frisa que *“uma justiça puramente ideal, desacompanhada de segurança, seria vazia de eficácia e, por isso, não passaria de piedosa intenção”*. Doutra parte, o mesmo autor obtempera que *“uma segurança sem justiça representaria pura situação de força”*

verdade. Qualquer cláusula busca sua força no conjunto, dele não se isolando, sob pena de se desnaturar e perder o seu específico sentido jurídico.

Esta concepção do ordenamento jurídico, como um todo orientador e informador pela interpretação do homem e do mundo, permite a reflexão sobre dois pontos: *sobre a leitura de uma norma e sobre o significado da unidade da ordem jurídica*⁶³.

O sistema jurídico é o resultado de uma atividade instauradora (consistente em definir uma orientação no seio de uma sociedade) e em cada um dos seus elementos se alberga uma referência à mundividência⁶⁴ que anima o dito sistema e o projeta numa dimensão significativa. Assim, a leitura da norma, neste contexto, se fará para além do seu conteúdo lógico, procurando-se a ela conferir uma dimensão especificamente jurídica, integrada no mundo instaurado pelo ordenamento.

Assim, se a unidade do ordenamento jurídico traduz a unidade da concepção cultural que o enforma⁶⁵, ela há de ser entendida como o cerne do plano das significações, tornando-se seguro e patente que cada elemento desse ordenamento, cada norma, apenas tem toda a sua verdade no contexto desse mundo em que se integra. Fora daí perde a sua verdadeira qualidade jurídica e desnatura-se quando abstraída dele⁶⁶.

Considerando os contornos de cada sociedade, pode-se ter que, nos contratos consumidores de adesão, em que o pano de fundo é o *princípio do justo equilíbrio entre os direitos e obrigações das partes, desde a sua origem*, a interpretação não se reveste de grande dificuldade.

Veja-se, por exemplo, o caso de uma pessoa que contrata seguro-saúde com cobertura total e assistência integral. Sua intenção de assistência está claramente demonstrada. Contudo, ao tentar utilizar o seguro, vem a ser informado pela seguradora contratada que alguns serviços estão excluídos do pacto. Ora, não há, na hipótese, qualquer dúvida que o contratante

⁶³ MACHADO, J. Baptista. Prefácio do livro de Karl Engisch, *Introdução ao Estudo do Pensamento Jurídico*, aduz que se trata de transitar os valores jurídicos gerais para os princípios gerais do Direito e de transferir e cunhar estes em regras tipificadas, detalhando grupos de casos, segundo uma técnica notativa paralela à do legislador e segundo a métrica traçada por este (valoração relativa dos interesses juridicamente protegidos), de forma a mostrar como tais regras dizem com a estrutura geral do sistema positivo e se engastam nos seus moldes técnicos.

⁶⁴ Ainda nas palavras de Baptista Machado.

⁶⁵ O sistema será, portanto, aberto e suscetível de desenvolvimento e adaptação em face dos problemas concretos apresentados pela vida ao Direito.

⁶⁶ Que o sentido duma norma se colhe apenas tomando-a no contexto do ordenamento em que se insere, não faltariam.

aderente pretendia uma cobertura total. As expressões assistência integral e cobertura total utilizadas pela seguradora não deixam qualquer margem de dúvida com relação à extensão do seguro contratado. Logo, a interpretação deve coadunar-se com a intenção do contratante⁶⁷.

Em se tratando de relação entre iguais, a ilustrar a hipótese vale trazer à baila recente decisão jurisprudencial que emergiu no Superior Tribunal de Justiça, quando Relator o Ministro Ruy Rosado de Aguiar, entendendo que *a cláusula de eleição do foro da cidade de São Paulo em contrato de adesão para locação de tanque de armazenamento de leite 'in natura', celebrado entre uma indústria de laticínios e um produtor rural domiciliado no interior do Estado de Minas Gerais, pequeno fornecedor do leite 'in natura', evidencia a nítida desigualdade entre as partes e cria para o agricultor dificuldade insuperável para o acesso à Justiça*⁶⁸. Valorando objetivamente a conduta do predisponente, tem-se que este estabeleceu uma desigualdade (desproporção) que feriu a Justiça contratual, sua conduta foge às raias da boa-fé, já que não só dificulta, mas procurava impedir que o pequeno produtor tivesse qualquer acesso ao Judiciário. Portanto, bastante acertada foi a declaração de nulidade clausular, com o reequilíbrio contratual.

5.2.1.2 OUTROS RECURSOS

Ainda no campo do controle judicial concreto, insta perquirir outras vertentes voltadas ao campo do objetivo. O que se pretende, agora, é demonstrar que a transposição da igualdade formal para a material se realiza quando se fornecem ao julgador referências exatas que ele possa concretizar.

Assim, vai se verificar que o Código Civil brasileiro lança mão de dispositivos que atendem ao reequilíbrio contratual nos contratos de adesão, podendo-se citar como exemplo o artigo 413. Tal dispositivo impõe a redução eqüitativa do valor da cominação imposta pela cláusula penal quer quando a obrigação principal tenha sido parcialmente cumprida, quer quando o montante da penalidade seja manifestamente excessivo, tendo em vista a natureza e a finalidade do negócio. São nesses casos que a lei interfere, como se uma "*varinha do condão da Justiça*", para reequilibrar as partes.

⁶⁷ Sumário do Acórdão. "Civil. Seguro de assistência médico-hospitalar. Plano de Assistência integral (cobertura total), assim nominado no contrato. As expressões assistência integral e cobertura total são expressões que têm significado unívoco na compreensão comum, e não podem ser referidas num contrato de seguro, esvaziadas do seu conteúdo próprio, sem que isso afronte o princípio da boa-fé nos negócios". Recurso especial não conhecido. STJ. Terceira Turma. Recurso Especial nº 264.562-SE (2000/0062736-4).j. 12.6.2001. Rel. Min. Ari Pargendler.

⁶⁸ Em conflito de competência nº 31227 / MG, em C.C. 2000/0143927-8, Fonte: RSTJ, v. 151, p. 223.

Outro exemplo é aquele apresentado pelo artigo 489, que culmina com a nulidade do próprio contrato de compra e venda, quando se deixa ao arbítrio exclusivo de uma das partes a fixação do preço.

No contrato de transporte de pessoas, cuja essência está justamente na responsabilidade que o transportador tem de transportar pessoas incólumes, a exclusão clausular da sua responsabilidade é alvejada pelo artigo 734 como nula. Na verdade, este artigo especializa o que já está no bojo do artigo 424, pois no transporte, a cláusula de incolumidade é da própria natureza do contrato, pois ninguém contrataria se soubesse que não chegaria são e salvo ao seu destino.

Cumpra, agora, verificar o desequilíbrio na hipótese de alteração superveniente das circunstâncias presentes quando da realização do negócio (alterações na base negocial).

5.2.2 NA ALTERAÇÃO DAS CIRCUNSTÂNCIAS

O controle judicial concreto também incidirá nos casos em que, por razões independentes da vontade das partes, haja uma alteração circunstancial que impeça ou dificulte o cumprimento do contrato. Sua execução, assim, fica impedida porque atingido o conteúdo contratual, desequilibrando-o.

Assim, pode-se dizer que, enquanto a catalogação das cláusulas abusivas (artigo 51, do Código de Proteção e Defesa do Consumidor ou as cláusulas contratuais gerais proibidas previstas no Capítulo V, do Dec.-Lei nº 446/85, português, Cláusulas Contratuais Gerais) está na base do controle do conteúdo contratual na fase embrionária, de formação do contrato, as alterações que reflitam no contrato, causando o seu desequilíbrio quando de sua execução, estão na linha das alterações circunstanciais para as quais a lei traça a possibilidade de modificação, revisão ou mesmo a resolução.

A alteração das circunstâncias representa um fenômeno dinâmico, um contraponto à base do negócio, que é um fenômeno estático, representativo das circunstâncias em que as partes fundaram a decisão de contratar. Não há na alteração das circunstâncias qualquer erro quanto a base do negócio, mas sim a incidência de alguma vicissitude superveniente que interfere no seu cumprimento. Ora se alterado o ambiente contratual que serviu de base à contratação, o contrato perde o selo da *rebus sic stantibus*.

Portanto, mister que se distinga as hipóteses, para que se possa fazer incidir o controle contratual, ora ante aos elementos presentes na formação do contrato, ora em razão de alterações circunstanciais supervenientes, que o atingem, a ponto de torná-lo desequilibrado, impedindo o cumprimento.

Nessa esteira, à base do negócio estão vinculadas as circunstâncias que justificam a realização do próprio negócio, mas havendo uma altera-

ção que seja anormal àquela avença, passível se torna a interferência do Estado com o objetivo de reequilibrá-lo. Portanto, o primeiro momento será o de verificar se o desequilíbrio ocorreu por riscos normais na avença, próprios do desenvolvimento daquele negócio. Ultrapassada negativamente a primeira fase, verificar-se se essas alterações circunstanciais poderiam ter sido previstas quando da realização do negócio. Se o percurso resultar em negativo, aberta a porta para o controle contratual com vistas a reequilibrar o contrato.

O direito brasileiro acolheu a alteração das circunstâncias nas relações entre iguais, regulando as suas hipóteses no novo Código Civil.

5.2.2.1 DA REVISÃO

Quer a doutrina quer a jurisprudência brasileiras, de há muito assinalam, pacificamente, como implícita nos contratos de execução diferida e sucessiva, a célebre cláusula *rebus sic stantibus*, abreviação da fórmula "*Contractus qui habent tractum sucessivum et dependentiam de futuro rebus sic stantibus intelligentur*", pela qual o poder vinculante do contrato subordina-se à manutenção do estado de fato vigente à época da pactuação.

Assim, em havendo uma interferência nesse estado inicial, vai se verificar os contornos do que a doutrina chamou de imprevisão, teoria da imprevisão. Tal teoria consiste em investigar, em síntese, se é justo, e em que termos, admitir a revisão ou resolução dos contratos por intermédio do juiz, pela superveniência de acontecimentos imprevistos e razoavelmente imprevisíveis por ocasião da formação do vínculo, e que alterem o estado de fato no qual ocorreu a convergência de vontades, acarretando uma onerosidade excessiva para um dos estipulantes⁶⁹.

Para se justificar a aplicação da citada teoria, mister se torna não apenas a superveniência de um acontecimento, mas o seu caráter imprevisível e a excessiva onerosidade resultante. ORLANDO GOMES salientava que a imprevisão há de decorrer do fato de ser a alteração determinada por circunstâncias extraordinárias. O saudoso mestre baiano aduzia, ainda, por outro lado que, embora pudesse ocorrer a agravação da responsabilidade econômica, mesmo a ponto de trazer para o contratante muito maior onerosidade, se essa tivesse podido ser razoavelmente prevista, não havia que se pretender a resolução do contrato ou a alteração de seu conteúdo. Logo, o previsto era que o acontecimento fosse extraordinário e imprevisível⁷⁰.

⁶⁹ FONSECA, Amaldo Medeiros da. *Caso Fortuito e Teoria da Imprevisão*. 2º ed., Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1943, ps. 13-16.

⁷⁰ GOMES, Orlando. *Contratos*. 18º ed., Rio de Janeiro: Forense, p. 39.

Determinados os contornos da teoria da imprevisão, cumpre verificar agora a sua positivação no direito brasileiro. Veja-se, assim, primeiramente se os pressupostos legais de sua aplicação anunciados pelo Código de Proteção e Defesa do Consumidor adequam-se aos requisitos da teoria da imprevisão, ou se, ao contrário, trata-se de figura jurídica distinta possuindo contornos próprios.

O artigo 6º, inciso V reza que a pretensão voltada apenas à modificação⁷¹ das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais — *portanto, coevas à realização do pacto* — ou mesmo a revisão dessas cláusulas em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas — *logo, fatos posteriores à realização do negócio, mas que o tornem de difícil cumprimento a uma das partes* — são direitos básicos do consumidor.

Os tribunais brasileiros vêm enfrentando esta questão com o entendimento de que o dispositivo permite a conclusão pela dispensabilidade do requisito da imprevisibilidade do fato, pautando-se apenas na superveniência que traga excessiva onerosidade ao consumidor^{72/73}.

Apóiam-se na doutrina de CLÁUDIA LIMA MARQUES, que ensina que a norma do artigo 6º, do Código de Proteção e Defesa do Consumidor avan-

⁷¹ Convém frisar que o Código de Proteção e Defesa do Consumidor não prevê a hipótese de resolução do contrato, certamente porque parte do princípio de que o contrato não só é querido pelo consumidor como também lhe é necessário, sendo de se lhe proteger, com a possibilidade de revisão.

⁷² Veja-se aqui o exemplo do acórdão cujo sumário segue: "Direito do consumidor. Recurso Especial. Ação de conhecimento sob o rito ordinário. Cessão de crédito com anuência do devedor. Prestações indexadas em moeda estrangeira (dólar americano). Crise cambial de janeiro de 1999. Onerosidade excessiva. Caracterização. Boa-fé objetiva do consumidor e direito de informação. - O preceito esculpido no inciso V do artigo 6º do CDC dispensa a prova do caráter imprevisível do fato superveniente, bastando a demonstração objetiva da excessiva onerosidade advinda para o consumidor. - A desvalorização da moeda nacional frente à moeda estrangeira que serviu de parâmetro ao reajuste contratual, por ocasião da crise cambial de janeiro de 1999, apresentou grau expressivo de oscilação, a ponto de caracterizar a onerosidade excessiva que impede o devedor de solver as obrigações pactuadas. - A equação econômico-financeira deixa de ser respeitada quando o valor da parcela mensal sofre um reajuste que não é acompanhado pela correspondente valorização do bem da vida no mercado, havendo quebra da paridade contratual, à medida que apenas a sociedade de fomento ao crédito estará assegurada quanto aos riscos da variação cambial. - É ilegal a transferência de risco da atividade financeira ao consumidor, ainda mais quando não observado o seu direito à informação". RESP 417927 / SP ; Recurso Especial 2002/0019645-3 Terceira Turma, j. 01.7.2002, Relator: Min. Nancy Andrighi.

⁷³ Também o Acórdão do Superior Tribunal de Justiça - Recurso Especial 376.877 – RS (2001/0168065-2), Rel. Min. Nancy Andrighi, segue a mesma linha argumentativa.

çou ao não exigir que o fato superveniente fosse imprevisível ou irresistível, mas apenas exigisse a quebra da base objetiva da equivalência entre prestações, ao desaparecimento do fim essencial do contrato.

Noutros termos, a professora brasileira aduz que o elemento autorizador da ação modificadora pelo Judiciário é o resultado objetivo da engenharia contratual, que agora apresenta a mencionada onerosidade excessiva para o consumidor, resultado de simples fato superveniente, fato que não necessita ser extraordinário, irresistível, fato que podia ser previsto e não foi. Nesse sentido, traz à baila a conclusão n° 3 do II Congresso Brasileiro de Direito do Consumidor – Contratos no ano 2000, com o seguinte texto: “*Para fins de aplicação do art. 6º, V do CDC não são exigíveis os requisitos da imprevisibilidade e excepcionalidade, bastando a mera verificação da onerosidade excessiva*”. Acrescentando, ainda, que: “*mencionar simplesmente que a teoria da imprevisão teria sido aceita pelo Código de Proteção e Defesa do Consumidor pode ser uma interpretação prejudicial do artigo ao próprio consumidor, pois dele pode ser exigida a referida imprevisão e extrinsecabilidade do ocorrido, fatos não mencionados em referido artigo*”. Donde concluir que a aplicabilidade do mencionado artigo dependerá apenas da ocorrência de fato posterior que cause, objetivamente, excessiva onerosidade ao consumidor⁷⁴.

Não há dúvida de que esse argumento é bastante favorável ao consumidor, que realiza negócios à base dos contratos de adesão, sendo muitas vezes impingido a contratar sem ter pleno conhecimento das cláusulas, mas apenas porque o objeto do contrato lhe é imprescindível. Vale lembrar que essa amplitude dada à imprevisão pelo Código do Consumidor (Lei n° 8.078/90) veio em contraponto à aplicação restrita que até então se fazia da revisão por onerosidade excessiva com arrimo no Código Civil de 1916. Na esteira do entendimento reinante à época, somente se podia pensar na revisão pela onerosidade excessiva quando não tivesse tido lugar o inadimplemento, ou seja, só cabia ao Judiciário a apreciação da revisão se o devedor não estivesse inadimplente. Fato bastante peculiar, pois se a onerosidade era excessiva, adimplir a uma obrigação que era por demais custosa ao devedor para poder ter direito à revisão era quase que ter que “*aniquilar-se*” para ver o seu direito reconhecido.

Mas, se é certo que não se pode exigir um comportamento de tamanho sacrifício para que o devedor-consumidor tenha acesso à Justiça, também deveria se criar um limite à consideração da superveniência que altera

⁷⁴ MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor – O novo regime das relações contratuais*, 3ª ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, 413/415.

as bases do negócio por ele firmado, pois se pode estar deixando de lado um elemento de muita valia para o Direito: a *segurança jurídica*.

Por outro lado, vai-se encontrar hoje no Código Civil de 2002 os artigos 317 e 478 a albergar as situações da imprevisão nos contratos entre iguais, com contornos que lhe são próprios⁷⁵.

⁷⁵Os artigos 472, 473, 474, 475, 478, 479 e 480 estão sendo objeto de alteração, conforme se verifica do Projeto de Lei nº 6.960, de 12/6/2002, da autoria do Deputado Ricardo Fiúza (PPB/PE), passando a ter a seguinte redação: "Art. 472. Nos contratos de execução sucessiva ou diferida, tomando-se desproporcionais ou excessivamente onerosas suas prestações em decorrência de acontecimento extraordinário e estranho aos contratantes à época da celebração contratual, pode a parte prejudicada demandar a revisão contratual, desde que a desproporção ou a onerosidade exceda os riscos normais do contrato. § 1º. Nada impede que a parte deduza, em juízo, pedidos cumulados, na forma alternativa, possibilitando, assim, o exame judicial do que venha a ser mais justo para o caso concreto; § 2º - Não pode requerer a revisão do contrato quem se encontrar em mora no momento da alteração das circunstâncias; § 3º - Os efeitos da revisão contratual não se estendem às prestações satisfeitas, mas somente às ainda devidas, resguardados os direitos adquiridos por terceiros". (NR) "Art. 473. Nos contratos com obrigações unilaterais aplica-se o disposto no artigo anterior, no que for pertinente, cabendo à parte obrigada pedido de revisão contratual para redução das prestações ou alteração do modo de executá-las, a fim de evitar a onerosidade excessiva". (NR) "Art. 474. A resolução poderá ser evitada, oferecendo-se o réu a modificar equitativamente as prestações do contrato". (NR) "Art. 475. Requerida a revisão do contrato, a outra parte pode opor-se ao pedido, pleiteando a sua resolução em face de graves prejuízos que lhe possa acarretar a modificação das prestações contratuais. Parágrafo único. Os efeitos da sentença que decretar a resolução do contrato retroagirão à data da citação". (NR) "Art. 478. O distrato faz-se pela mesma forma exigida para o contrato. § 1º A rescisão unilateral, nos casos em que a lei expressa ou implicitamente o permita, opera mediante denúncia notificada à outra parte; § 2º Se, dada a natureza do contrato, uma das partes houver feito investimentos consideráveis para a sua execução, a denúncia unilateral só produzirá efeito depois de transcorrido prazo compatível com a natureza e o vulto dos investimentos". (NR) "Art. 479. A cláusula resolutiva expressa opera de pleno direito; a tácita depende de interpelação judicial". (NR) "Art. 480. A parte lesada pelo inadimplemento pode pedir a resolução do contrato, se não preferir exigir-lhe o cumprimento, cabendo, em qualquer dos casos, indenização por perdas e danos". (NR) Como justificativa à alteração, o referido parlamentar aduz que: a atual redação dada ao art. 478 do NCC, torna-se impertinente, inclusive por eleger a resolução do contrato como regra; convindo reconhecer, ainda, albergar o reportado dispositivo um sério equívoco doutrinário. A onerosidade excessiva da prestação de uma das partes, acha-se vinculada, "*ratio legis*", ao resultado de extrema vantagem para a outra, para tipificar o desequilíbrio contratual. REGINA BEATRIZ TAVARES DA SILVA, com elevada atenção ao tema, discorda: "*casos há em que a onerosidade excessiva para uma das partes não implica em lucro excessivo para a outra, mas, sim, até em algum prejuízo, por sofrer também as conseqüências da alteração das circunstâncias*", enfatizando preponderar a finalidade principal da teoria da imprevisão, a de socorrer o contratante que será lesado pelo desequilíbrio contratual. Sua discordância é escorreita. De fato, não se deve configurar a onerosidade excessiva, na dependência do contraponto de um grau de extrema vantagem. Isto significaria atenuar o instituto, sopesado por uma compreensão menor. Desinfluyente ao tema, quando já fora de propósito, o atual artigo 478 deve ser redirecionado ao tratamento da revisão dos contratos, em presença da teoria da

Nas relações entre iguais reguladas pelo Código Civil encontra-se no Título III – Do Adimplemento e extinção das obrigações, sob o domínio do Capítulo I - Do Pagamento, na Seção III – Do Objeto do Pagamento e sua prova, o artigo 317. Referido dispositivo, inserido no contexto do adimplemento de uma obrigação diferida, deve ser interpretado em conjunto com os artigos 315 e 316, estabelecendo o primeiro como regra às dívidas em dinheiro o pagamento no vencimento em moeda corrente e pelo valor nominal e o segundo, em alternativa, o pagamento em prestações sucessivas com aumento progressivo. É nesse âmbito que vem o artigo 317 estipular que *quando, por motivos imprevisíveis, sobrevier desproporção manifesta entre o valor da prestação devida e o do momento de sua execução, poderá o juiz corrigi-lo, a pedido da parte, de modo que assegure, quanto possível, o valor real da prestação.*

5.2.2.2 DA RESOLUÇÃO

A seu turno, tem-se o artigo 478 tratado no Título V – Dos Contratos em geral, Capítulo II, seção IV, a estipular que *nos contratos de execução continuada ou diferida, se a prestação de uma das partes se tornar excessivamente onerosa, com extrema vantagem para a outra, em virtude de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, poderá o devedor pedir a resolução do contrato.* O teor do citado dispositivo absorve aquele do artigo 317, diferindo dele apenas no que toca aos efeitos, enquanto este prevê a intervenção necessariamente para revisão, com a manutenção obrigatória do negócio, o artigo 478 concede ao devedor o direito potestativo de pedir a resolução do contrato, deixando a critério do credor a possibilidade de simples revisão, quando este pode oferecer-se a modificar eqüitativamente as condições do contrato. Lá (317), só a revisão, aqui (478), a resolução, com a opção ao credor da modificação eqüitativa. Lá, presente o princípio da manu-

imprevisão. Assim como o atual 480 do NCC, por se referir à revisão contratual deve ser deslocado para a seção adequada, figurando como parágrafo 2º do dispositivo matriz de revisão do contrato. Em razão dessas considerações e sopesando também a necessidade de se repositonar alguns dispositivos, propôs o referido parlamentar a alteração dos arts. 472, 473, 474, 475, 478, 479, e 480, bem como a renomeação do título e das Seções do Capítulo II do Título V do Livro I da Parte Especial do Novo Código Civil, dada a impropriedade da denominação dada ao Capítulo II do Título V do Livro I da Parte Especial : *"Da Extinção do Contrato"*, já que contém dispositivos acerca da revisão contratual (arts. 479 e 480), cumprindo-se-lhe renominá-lo : *"Da Revisão e da Extinção do Contrato"*. Toma-se , ainda, indispensável incluir seção própria acerca da Revisão, para melhor disciplinar o emprego da teoria da imprevisão. Última Ação do Projeto de Lei na Câmara de Deputados: 6/8/2002 - Comissão de Constituição e Justiça e de Redação (CCJR) - Designado Relator, Dep. Vicente Arruda.

tenção do contrato, aqui, presente a resolução pela onerosidade que atinge de forma extraordinária e imprevista ao devedor.

Ademais, percebe-se que, em ambos, a imprevisão é requisito essencial a embasar o pleito de revisão, isto é, diferentemente do Código de Proteção e Defesa do Consumidor, que apenas exige para o mister a ocorrência de um fato superveniente que torne a obrigação excessivamente onerosa ao devedor-consumidor, repita-se. No caso da relação entre iguais, não basta qualquer superveniência, mas também a imprevisível, proveniente de acontecimento extraordinário, completamente fora do âmbito do negócio.

Por fim, pode-se perceber que o Código Civil não perde de vista a necessária proteção à segurança jurídica das relações entre iguais, podendo-se concluir que há hoje, no direito brasileiro, a adoção de dois institutos próprios da imprevisão, com contornos diferenciados: aquele afeto ao consumidor e o do Código Civil, devendo se verificar, quando do controle do conteúdo dos contratos de adesão, os pressupostos de um e de outro.

5.3 CONTROLE JUDICIAL ABSTRATO

Diferentemente do direito português, que conta com um remédio processual para retirar do mundo jurídico as cláusulas contratuais gerais que contrariem o disposto na lei reitora da matéria (a ação inibitória), o direito brasileiro, porque não conta com um diploma específico para a matéria, valesse de diversos remédios processuais.

A cláusula contratual questionada pode ser suspensa enquanto se discute judicialmente a abusividade que possa conter e, portanto, que possa inquiná-la de nulidade, quer nos contratos firmados entre consumidores ou entre iguais. Nessa hipótese, será uma ação de revisão de cláusula por desproporção manifesta, com pedido de tutela antecipada (Código de Processo Civil, art. 273)⁷⁶.

A tutela também pode ser prestada de forma mais ampla, como estabelecido no caso do Código do Consumidor Brasileiro, que prevê a legitimidade do Ministério Público, ao toque da Constituição da República Federati-

⁷⁶Art. 273. O juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação e: (Redação dada pela Lei nº 8.952, de 13.12.1994) I - haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação; ou (Redação dada pela Lei nº 8.952, de 13.12.1994) II - fique caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu. (Redação dada pela Lei nº 8.952, de 13.12.1994) § 1º Na decisão que antecipar a tutela, o juiz indicará, de modo claro e preciso, as razões do seu convencimento. (Parágrafo acrescentado pela Lei nº 8.952, de 13.12.1994) § 2º Não se concederá a antecipação da tutela quando houver perigo de irreversibilidade do provimento antecipado. (Parágrafo acrescentado pela Lei nº 8.952, de 13.12.1994)*.

va do Brasil, artigo 129, incisos III e IX, para provocar o Judiciário, na forma dos artigos 82, inciso I, 90, 110, 117, do Código de Defesa do Consumidor, todos combinados com os artigos 1º, inciso IV, 5º, *caput*, e 21 da Lei da Ação Civil Pública (7.347/85), no afã de ver expungida cláusula contratual que imponha grande desequilíbrio entre as partes.

No caso do controle abstrato, exercido administrativamente em um verdadeiro viés ao vetado § 3º do artigo 51, do CDC, pode-se exemplificar o tema com a instauração pelo Ministério Público de inquérito civil, na forma do artigo 8º, § 1º, da Lei da Ação Civil Pública - nº 7.346/85 e art. 90, do Código de Proteção e Defesa do Consumidor, para apuração da existência de cláusulas abusivas em formulários utilizados por algumas escolas de línguas da capital paulista. A conclusão comum dos interessados, ao final do inquérito, foi no sentido de que determinadas cláusulas eram, efetivamente, abusivas. A fim de evitar a propositura de ação civil pública pelo Ministério Público, com o objetivo de defender os direitos difusos dos consumidores, as escolas resolveram alterar em seus formulários-padrão as cláusulas consideradas abusivas, chamando os alunos que já tinham subscrito o contrato de adesão para que fizessem o respectivo aditivo contratual⁷⁷.

Portanto, o controle abstrato pode ser feito sempre que se chegar ao conhecimento do Ministério Público a existência de cláusula potencialmente abusiva em formulário-padrão da administração pública ou de qualquer particular, irrelevante tenha havido ou não contrato de adesão com base no referido formulário.

6. REFLEXÕES CONCLUSIVAS

Não há como negar que as sociedades prescindem da contratação na modalidade de adesão. A uma, porque são contratações que se manifestam por meio de comportamentos concludentes, facultados pelo Direito, permitindo às pessoas optarem por um tipo de atuação de propósitos. A duas, porque as sociedades técnicas assentam-se num tráfego comercial de massas que faz sobressair as necessidades de racionalização. Os contratos de adesão caracterizam-se basicamente pela pré-disposição clausular, aliada da unilateralidade e da rigidez das cláusulas, sem qualquer espaço para que o aderente modifique-as. O raciocínio doutrinário leva a concluir que a expressão contratos de adesão é mais ampla que a fórmula «cláusulas contratuais gerais», sendo ele um gênero, do qual as cláusulas contratuais gerais representam uma espécie.

⁷⁷ NERY JÚNIOR *in* Código Brasileiro de....., p. 455.

O Brasil optou por nomear o fenômeno como contrato de adesão, dando-lhe um caráter positivo, primeiramente no Código de Proteção e Defesa do Consumidor e, recentemente, no Código Civil de 2002, não deixando de reconhecer os limites a essa forma de contratação, estipulando que a abusividade poderá gerar a anulação da cláusula.

A atualidade do tema sobressai pela preocupação cada vez maior com os desequilíbrios contratuais que surgem, ferindo a justiça do seu conteúdo. O controle do conteúdo nos contratos que é objeto de estudo constante da doutrina atual, procura substancializar as decisões jurisprudenciais, de forma a encontrar no próprio sistema os mecanismos para coibir o desequilíbrio desproporcional do contrato. A motivar os trabalhos, parte-se do pressuposto que a lei concede ao particular a liberdade de estipular todo tipo de contrato, observados os limites que ela própria impõe, para, então, se tentar concluir qual o ponto de equilíbrio entre a justiça do conteúdo e a justiça privada.

As situações de desequilíbrio podem se verificar tanto na origem do negócio como posteriormente. Quando na origem, o controle estará circunscrito à formação do negócio, buscando-se a injustiça no desequilíbrio anormal no momento embrionário do negócio. Por outro lado, se superveniente, vai-se encontrar causas que, no curso da execução do contrato, atingem as expectativas legítimas de uma das partes, causando, assim, uma situação que impede a sua execução na forma pactuada, podendo-se verificar uma situação de desequilíbrio anormal que gera uma injustiça. É que, sem que *rebus sic stantibus*, o próprio cumprimento do ajuste pode representar uma injustiça contratual.

Se por um lado o controle pode se fazer nos âmbitos legislativo, administrativo e judicial, é neste último que ele ganha maior expressão, quando pode se dar de forma concreta ou abstrata. Naquela hipótese realiza-se pela ação dos tribunais em casos específicos com base nos princípios assentes na lei especial reitora da matéria ou no ordenamento jurídico como um todo. Já o controle em abstrato se realiza por intermédio das hipóteses legais de obrigação de fazer ou não fazer.

Assim, demonstrado os contornos da modalidade contratual de adesão, não se pode olvidar que o seu controle seja mesmo uma imposição da Justiça, de outra forma se estaria permitindo a volta da lei do mais forte, sem qualquer piedade.

Por isso, nessa etapa conclusiva, pode-se dizer que a autonomia privada goza de liberdade, mas essa liberdade está limitada ao momento em que encontra oposição, oposição esta que é externada pela outra parte que aponta naquela liberdade uma invasão a direito seu, que lhe é prejudicial.

Portanto, os contornos limitativos da autonomia da vontade são impostos pelas próprias partes, que negociam, devendo estar o Direito apto a solucionar os conflitos, reequilibrando as situações jurídicas.

Portanto, a Justiça entra em campo não quando acaba a autonomia privada, mas quando o exercício arbitrário desta autonomia fere o direito alheio, a ponto de pôr em risco a Justiça pretendida pelas partes. ♦