

ISSN 1415-4951
(versão impressa)

Revista da
EMERJ



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

Vol. 7 - Nº 26 - 2004



(1804 - 2004)



Bicentenário Código Civil Francês

- **CÓDIGO DE NAPOLEÃO** -

ISSN 1415-4951
(versão impressa)

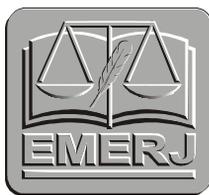
REVISTA DA

EMERJ

v. 7 - n. 26 - 2004

Abril/Maio/Junho

Rio de Janeiro



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^o. 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

A Baronesa e o Instrumento do seu Crime*

DÉCIO XAVIER GAMA

Desembargador do TJ/RJ

As perícias criminais não deixam de apontar, normalmente quais os instrumentos utilizados para a execução do ato criminoso, valendo-se de expressões clássicas e facilmente inteligíveis para os iniciados na leitura de peças do inquérito ou processo criminal. A arma de fogo deixa no corpo da pessoa, lesão grave ou leve, que identifica o trajeto do projétil, enquanto uma navalha ou mesmo as facas quando utilizadas pelo agente do delito, provocam marcas perfuro-cortantes que nem sempre definem o instrumento do crime. Quando se registram no laudo ações contundentes é porque são notadas lesões de formas diversas a dificultar a identificação do motivo do ferimento, ou do instrumento utilizado, que pode ser um soco violento, ou o atrito com madeira ou material metálico. Expressões semelhantes podem identificar o instrumento utilizado para a prática do delito, ou servem, não raro, para mostrar a maior ou menor gravidade da infração penal, ou o requinte de crueldade com que agiu o indiciado.

Narrou o escritor Josué Montello no seu romance episódico da campanha da abolição, OS TAMBORES DE SÃO LUIS, a saga de um negro, ainda jovem, que fugindo do jugo da escravidão, se homiziou em um quilombo e sobreviveu por largo tempo. Depois de muitas peripécias em lugares ermos, teve encontros com pessoas que tudo fizeram para tirá-lo da condição de fugitivo. Deram-lhe alimentos, acolhida em melhores condições de vida e chegaram mesmo a proporcionar-lhe estudos em seminário de ordem religiosa. Inteligente e de grande aproveitamento escolar, estudou latim, grego e se tornou exímio aluno na língua portuguesa. Chegando a estar em condições de ser ordenado sacerdote, enfrentou, contudo, a dificuldade por sua cor negra, o que gerou polêmica no meio religioso. Andando o tempo, Damião abandonou a vida de auxiliar do Convento e dos clérigos que o acolheram. Não interessa muito ao tema o desenrolar da vida daquele escravo, salvo para os que tivessem o interesse de ler a excelente obra de Josué Montello e se aprofundar no estudo da luta do negro para ter assimilação social. O certo é que, na época, segundo aque-

* A matéria diz respeito a um processo criminal histórico do Tribunal de Justiça do Maranhão, que bem merecia estar resguardado entre outros daquele estado, talvez em Museu do Tribunal, para preservar a memória de fatos referidos pelo notável escritor brasileiro, de interesse também para a História do Brasil.

le romancista, desvendou-se na Capital da Província do Maranhão o assassinato de um escravo, a mando da mulher do Presidente da Província, a Baronesa do Grajaú. Tal fato levantou celeuma com larga repercussão em São Luis, que foi apurado devidamente em inquérito criminal aberto e findo, mas que permaneceu por tempos na prateleira mais recôndita do Cartório, por iniciativa atribuída à figura principal que respondia pelo ato criminoso.

Em palestra que pronunciou no auditório da AMAERJ, há alguns anos, realizada graças à atividade cultural das segundas-feiras, por iniciativa de seu Presidente à época, o Desembargador Renato Maneschky, contou-nos o escritor maranhense que procurava localizar elementos para o seu mais novo livro quando, em certo dia, recebeu do Senador José Sarney, senador pelo Maranhão naquele tempo, o processo de julgamento criminal do Tribunal do Júri de São Luis, que tratava justamente do homicídio praticado a mando da mulher do Presidente da Província, a Baronesa do Grajaú. Era ela mulher dotada de notáveis requintes de crueldade e acabara com a vida da vítima a garfadas!

O livro narrou os fatos com as cautelas próprias do escritor, com destaque para o drama do escravo que enfrentou a barreira e o preconceito contra os negros, mas, na narrativa pessoal e resumida para os magistrados que prestigiavam as conferências semanais no auditório da AMAERJ, o escritor adicionou informações colhidas naquele processo criminal da Província maranhense, sobre o episódio. A acusada principal, como mandante do delito, fez com que o feito não tivesse andamento por largo tempo, tais as circunstâncias do seu envolvimento no caso.

Mas vai daí, que um jovem Promotor, de vinte e poucos anos, defronta-se com os dois ou três volumes do inquérito, que se empoeirava nas prateleiras do Cartório às ocultas, guardado furtivamente e sem qualquer impulso para a sessão do Júri. Apurando que o feito envolvia um executor de homicídio e outra pessoa que fora a mandante do ato delituoso, não se conformou com a paralisação do andamento do feito, sem fundamento processual, mas por força de influência de uma parte, fosse ela até mesmo a primeira dama da Província.

Logrando provocar o andamento da demanda criminal, por meio de requerimentos insistentes e, afinal do oferecimento de denúncia, o Promotor fez os réus serem ouvidos e os levou ao julgamento.

No Júri revelou-se em pormenores que a morte da vítima se deu a garfadas, valendo-se o executor do ato delituoso, de um raro instrumento capaz de lesionar com perfurações seguidas e cruelmente o corpo da vítima e de levar o infeliz escravo à morte.

SUMÁRIO

O CÓDIGO BICENTENÁRIO

J. Miguel Lobato Gómez - Professor Titular de Direito Civil da Universidade de Léon (Espanha). Professor Visitante na Pós-Graduação em Direito da UFRGS (Brasil).

19

O Código que ainda guarda algumas das chaves significativas da cultura jurídica contemporânea. Os três projetos de Cambacérès: de 1793, 1794, 1796 e a Comissão de Napoleão dos Juristas (Tronchet, Bigot de Préameneu, Maleville e Portalis) que redigiu um projeto de texto definitivo, articulado e uniforme, em prosa clara, concisa e acessível. O culto da legalidade e os direitos civis do cidadão. A igualdade dos homens e a abolição dos privilégios senhoriais do antigo regime. Uma continuidade com as fórmulas do *ancien droit* e doutrinas dos juristas como Domat ou Pothier. Sistema jurídico harmonioso e em torno do indivíduo, como membro da família e da sociedade. A propriedade, o contrato e a responsabilidade civil. Foi ainda o Código Civil Francês um dos elementos culturais importantes da organização social contemporânea moderna.

Palavras proféticas de Napoleão: “Minha verdadeira glória não é ter ganho quarenta batalhas. Waterloo apagará a lembrança de tantas vitórias. O que nada eclipsará, o que viverá eternamente, é meu Código”.

As críticas mais comuns em dois séculos sobre o conceito de personalidade, idéias do matrimônio ou da família, da propriedade e de sua transmissão, o contrato a herança e a responsabilidade civil foram objeto de contestação. Apesar de tudo, das modificações, guerras e transformações sociais, ainda hoje o Código e os que o seguiram o seu rastro, continuam conservando sua vigência, embora continuamente adaptado, renovado, revisto e modificado. Reflexos na Europa, América, na África e na Ásia e as transformações da sociedade que na interpretação do Código se refletem em seus dispositivos. Um texto de referência

para os juristas. A sua sobrevivência histórica é um convite para se refletir sobre a sua dimensão simbólica. As leis devem ser sábias, justas, razoáveis e, só assim, eficazes com o que seu espírito perdurará.

COMO O CÓDIGO CIVIL FRANCÊS SE ADAPTOU AO LONGO DO TEMPO

24

Christine da Luz - Mestrada pela Universidade de Droit de LILLE. – Da Escola da Magistratura de BORDEAUX. Juíza de Família em Bourg en Bresse. Substituta de Procurador da República em GUINCAMP. Presidente do Tribunal d'Instance de LANNION.

I. Introdução. Estado do direito em 1804. II Evolução do Código Civil até o dia de hoje. III Conclusão.

O CÓDIGO NAPOLEÃO E SUA INFLUÊNCIA NO DIREITO BRASILEIRO

36

Sylvio Capanema de Souza – Desembargador do TJ/RJ. Professor da EMERJ.

1) Considerações preliminares. A influência pessoal avassaladora de Napoleão, na história europeia e na mundial. O Código Civil dos franceses a partir de 1807, Código Napoleão até 1815 e depois simplesmente Código Civil. Código Napoleão por Decreto de 1852. Das 102 sessões da Comissão de Legislação do Conselho de Estado, encarregada de elaborar o Código em seis meses, Napoleão presidiu 57. Sua influência direta com acertos e defeitos. Os quatro membros da Comissão: Tronchet, Bigot de Préameneu, Portalis e Maleville. Com desejo conciliador de unidade. As correntes de Duguit e a de Bonnacase. Refletindo os ideais de Napoleão tem concepção individualista e influenciou todo o Direito do Século XIX. Com o pensamento liberal consagrado na Revolução Francesa. O pensamento codicista e a era positivista. A febre de codificação do século XIX com o “Código-modelo” francês. Os muitos países que se inspiraram no Código Francês.

2) A influência do Código Napoleão no Direito Brasileiro. Teixeira de Freitas, inspirado em Savigny, pugnava pela união do Direito privado, divergiu da doutrina francesa e se aproxi-

mou do Código Alemão. Exemplo é o da aquisição da propriedade por atos entre vivos. Também no caso art. 895 (testamento) em que adotamos a tradição romano-germânica. Assim foi no tratamento de estrangeiros (art. 11) e no termo inicial da personalidade e outros. Adotamos, contudo, muitos princípios do Código Francês, como o da irretroatividade da lei para os magistrados e não para os legisladores. Muitos foram os artigos do nosso código de 1916 que reproduzem os do Código Francês. Temos afinidade no Direito da Família, no Direito Sucessório. No campo da Responsabilidade Civil, tivemos indiscutível modelo no Código das Obrigações.

3) Conclusões. O exacerbado individualismo do Código Napoleão resistiu às transformações econômicas e sociais dos séculos XIX e XX, mas as sucessivas modificações e revisões mantiveram-no atualizado.

A DURAÇÃO DOS PROCESSOS: ALGUNS DADOS COMPARATIVOS

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

A falta de um diagnóstico baseado em dados objetivos a permitir conclusões diferentes sobre a duração dos processos, no Brasil e em outros países. A inexistência de estatísticas. Mesmo em países desenvolvidos, também se costuma indicar uma suposta média, sem especificações. O problema é universal e multissecular. A insatisfação com a morosidade da justiça a justificar o exame de alguns dados disponíveis de fontes européias e norte-americanas para se formar uma idéia aproximada da realidade. Dados de 1995-1999 apontam uma duração de 9,1 meses de duração de processos. Número igual em 2001, conforme dados do Anuário Estatístico da Justiça daquele período. Na Alemanha, dados de 1998 a 2000 terminavam em 1 ano 94% dos processos instaurados, ou 85% a 86% em tribunal superior. Na Itália, como na Inglaterra, e a edição do *Civil Procedure Rules* inglês de abril de 1999. Os dados dos EE.UU. não confirmam seu grau de eficiência no tocante ao funcionamento do Judiciário. No tocante ao Rio de

Janeiro, a marcha dos processos em primeira grau de jurisdição é muito mais lenta na justiça federal que na estadual. A situação do Rio de Janeiro é muito mais confortável que na maioria dos outros tribunais estaduais, inclusive o de São Paulo, onde uma apelação costuma levar 3 a 4 anos só para ser distribuída ao relator. Só um diagnóstico exato poderia fornecer dados mais completos.

CONTROLE DO JUDICIÁRIO: DESCONSTRUÇÃO E RECONSTRUÇÃO

Jessé Torres Pereira Junior – Desembargador, Professor da EMERJ e Gerente do Fundo Especial do TJ/RJ.

63

Surpresa e apreensão do expositor como gerente de arrecadação das receitas do T.J. O tom de acanhado testemunho da intervenção no painel sobre o tema “Seminário sobre Controles”. Uma operação de ruptura com os termos do problema assim colocado. A reconstrução dessa realidade. O tema do controle colocado com exagerada dose de paixão. O consenso afirmado: o controle é necessário porque o Judiciário não funciona a contento. Ora, não é caso de impor-se o controle sobre o que não funciona, nem sobre o Judiciário e nem sobre o Executivo e o Legislativo. É o próprio Estado que se encontra em xeque e em sua capacidade de se reestruturar. A reforma do Judiciário e o seu controle social perduram por doze anos no Congresso Nacional. Talvez um Conselho Nacional de Justiça seria o instrumento de controle social necessário e apto para impulsionar o movimento reformador da justiça?

CLÁUSULAS CONTRATUAIS GERAIS E ABUSIVAS E O NOVO CÓDIGO CIVIL

José de Oliveira Ascensão - Professor da Universidade de Lisboa.

72

1) A gênese do contrato de adesão; 2. A gênese das cláusulas contratuais gerais; 3. A gênese do instituto das cláusulas abusivas; 4. A integração no conteúdo do contrato e o mútuo consenso; 5. O erro; 6. A interpretação; 7. Conteúdo; 8. Critério de determinação das cláusulas proibidas; 9. A. boa-fé: um pseudocritério; 10. O enunciado legal; 11. Efeito sobre o contrato da existência

de cláusula em infração; 12. As limitações do sistema civil; 13. Superação do voluntarismo?

A EVOLUÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL E DOS CONTRATOS NO DIREITO FRANCÊS E NO BRASILEIRO

94

Arnoldo Wald - Advogado. Doutor Honoris Causa pela Universidade de Paris. Professor Catedrático da UERJ.

I - INTRODUÇÃO: Tema de direito comparado tratado numa fase de globalização. O bicentenário do Código Civil francês comemorado no mundo inteiro. As condições em que foram elaborados os Códigos Cíveis na França e no Brasil e a evolução da responsabilidade civil e dos contratos, nos dois países.

II - O CÓDIGO CIVIL FRANCÊS: A opinião de Portalis, um dos seus co-autores, sobre o Código. A abolição da Monarquia e a perda dos direitos da nobreza. Com a propriedade exclusiva, criava-se um mundo novo "baseado nos direitos da liberdade, de propriedade e de contratar". Elemento de formação da nacionalidade, acabava-se com a dualidade do direito escrito e do costumeiro. Durante 4 anos, Napoleão compareceu a 55 das 107 sessões de Estado em que foi discutido o projeto. A importância dada ao regime dos bens. Foi o Código mantido em dois séculos como garantia básica do cidadão. No Brasil, Clovis Beviláqua foi incumbido, em 1899, de redigir o projeto de Código Civil quando tinham ocorrido grandes transformações no país, com a Lei Áurea de 1888 e com a República proclamada no ano seguinte. Assim, houve certa correspondência histórica entre o Código de Napoleão e o nosso de 1916. Em 2002, o novo Código Civil também encontrou já criado um novo labirinto legislativo.

III - A RESPONSABILIDADE CIVIL: Problema central do direito privado no século XX ante a evolução econômica e social. A Revolução Industrial fez convergir sobre ela os tratados e monografias. E o jurista não se pôde mais separar do filósofo e do moralista. Foi a equidade que gerou a teoria do risco e é a moral que mantém a teoria da culpa. O Brasil consolidou uma economia capitalista que a França passou a conhecer após a segunda Guerra Mundial. A implantação do seguro obrigatório contra acidentes do trabalho, o Direito Trabalhista, a teoria do risco e é a moral que mantém a teoria do risco e sua correlação

nos dois países. Constantes morais, econômicas e políticas no direito francês. Sobrevivência de duzentos anos do Código Francês graças à jurisprudência e à doutrina. *Par le Code*, mais ou *dela du code*, foi a diretriz seguida pelos tribunais. Os amortecedores, segundo Orlando Gomes. A responsabilidade baseada na culpa e as novas teorias sucessivas que, na prática, equivalem à responsabilidade baseada na culpa e as novas teorias sucessivas que, na prática, equivalem à responsabilidade objetiva. A evolução ainda maior do nosso Código de 2002 e os comentários de Miguel Reale sobre os artigos 927, 931 a 933.

IV - A REVOLUÇÃO DO CONTRATO: O desenvolvimento do instituto por tanto tempo e sob formas mais distintas. Sua adaptação à sociedade com estruturas mais diversas na antiguidade, na Idade Média e no mundo capitalista e no próprio regime comunista. O *pacta sunt servanda* e as limitações posteriores, em tese, em virtude da ordem pública. As novas concepções de contrato.

O FUTURO DA CODIFICAÇÃO E O JURISTA DO AMANHÃ: IDÉIAS PARA UM DEBATE

Luiz Edson Fachin - Professor de Direito da UFPR – Doutor em Direito das Relações Sociais pela PUC/SP – Procurador do Estado do Paraná.

I – Para inaugurar a introdução. II – Refletindo sobre a codificação e as *famílias jurídicas romano-germânicas ocidentais*. III – Idéias gerais sobre o novo Código Civil. IV – Para concluir.

EFICÁCIA E EXECUÇÃO ESPECÍFICA DO ACORDO DE ACIONISTAS

Modesto Carvalhosa – advogado

I - Acordo de acionistas – efeitos. Acordo de acionistas – acordo de preferência. II - Objeto possível de execução específica. III - Acordo de controle. Regime de autotutela. Fundamentos do regime de autotutela no Código Civil de 2002. No Código de Processo Civil. No Código de Processo Penal. Nas leis administrativas. Execução específica arbitral. Outras inovações da Lei nº 10.303/01 em matéria de acordo de controle. IV – Execução específica nos acordos de preferência na compra e venda de ações.

115

125

VIOLAÇÕES INDIRETAS DA MARCA (À luz do Direito Português e do Direito Brasileiro)

133

Maria Cristina de Brito Lima – Juíza de Direito do TJ/RJ; Doutora pela Universidade de Lisboa

1. Nota Introdutória e Fontes. 2. O problema e sua atualidade: Delimitação do âmbito do tema. 3. O direito marcário. 3.1. Extensão dos limites. 3.2. Redução dos limites. 4. A marca e sua circunstância. 4.1. Natureza jurídica. 4.2. Faculdades do direito à marca. 4.3. Proteção à marca. 4.4. A Diretiva do Conselho 89/104 e a marca de prestígio. 5. A violação da marca. 5.1. A exploração econômica da marca. 5.2. Violação indireta da marca: Da diluição. 5.3. Ato ilícito. 5.4. Abuso do direito. 5.5. Enriquecimento sem causa. 6. Conclusão.

RESPONSABILIDADE CONTRATUAL: CLÁUSULA PENAL E COMPORTAMENTO ABUSIVO DO CREDOR

165

Antonio Pinto Monteiro - Professor Catedrático da Faculdade de Direito de Coimbra

A antiga figura da cláusula penal de muita tradição. A *stipulatio penae* do Direito Romano. Problema da delimitação da figura e da sua identificação. A proteção do devedor e o art. 413 do atual Código Civil. O princípio da boa-fé e a liberdade contratual, frente ao contraente débil e ao abuso do direito. Os art. 408 e 409 do Código Civil. O objetivo da cláusula que prevê indenização. A função coercitiva da cláusula penal.

JUSTIÇA, SEGURANÇA, BEM COMUM E PROPRIEDADE. UMA BREVE INTRODUÇÃO AO DIREITO DE PROPRIEDADE E À SUA FUNÇÃO SOCIAL

179

José Roberto de Castro Neves - Professor da PUC de Petrópolis e Mestre pela Universidade de Cambridge. Doutor em Direito pela UERJ

I. Introdução. II. Histórico: Direito Romano. Idade Média. O Código de Napoleão. A propriedade na União Soviética. III. A propriedade moderna. IV. O conteúdo da propriedade. A função social da propriedade. O fundamento jurídico da propriedade. V. O entroncamento: a crise de identidade da propriedade. VI. Conclusão.

A CORRUPÇÃO. UMA VISÃO JURÍDICO-SOCIOLÓGICA

Emerson Garcia - Membro do Ministério Público do Estado do RJ

203

1. Considerações Iniciais. 2. Corrupção e Democracia. 3. Corrupção e Procedimento Eletivo. 4. Corrupção e Divisão dos Poderes. 5. Corrupção e Deficiências na Organização Estatal. 6. Corrupção e Publicidade. 7. Corrupção e Desestatização. 8. Corrupção e Responsabilidade do Agente Público. 9. Dosimetria das Sanções e Perspectiva de Efetividade. 10. Corrupção e Interesse Privado. 11. Custos Sociais da Corrupção. 12. Simulação da Licitude dos Atos de Corrupção. 13. O Redimensionamento de Práticas Privadas como Mecanismo de Contenção da Corrupção. 14. Corrupção e Globalização. 15. O Combate à Corrupção no Plano Internacional. 15.1. A Convenção da Organização dos Estados Americanos contra a Corrupção. 15.2. A Lei Anti-corrupção da França. 16. Considerações Finais.

DIREITO INDIVIDUAL HOMOGÊNEO E LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO: VISÃO DOS TRIBUNAIS SUPERIORES

Humberto Dalla Bernardina de Pinho – Promotor Público do Rio de Janeiro, professor da UERJ e Doutor em Direito

246

○ art. 81, § único, inc. III do C.D.C. e casos julgados pelos Tribunais Superiores. A legitimidade do M.P. para a tutela do direito alegado. ○ laconismo e o caráter aberto da legislação. A questão tormentosa na Doutrina para distinguir as espécies de direitos metaindividuais. ○ direito plúrime no caso (RE nº 163.231-SP, Rel. Maurício Correa) como primeira decisão sobre a matéria. Precedentes (Súmula nº 643 do STF e o entendimento do STJ, REsp 86.381). Entendimento fundado no 170, inc. III da Carta Estadual. A Medida Provisória nº 1984-18/2000. As diferentes questões em ações civis públicas que o M. P. tem ajuizado e já examinadas pelos tribunais.

A TEORIA DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA E O ABUSO DO DIREITO DE SÓCIO

Mônica Gusmão - Advogada, Professora da EMERJ e da EMATRA

265

Uma melhor sistematização da teoria da personalidade jurídica. ○ contrato de formação da sociedade não é suficiente para dar origem a uma nova pessoa jurídica e sim o seu regis-

tro. A desconstituição provisória da personalidade jurídica visa a poder-se atingir os bens particulares dos sócios quando se observa a fraude para se preservar direito de prejudicados. Não é o caso, pois de expressa previsão legal, como os do art. 50 do Código Civil, art. 18, da Lei 8.884/94 e outros. A jurisprudência a respeito inclusive do E. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. A possibilidade de o próprio sócio faltoso responder a ação diretamente pelo prejudicado. Os comentários de Tavares Borba ao art. 116, da Lei nº 6.404/76 e de Sergio Cavaliere Filho a respeito das recentes diretrizes do novo Código Civil.

ALGUMAS OBSERVAÇÕES QUANTO AOS REFLEXOS CÍVEIS DA LEI DOS JUIZADOS ESPECIAIS FEDERAIS (Lei Nº 10.259/2001) SOBRE A LEI Nº 9.099/95

272

Luis Felipe Salomão - Juiz de Direito do TJ/RJ. Professor da EMERJ e da ESA/RJ.

1. Introdução 2. Leis especiais e gerais. Formas de interpretação. 3. A competência dos Juizados Federais Cíveis. 4. A ampliação do limite para 60 salários vale também para os Juizados Estaduais? 5 – Aplicação do disposto no art.17 da Lei dos Juizados Federais (dispensa dos precatórios) também para o âmbito estadual. 6. Conclusão.

PODERES INSTRUTÓRIOS DO JUIZ

Denise de Mattos Martinez Geraci - Promotora de Justiça/RJ.

278

Joel Jovil - Procurador de Justiça/RJ.

O princípio acusatório que se observa na acusação pelo Ministério Público e defesa exercida pelo acusado. Desaparecimento do antigo sistema inquisitório. A dúvida sobre a persistência, ainda, do que dispõe o art. 156 do CPP sobre diligências que cabia ao Juiz determinar sobre ponto relevante, qual seja o da colheita de prova. A busca da verdade real pelo Juiz segundo a Jurisprudência (RHC 1330-RJ, RT 683/361 e STF ADI nº 1517/MC-UF, Pleno, DJ. 22.11.2002). A opinião decidida nesse sentido de José Carlos Barbosa Moreira (Ver. For. Vol., 344). O Juiz não é mero fiscal do ato processual. A opinião abalizada no mesmo sentido de Luiz Flávio Gomes (RT 1995, p.103-1114).

AMPLIAÇÃO DO CONCEITO DE INFRAÇÃO DE MENOR POTENCIAL OFENSIVO E A LEI n° 10.741/03 (ESTATUTO DO IDOSO)

287

Alexandre Couto Joppert - Promotor de Justiça no Estado do Rio de Janeiro, Professor de Direito Penal da UCM e do Curso de Pós-Graduação da Universidade Estácio de Sá.

A Lei n° 10.259/01 (Juizados Especiais Cíveis e Criminais no âmbito da Justiça Federal) e as alterações que resultaram na Lei n° 9.099/95. Ainda que tacitamente houve derrogação do art. 61 da Lei n° 9.099/95, bem como do art. 2° § único da Lei n° 10.259/01, segundo se vê do art. 94, da recente Lei n° 10.741/03. O princípio da retroatividade da pena mais benéfica.

O CARTÃO DE CRÉDITO E SUAS COMPLEXAS RELAÇÕES JURÍDICAS

292

Lilia Maria Leite Tambini Pinto – Advogada, ex-bancária.

A divulgação pelas administradoras e a comodidade das pessoas de realizar compras, inclusive com financiamento, com uso do cartão de crédito, provocou a grande procura por essa forma de utilização da moeda eletrônica. O sistema compreende três espécies de contratos: 1) administradoras e afiliados. 2) administradoras e instituição financeira. 3) Administradoras e usuário. A relação entre o usuário e a instituição financeira, que sempre entra em contacto para os primeiros atos do negócio. O usuário e o Banco. Conclusão.

Colabolaram

- Alexandre Couto Joppert, 287
Antonio Pinto Monteiro, 165
Arnoldo Wald, 94
Christine da Luz, 24
Denise de Mattos Martinez Geraci, 278
Emerson Garcia, 203
Humberto Dalla Bernardina de Pinho, 246
J. Miguel Lobato Gómez, 19
Jessé Torres Pereira Junior, 63
José Carlos Barbosa Moreira, 52
José de Oliveira Ascensão, 72
José Roberto de Castro Neves, 179
Lilia Maria Leite Tambini Pinto, 292
Luis Felipe Salomão, 272
Luiz Edson Fachin, 115
Maria Cristina de Brito Lima, 133
Modesto Carvalhosa, 125
Mônica Gusmão, 265
Sylvio Capanema de Souza, 36



EMERJ

O Código Bicentenário

J. MIGUEL LOBATO GÓMEZ

Professor Titular de Direito Civil da Universidade de León (Espanha). Professor Visitante na Pós-Graduação em Direito da UFRGS (Brasil-RS).

“Trois choses sont nécessaires et dufissent à l’homme en société; Être maître de sa personne; Avoir des biens pour remplir ses besoins; Pouvoir disposer, pour son plus grand intérêt, de sa personne & de ses biens. Tous les droits civils se réduisent dona aux droits de liberté, de propriété & de contracter. Ainsi, les personnes, les propriétés & les conventions sont les trois objets de la legislation civile”. JEAN-JACQUES RÉGIS DE CAMBACÉRÈS, Relatório sobre o Código Civil em nome do Comitê de Legislação, o 23 frutidor, do anno II, da Republica Francesa (nove de setembro de 1794).

Faz duzentos anos, que começava uma nova primavera no continente europeu, quando veio à luz uma obra monumental que ainda guarda algumas das chaves mais significativas da cultura jurídica contemporânea.

Nos idos de 1804 (dia 30 do mês Ventoso), do ano XII do calendário republicano, que corresponde ao dia 21 de março de 1804 no nosso calendário, foi promulgado o Código Civil dos Franceses, chamado também de Code Napoleão. A Assembléia Constituinte já o tinha prometido nos inícios da Revolução, ao declarar solenemente o intuito de fazer “um Código de leis civis comuns a todo o reino”, e o primeiro Cônsul, Napoleão Bonaparte, com a ajuda de grandes juristas afins ao novo regime, deu o impulso final que precisava a empresa codificadora.

Foram três os intentos sucessivos de fazer um Código civil, encarnados nos projetos apresentados à Convenção por Cambacérès em 1793, 1794 e 1796, todos eles frustrados pelos avatares políticos da França revolucionária. Napoleão confiou a uma comissão governamental de quatro prestigiosos juristas (Tronchet, Bigot do Préameneu, Maleville e Portalis), a tarefa de refazer as propostas de Cambacérès e de redigir um projeto definitivo de Código civil. O resultado foi um texto jurídico articulado e uniforme, escrito com prosa clara, concisa e acessível que,

pela clareza de sua redação, foi, e continua sendo, um extraordinário meio de conhecimento e de democratização do direito.

O Código Napoleão, como fruto e herança da Revolução, nasceu associado ao culto da legalidade, em tanto que a lei se considerava o instrumento essencial para consagrar os novos direitos civis do cidadão, estabelecer a igualdade dos homens abolindo os privilégios pessoais estabelecidos pelo Antigo Regime, liberar a propriedade de todas as travas e vínculos feudais, garantir a liberdade contratual e, enfim, criar um Estado laico.

Sendo assim, o objetivo essencial do Código civil como instrumento jurídico foi desterrar o passado e instaurar uma nova sociedade civil, construir uma ordem nova para regular todas as relações importantes entre as pessoas, e entre estas e os bens, pôr fim aos antigos privilégios senhoriais e desmontar as caducas estruturas sociais e econômicas. Entretanto, seus idealizadores não buscavam uma ruptura total da tradição jurídica. Pelo contrário, o novo Código respondia à idéia de uma certa continuidade, à procura de uma síntese coerente das fórmulas tradicionais do *ancien droit*, das doutrinas dos grandes juristas franceses como Domat ou Pothier e dos logros e conquistas da Revolução. Destarte, criou um sistema jurídico harmoniosamente desenvolvido em torno do indivíduo, como membro da família e da sociedade, e apoiado em três pilares fundamentais: a propriedade, o contrato e a responsabilidade civil, que ainda hoje, passados dois séculos, conservam sua firmeza e sua força basilar da ordem social.

Contudo, o Code civil não é somente um marco monumental da história do Direito francês - fim da velha ordem jurídica e ponto de partida da nova - senão também um dos elementos culturais mais importantes da organização social contemporânea. Esse texto jurídico, muito reconhecido e celebrado desde sua promulgação, considera-se uma expressão das liberdades civis, um modelo de legislação moderna e um êxito indiscutível do ponto de vista técnico. As palavras de Napoleão, já caído em desgraça e banido na pequena ilha de Santa Helena, embora hiperbólicas, tinham algo de profético: "Minha verdadeira glória, não é ter ganhado quarenta batalhas. Waterloo apagará a lembrança de tantas vitórias. O que nada eclipsará, o que viverá eternamente, é meu Código".

Durante estes dois séculos não faltaram acerbas críticas, acirradas disputas, árduos debates e ardentes controvérsias sobre todos e

cada um dos institutos que influem na organização da vida das pessoas em sociedade. Desde o próprio conceito de personalidade até as idéias de matrimônio ou de família, desde o conceito de propriedade e das formas típicas de transmissão, o contrato e a herança, até a responsabilidade civil, foram objeto de contestação, crise e transformação. Porém, a despeito das profundas modificações que sofreram neste período as estruturas e as relações econômicas, apesar das revoluções, as guerras e as importantes mudanças políticas havidas até agora, embora as incessantes e profundas transformações sociais ocorridas no mundo, ainda hoje, tanto o vetusto e venerável Código civil francês, como aqueles que seguiram seu rastro, obviamente convenientemente renovado e adaptado às necessidades atuais, segue conservando sua vigência. Com certeza, em todos esses anos transcorridos, e para sobreviver até nossos dias, o articulado do velho Código civil francês foi objeto de contínuas adaptações, revisões e modificações, no entanto conserva intocada uma grande parte dos artigos originais.

Não foi casualidade que, além da vigência direta que o Código Napoleão teve em outros países, a codificação francesa chegasse a ter um grande reflexo na Europa, na América, na África e na Ásia. Seu sucesso se explica por causas tão variadas como a força das armas, a influência política, a sedução intelectual ou a própria ausência de outros modelos jurídicos mais idôneos. Por isso, este excepcional monumento legislativo, direta ou indiretamente, deixou profundo rastro em numerosos ordenamentos jurídicos que incorporaram literalmente o próprio Código francês, que assumiram seu espírito ou que aceitaram a própria idéia de codificação. Como duvidar disso quando no Brasil ainda ressonam os ecos da promulgação de um Código Civil novo? Alias, um Código civil, o primeiro deste milênio que começa, legítimo continuador e herdeiro da codificação civil napoleônica.

O Código Civil constituía um sistema coerente de liberdades civis, apoiado no direito de propriedade e na liberdade de contratação. Assim, continuaram as coisas por muito tempo. Entretanto, a sociedade atual esta passando, de forma acelerada nos últimos anos, de um direito estático e bem estruturado, construído par um legislador único sobre valores predeterminados, a um direito mais contingente e disperso, porém baseado sobre novos valores constitucionais surgidos em torno da dignidade humana. Portanto, na atual idade da decodificação e

apesar dos esforços da ciência jurídica para proteger sua coerência, os Códigos civis vigentes não podiam senão sofrer uma profunda evolução frente à aparição de novos direitos individuais e coletivos, de novos interesses e de novas exigências sociais.

Contudo, o Código civil francês de 1804, como os Códigos civis mais modernos, contém de vez a garantia dos direitos das pessoas, as regras básicas da ordem patrimonial, o estatuto das uniões matrimoniais e o suporte jurídico da família. Por isso, sua evolução retrata as transformações da sociedade, através do reconhecimento da igualdade dos sexos, da multiplicação das formas que tomam atualmente os casais, da promoção da família natural e das mudanças profundas produzidas nos direitos e deveres dos pais para com os filhos. Do mesmo modo, na interpretação do Código civil se refletem as modificações legais operadas no regime da propriedade, do contrato ou da responsabilidade civil, mas assim como cada cidadão tem intimamente presente, e muito claras, as idéias de propriedade, de herança, de contrato ou de responsabilidade por culpa, patentes no velho Código, ainda não se conseguiu entender bem, embora tenha ouvido falar apaixonada e insistentemente disso, em que consiste a função social desses direitos. Em definitiva, o que se constata com as tensões próprias desta evolução, não é outra coisa senão a dificuldade de levar à prática a velha divisa republicana: “Liberté, Egalité, Fraternité”, e de alcançar uma situação de equilíbrio verdadeiro entre os direitos individuais e os interesses coletivos.

Não cabe dúvida de que, como livro que simboliza os valores sobre os quais está construída a sociedade moderna, o Código Civil segue sendo para os juristas um texto de referência, depositário da memória jurídica. Sua persistência convida, ainda hoje, a redescobrir um monumento jurídico capaz de adaptar-se com notável êxito às transformações de nossa sociedade. Sua sobrevivência histórica é um convite para refletir sobre sua dimensão simbólica, sobre sua influência como modelo jurídico e sobre os valores fundamentais da civilização que encarna, pois o Código Civil sempre foi instrumento de afirmação de direitos e de valores aos quais numerosos países reconheceram caráter universal.

Como remarcou faz pouco o Presidente francês, Jacques Chirac, no discurso pronunciado em Paris por ocasião da comemoração do Bicentenário, o Código Civil não deve sua surpreendente longevidade somente à elegância de sua escritura e à clareza de seu plano. A deve

também à modernidade de seu espírito, já que o Código Civil contém, sobre tudo, valores: os valores em torno dos quais está construída a sociedade contemporânea e nos quais continua encontrando seu equilíbrio e sua homogeneidade. A liberdade e a igualdade, com certeza, mas também a vontade e a responsabilidade.

Uma coisa ensina o Código Civil às gerações presente e vindouras. As leis não devem representar exclusivamente legítimas decisões do poder; devem ser sábias, justas, razoáveis. Só assim serão verdadeiramente eficazes e seu espírito perdurará. ◆

Como o Código Civil Francês se Adaptou ao Longo do Tempo

CHRISTINE DA LUZ

Mestrado pela Universidade de Droit de LILLE. – Da Escola da Magistratura de BORDEAUX. Juíza de Família em Bourg en Bresse. Substituta de Procurador da República em GUINCAMP. Presidente do Tribunal d'Instance de LANNION.

I - INTRODUÇÃO

Estamos comemorando neste ano o Bicentenário do Código Civil.

Os Centenários ou Bicentenários são momentos para se lembrar e também se comparar.

Em 1804 a nação Francesa necessitou de um Código: Após as crises que abalaram o País, a França sentiu uma necessidade muito imperiosa de conhecer seus direitos e obrigações.

Na mesma noite em que ocorreu o golpe de Estado, após a queda de ROBESPIERRE, NAPOLEON BONAPARTE reclamou a CAMBACERES um projeto de Código Civil e a ordem foi dada pela Assembléia Constituinte a partir de 1790.

Após 3 tentativas, as manobras políticas fizeram com que a redação definitiva do projeto entrasse em vigor somente a partir de 13 agosto de 1800, com a ajuda de uma comissão composta por 4 grandes juristas :

- TRONCHET (présidente du Tribunal de Cassation),
- BIGOT DE PREAMENEAU (comissário do governo junto ao Tribunal de Cassation),
- PORTALIS (Advogado, grande jurista),
- MALLEVILLE (membro do Tribunal de cassation)

As duas primeiras pessoas representaram a tradição do País de costumes, as outras duas, a tradição do País dos Direitos escritos.

O texto, conhecido sob o nome de "Projeto do ano VIII ", foi terminado em quatro meses, ao preço de um trabalho obstinado.

Após consultação, ele foi submetido ao trabalho do Conselho de Estado, sob o controle de CAMBACERES, segundo Cònsul.

Enfim, no dia 21 de Março de 1804, a lei consagrou a adoção do Código Civil.

O Código Civil marca, incontestavelmente, uma transição remarcável pela grandeza de suas transformações.

Esta mudança foi fundamental, mesmo porque o espírito que reinou em torno do Código, consagrou a Laicidade como o princípio fundador de relações civis e repercutiram os princípios tirados da Revolução Francesa, na vida civil: Igualdade dos Direitos e Liberdades Individuais.

O Código Civil marca a pesquisa de uma referência comum para todos (chamada de “noção de Código-Acordo” em que se deveriam respeitar as tradições de Estado e também das relações entre a lei e os costumes).

A França vivia sob o império de 3 grandes tradições : costumeira, feudal e romana.

A partir desse momento, passou a existir somente um Direito para o mesmo povo, sem nenhuma diferença entre os homens ou entre as regiões.

O Código cobriu a idéia de Lei de aplicação geral e de Igualdade absoluta, abolindo assim todos os privilégios.

A proclamação de uma referência, não somente única, mas efetiva, tornou-se novidade: o Código ditou os direitos, já que antes as regras antigas exprimiam somente aquilo que era mais conveniente para fazer.

A forma adotada pelo Código foi sem dúvida uma novidade, permitindo assim uma leitura clara e lógica, acessível a todos como um modelo de expressão da língua.

O Código Civil vai assim permitir a volta da jurisprudência.

Os artigos IV e V do título preliminar, os quais proíbem os juízes de recusar um julgamento sob pretexto do silêncio, da obscuridade ou insuficiência da lei, são essenciais nos nossos dias.

A jurisprudência na França é uma fonte de direito. Isto é o trabalho do juiz.

A jurisprudência contribuiu na evolução do Código Civil de 1804. Este também evoluiu graças à contribuição das leis posteriores.

O objetivo deste trabalho consiste em apresentar a adaptação do Código Civil Francês através dos tempos, dando assim uma imagem do estado do direito em 1804 (primeira parte) e também das transformações ocorridas posteriormente (segunda parte).

ESTADO DO DIREITO EM 1804

O Código Civil se divide em 3 livros desiguais intitulados:

- DAS PESSOAS (artigos 1º até 515);
- DOS BENS E DAS DIFERENTES MODIFICAÇÕES DA PROPRIEDADE (artigos 516 até 710);
- DAS DIFERENTES MANEIRAS DE ADQUIRIR A PROPRIEDADE (artigos 711 até 2281).

O Código Civil de 1804 constitui um sistema centrado na propriedade e na família. Doravante, a lei passou a cercar o indivíduo desde seu nascimento até a sua morte através do sistema de estado civil laico.

O primeiro título do primeiro livro do Código Civil começa com o estabelecimento da distinção fundamental entre os direitos civis, definidos pelo Código, e os direitos políticos submetidos às leis constitucionais.

Uma vez que os modos de aquisição da nacionalidade francesa são fixos, o Código Civil de 1804 opera em **discriminação entre direitos civis dos nacionais e dos estrangeiros**. O artigo 8 diz : “Todos os franceses gozarão dos direitos cívicos”.

Todos os indivíduos nascidos de um pai ou mãe francês, na França ou fora, poderão aproveitar desta outorga dos direitos cívicos (artigo 10).

A nacionalidade francesa se transmite através dos laços familiares e, sobretudo, de acordo com a nacionalidade do pai (a esposa segue a nacionalidade do esposo).

O indivíduo que nasce no território francês e é filho de pais estrangeiros, deverá esperar sua maioridade para poder pedir a nacionalidade francesa, desde que tenha o domicílio no território nacional.

Os direitos civis podem ser perdidos com a nacionalidade francesa. Um exemplo seria “a morte civil”, que é a consequência de certas condenações penais (trabalho forçado à perpétua, deportação, condenados a morte por contumácia). A morte civil retira a propriedade dos bens do condenado e rompe seu casamento.

O título 2 do primeiro livro do Código Civil descreve o sistema de estado civil laico. Os registros de nascimentos, de casamentos e de óbitos são administrados pelos prefeitos. A função do estado civil era de conservar e distinguir as famílias, sob controle do Estado.

Cada indivíduo deveria declarar seu **domicílio** a fim de garantir e assegurar a ordem social do País e também para facilitar as citações na justiça. O domicílio fixo era livre, com exceção daqueles que não

tinham uma livre disposição de sua própria pessoa, como: os menores, as mulheres casadas e os maiores sob tutela. Para estas pessoas, o domicílio obrigatório era o do pai, do marido ou do tutor.

O título 5 é dedicado ao **casamento**. Os redatores do Código criaram este título pensando em restituir ao casamento uma dignidade que até então teria sido perdida durante a Revolução Francesa. Para isso, eles acentuaram o formalismo do casamento.

Vários artigos foram atados prioritariamente com o objetivo de definir as condições e formas do casamento, tornando-se um contrato solene e civil. Havia uma idade matrimonial mínima e o casamento deveria ser celebrado no domicílio comum (administração pública) e perante o oficial do estado civil. Para isso era necessário ter duas publicações orais e quatro testemunhas.

Os artigos dedicados ao casamento asseguram **uma verdadeira superioridade do homem**. O artigo 213 diz que o marido deverá proteger sua esposa, e a esposa deve obediência ao seu marido. A esposa não poderia ter outro domicílio a não ser o do marido. Ela não poderia agir na justiça sem autorização do marido. Ela era considerada incapaz para comprar ou vender sem o aval do marido ou sem cosentimento escrito.

O **divórcio** era apenas tolerável. Ele foi construído principalmente sob a forma do divórcio com culpas, especialmente por causa de adultério e com uma desigualdade surpreendente entre o marido e a esposa. Enquanto o marido poderia evocar o adultério da sua esposa, esta poderia pedir também o divórcio contra seu marido adúltero unicamente quando ele tivesse uma concubina no domicílio comum. Existia também uma sanção penal contra a mulher adúltera.

O procedimento do divórcio era judicial, formalista e pesado. O contrário daquilo que existia antes, o divórcio tornou-se um drama solene e caro.

Com relação à **filiação**, o Código Civil deu ênfase ao princípio da presunção de paternidade, ou seja, a criança que fora concebida durante o casamento teria como pai, o marido. A gestação do bebê era definida pela lei entre 300 e 180 dias antes do nascimento.

Existia, porém, uma barreira entre a filiação legítima e a filiação natural. A filiação natural poderia ser estabelecida somente através um reconhecimento voluntário, realizado no momento da lavratura da certidão de nascimento, ou por uma certidão autêntica.

A filiação era proibida para as crianças incestuosas ou fruto de adultérios. A criança não poderia exercer ações de investigação de paternidade natural.

Os codificadores consagraram uma verdadeira **potência paterna** sabendo-se que a autoridade exercida sobre as crianças, durante sua menoridade, pertencia unicamente ao pai, durante o casamento. O pai seria o único a autorizar a criança a deixar sua casa e a pedir o encarceramento da criança. Durante o casamento, o pai seria o administrador dos bens pessoais de suas crianças menores.

O artigo 1387 anunciava o princípio da **liberdade das convenções matrimoniais**, mas sob a condição de que estas não atingiriam os direitos do marido. Os codificadores deram preferência aos regimes matrimoniais da comunidade. O regime dotal continuava existindo. A administração da comunidade pertencia exclusivamente ao marido que poderia vender os bens comuns. O marido exercia a administração dos bens pessoais da sua esposa.

Com relação às **sucessões**, a lei regrou a ordem de suceder sem considerar a natureza nem a origem dos bens. Entre filhos legítimos, a lei não estabeleceu nenhuma diferença fundada sobre sexo, primogenitura ou novos casamentos. Os filhos naturais não possuem a qualidade de herdeiros necessários (ou legítimos) e seus direitos sucessórios se reduziram, quando comparados com os dos filhos legítimos (os direitos da criança natural eram equivalentes a um terço daqueles conferidos à criança legítima).

As crianças, fruto de relações adúlteras e incestuosas, não tinham direitos sucessórios, podendo reclamar apenas uma pensão alimentícia.

Os livros 2 e 3 do Código Civil, unindo 1766 artigos sobre 2281, tratam dos **bens, das modificações da propriedade e das maneiras diferentes de aquisição**. Esta constatação é suficiente para demonstrar a posição central da propriedade no Código Napoleônico.

O livro 2 do Código Civil é sempre simbolizado pelo único artigo 544, tanto quanto um emblema do novo Código Civil. Este artigo diz que a propriedade é **“o do direito de gozar e de dispor das coisas, da maneira mais absoluta, com a condição de não fazer uso proibido pelas leis ou regulamentos.”**

A propriedade privada deve ceder perante a utilização pública e também deve respeitar as **servidões** ou serviços prediais.

O livro 2 do Código Civil se abre através um adágio do direito costumeiro : **“todos os bens são móveis ou imóveis”**. As definições das subdivisões entre imóveis por natureza, por destinação e por objeto no qual eles se aplicam, são totalmente inspiradas do antigo direito.

O livro 3, inteiramente consagrado às diferentes maneiras de adquirir uma propriedade do Código Civil, aborda a matéria abundante das **obrigações**.

Mesmo sem a noção da obrigação, o Código Civil toma emprestado do antigo direito a definição do contrato como uma **“convenção pela qual uma ou várias pessoas se obrigam a fazer, ou não, uma ou várias coisas”**.

Para validar uma convenção, 4 condições são necessárias: o consentimento das partes, a capacidade das partes, o objeto e a causa (esta última condição não necessita de ser exprimida dentro do contrato mas ela deverá existir, sem contrariar a ordem pública). A noção de ordem pública constitui o limite da liberdade contratual.

O consensualismo predomina no Código Civil, na medida em que somente um pequeno número de contratos é submetido às formas solenes.

Existem também contratos verbais, aprovados por testemunha ou por juramento.

Os efeitos dos contratos conduzem a este princípio de execução de honra dos compromissos subscritos.

A pessoa torna-se proprietária do bem comprado através do consentimento, sem a necessidade da tradição efetiva. Este tipo de obrigação é punida por perdas e danos, em caso de não execução. Os juízes podem moderar estas perdas e danos. Os contratos podem também incluir cláusulas penais.

Os redatores do Código Civil consagraram somente 17 artigos aos compromissos que se formam sem consentimento das partes (quase-contratos). O capítulo sobre delitos e quase-delitos começa com o famoso artigo 1382 (que não mudou até os nossos dias): **“quando uma pessoa comete um erro causando danos a outrem, esta pessoa deverá repará-la”**. A noção de culpa não está definida dentro do Código Civil, mesmo que o artigo 1383 aborde os termos negligência e imprudência.

O Código Civil tratou, em seguida, dos contratos especiais: a venda, a troca, o arrendamento, o contrato de sociedade, o empréstimo, o depósito, o mandato.

Mesmo com a execução de todos os contratos repousando sobre a confiança mútua, os codificadores criaram um sistema de **seguranças** e de precauções jurídicas para garantir os direitos dos credores (**cauções, fianças, privilégios, hipotecas**).

O edifício jurídico que acabo de descrever permaneceu quase **100 anos sem grandes mudanças**, somente alguns retoques muito pontuais como o da **Lei do 8 de Maio de 1816, que aboliu o divórcio**.

Durante toda esta época, os tribunais se limitaram a aplicação mecânica do Código Civil, mas, às vezes, com alguma liberdade. Os juízes do início do século 19, inspirados no direito antigo, citavam textos do direito romano e dos costumes, ao lado daqueles do Código Civil.

A partir dos anos 1880, o Código Civil sofreu um número crescente de transformações onde as mais importantes e profundas ocorreram após 1960.

A segunda parte deste trabalho será dedicada à evolução vertiginosa do Código Civil que se completa com o passar dos anos.

II – EVOLUÇÃO DO CÓDIGO CIVIL ATÉ O DIA DE HOJE

Nós acabamos de ver precedentemente que a personalidade jurídica era tratada de uma maneira bastante particular da sua privação com a instituição da **morte civil**, causando assim uma decadência total de direitos relacionados com algumas penas criminais. Isto foi ab-rogado em **1854**.

A inserção **do direito da nacionalidade** no Código Civil merece, por sua vez, alguns momentos de atenção: com efeito, depois de ter sido objeto da Lei de 10 de Agosto de 1927, exterior ao Código, e também de um código da nacionalidade, imposto pelo Decreto de 19 de Outubro de 1945, o direito da nacionalidade foi integrado no Código Civil pela Lei de 22 de Julho de 1993. Esta lei é muito importante porque ela consolida os laços entre direitos cívicos e cidadania, exprimidos no Código desde 1804.

A proteção dos **direitos e liberdades individuais** foi também um outro objetivo do Código de 1804. O primeiro título do Código Civil também foi recentemente completado por um conjunto muito rico de disposições protetoras da integridade pessoal:

- Primeiramente, a lei de 17 de Julho de 1970 introduziu, dentro do artigo 9 do Código Civil, o **direito de cada um com relação à sua vida privada**. Esta lei, que consagrou uma jurisprudência até então

emergente, previu um certo número de sanções penais para os casos mais graves.

- Em seguida, a **presunção de inocência**, que entrou no artigo 9-1 do Código Civil, por efeito da Lei de 24 de Agosto de 1993, posteriormente modificada pela de 15 de Junho de 2000.
- Foi, igualmente, o direito ao **respeito do corpo humano** o resultado das leis bioéticas de 29 de julho de 1994, sendo integrados no Código Civil os artigos de 16 até 16-13.

As transformações do Código Civil se tornaram mais conhecidas com **as regras relativas aos casais**. A evolução mais notável foi a da **igualdade dos esposos**. Foi, sem nenhuma dúvida, sobre este ponto que as modificações se tornaram bem visíveis. O Código de 1804 fez da esposa uma menor perpétua, obrigando-a a um dever de obediência ao marido, a obrigação de habitar com ele e de segui-lo por todos os lugares que ele julgava bons para residir, não tendo mais nenhum outro domicílio. Desde 1804, a história do direito de família é antes de tudo uma história da emancipação lenta e progressiva da esposa até chegar a uma igualdade perfeita no direito.

A promoção dos direitos da mulher começou com uma lei de **9 de Abril de 1881** sobre a **poupança**, e sobretudo a de **13 de Julho de 1907**, sobre o **salário livre da mulher casada**, permitindo assim, àquelas que trabalhavam, a manutenção da família, a realização de economias e também a autonomia do marido.

A lei de **13 de Julho de 1965** consagrou a **liberdade profissional da mulher casada** da mesma forma que sua **autonomia bancária**. Todavia, a lei de **22 de Dezembro de 1985** **aboliu todas as desigualdades das gerências dos bens familiares**, ainda existentes.

A lei de **4 de Junho de 1970** **eliminou a noção de chefe de família** e de potência paterna do Código Civil pela **autoridade parental**. Por sua parte, o direito de correção paterna foi suprimido pela ordenança de 23 de Dezembro de 1958.

Foi na matéria de **divórcio** que o Código Civil teve sua mais importante evolução. Não podemos esquecer que o direito revolucionário já permitia o divórcio e até mesmo instaurou um divórcio por consentimento mútuo facilmente obtido. O Código Civil de 1804 conservou este divórcio por consentimento mútuo.

O divórcio foi suprimido pela lei de BONALD, de 8 de Maio de 1816, e só foi restabelecido através da **lei NAQUET, de 27 de Julho de 1884**, sob a forma de um divórcio com culpas.

Com o passar dos anos, se sucederam várias reformas do divórcio dentro do Código Civil. Foram **35 reformas entre 1884 e 2000**.

Uma lei de 15 de Dezembro de 1904 autorizou um segundo casamento do esposo adúltero com sua cúmplice, mas foi, sobretudo, a grande lei de **11 de Julho de 1975 que descriminou o adultério**. Esta lei autorizou de novo o divórcio por consentimento mútuo e criou também o divórcio por ruptura da vida comun (separação de fato há 6 anos). Assim foi realizada a consagração de **um verdadeiro direito ao divórcio**.

Além do divórcio, o Código se adaptou à **diversidade das formas jurídicas do casal**. Por exemplo, em 1804, principalmente sob a influência da igreja católica, não existia nenhuma disposição relativa ao concubinato.

Somente o casamento civil republicano era reconhecido e eventualmente seguido por um casamento religioso.

As primeiras reformas do Código Civil foram feitas no sentido de abrandar as regras formais do casamento. Com efeito, em 1804 já existia uma idade matrimonial bastante importante fixada em 25 anos para os homens e 21 anos para as mulheres, mas mesmo para pessoas com idades superiores a estas, ainda era necessário pedir o consentimento dos pais. A partir da lei de 21 de Junho de 1907 este consentimento foi suprimido e, desde então, permitido o livre casamento das pessoas maiores.

A união livre estava totalmente ausente do Código Civil, sendo considerada como imoral. Mesmo assim, com o passar do século vinte, houve uma série de discordâncias, muitas vezes de direito social, concedendo certos direitos aos concubinos nas seguintes áreas: seguranças sociais, abonos familiares, direito à concubina do locatário de permanecer na residência. No entanto, estes textos não estavam incorporados no Código Civil.

Foi preciso esperar a lei de 8 de Janeiro de 1993, para que dois pais, não casados, exercessem **em comun a autoridade parental ("Pátrio Poder")** sobre as crianças, com a condição de que eles vivessem juntos no momento do reconhecimento.

O movimento se acelerou em seguida, com a lei de 15 de Novembro de 1999, que criou o Pacto Civil de Solidariedade (PACS).

A criação do PACS e a inserção do concubinato no Código Civil tiveram por efeito legalizar as uniões homossexuais e então o reconhecimento deste fato.

O artigo 515-1 do Código Civil diz que o PACS é um contrato concluído por duas pessoas físicas maiores, de sexo diferente ou do mesmo sexo, com a finalidade de organizar uma vida comum.

O artigo 515-8 do Código Civil diz que o concubinato é uma união de fato, caracterizada por uma vida comum, apresentando um caráter de estabilidade e de continuidade, entre duas pessoas, de sexo diferente ou do mesmo sexo, que vivem como um casal.

- O Código Civil reconhece e organiza hoje 3 tipos de uniões :
- O casamento permanece a única estrutura que admite um homem e uma mulher, continuando a aplicação das disposições iniciais do Código Civil, relativas à presunção da paternidade do marido e à obrigação da educação das crianças.
- O Pacto Civil de Solidariedade é um contrato pelo qual se organiza uma estrutura patrimonial aberta aos casais homossexuais ou heterossexuais. Não existe nenhuma dimensão genealógica nem sucessória e seu conteúdo possui poucas obrigações pessoais, tendo como única consequência jurídica uma ajuda mútua e material, sem a obrigação de fidelidade.
- O concubinato, enfim, é definido como uma união de fato caracterizada pela vida comum. Ela não adota nenhuma consequência jurídica específica em direito civil da família. Não existe um regime jurídico dos bens dos concubinos.

Do ponto de vista dos **laços de paternidade**, a família legítima era a única reconhecida no Código de 1804. A filiação natural só era admitida se o pai natural reconhecesse voluntariamente a criança. A investigação de paternidade natural era proibida. Mesmo quando ela era estabelecida, a filiação natural concedia menos direitos do que a filiação legítima. Todavia, a lei de 16 de novembro de 1912 permitiu uma ação na procura da paternidade natural, dentro de um certo número limitado de casos (Rapto, violação etc.).

Foi finalmente com a descoberta do DNA que se encontrou a possibilidade de comparar as impressões genéticas da criança e do pre-

tendido pai, e que se permitiu a libertação total da investigação de paternidade pelo efeito da lei de 8 Janeiro de 1993.

Os costumes e os sistemas de valores mudaram com o passar dos anos. A discriminação da qual as crianças naturais eram vítimas tornou-se cada vez mais insuportável. A lei de 3 de Janeiro de 1972 proclamou o artigo 334 do Código Civil onde a criança natural tem os mesmos direitos e deveres que a criança legítima, nas relações com seus pais e mãe. Esta lei permite, enfim, o estabelecimento da filiação das crianças adulterinas; no entanto a igualdade não era total porque as adulterinas continuavam a ter unicamente o direito de herança limitada.

Foi necessário esperar as leis de 3 de dezembro de 2001 e a de 4 de março de 2002 para que o conceito de criança adulterina fosse suprimido.

Tratando-se dos **direitos patrimoniais**, nosso Código Civil também evoluiu com o passar dos anos, mas numa menor medida com relação ao direito da família.

A noção da **propriedade individual** permaneceu sendo a base fundamental do nosso direito patrimonial. Esta noção foi até mesmo estendida aos direitos intelectuais [propriedade literária e artística: lei de 14 de Julho de 1866, a propriedade industrial (a lei sobre as patentes de invenção em 1844, a lei sobre a proteção das marcas de fábrica em 1857...)].

Várias reformas empreendidas no fim do século 19 começaram proteger a propriedade mobiliária onde os redatores do Código Civil não as consideraram. O desenvolvimento econômico causado pelo liberalismo provocou também a necessidade de proteger o crédito imobiliário.

A propriedade perdeu, pouco a pouco, o caráter absoluto e soberano que havia no nascimento do Código Civil.

A evolução dos **contratos** sofreu as mesmas influências daquelas da propriedade. O progresso das idéias sociais conduziu o legislador a restringir por leis imperativas a liberdade contratual (por exemplo: entre patrões e assalariados, entre arrendatários e inquilinos, entre seguradores e segurados, entre compradores e vendedores). Em seguida o legislador concedeu vastos poderes de revisão dos contratos ao Juiz.

O progresso das idéias sociais provocou igualmente uma profunda modificação do sistema de responsabilidade civil instaurado pelo Código. Ao lado do sistema de responsabilidade por culpa, existe um sistema de responsabilidade objetiva.

III - CONCLUSÃO

Na França, o quadro formal do Código Civil de 1804, assim como uma grande maioria de artigos (mais de 1200 sobre os 2281 artigos primitivos), foram até hoje mantidos nas suas redações originais.

Apesar do desenvolvimento de legislações concorrentes e jurisprudências às vezes centrífugas, o Código Civil, modificado, mas não substituído, permanece sendo uma referência essencial para o direito privado.

A refundição acelerada do Código Civil durante os últimos 30 anos evitou um movimento maciço de decodificação, mas ficamos a perguntar se ela parou o processo de declínio de um texto, por uma grande parte sem modificação desde 1804.

A revisão de uma pequena parte do Código Civil arrisca a reduzi-lo a uma compilação de textos heterogêneos por suas datas, espírito e alcance.

Além disso, a legislação civil continuou a se desenvolver fora do Código Civil, como ilustram os exemplos da lei de 10 de Julho de 1965 sobre a co-propriedade, da lei de 5 de Julho de 1985 sobre a circulação ou de várias leis sobre os arrendamentos de habitação.

Bem mais, esta legislação prolífera deu nascimento a novas Codificações: o Código rural 1955, o Código de urbanismo 1973, o Código dos seguros 1976, o Código da construção e da habitação 1978, o Código da propriedade intelectual 1992, o Código da consumação 1993 etc.

Todavia, durante estes últimos anos, o legislador manifestou seu apego ao valor simbólico do Código Civil, revigorando o título I do livro I, doravante intitulado “**dos direitos cívicos**”.

A inserção de disposições recentes relativas ao respeito da vida privada, do corpo humano e aos princípios diretores do direito da nacionalidade dentro do Código Civil, deu a este Código seu caráter de texto de referência para o conjunto do direito civil.

A introdução do pacto civil de solidariedade, assim como a entrada da assinatura eletrônica, em 2000, dentro do direito da prova, mostraram o quanto o Código estava aberto ao modernismo.

A jurisprudência continua se fundindo sobre estes artigos mais gerais e os mais antigos, para resolver conflitos inéditos em matéria de direito civil e mesmo de direito do trabalho ou dos negócios. ♦

O Código Napoleão e sua Influência no Direito Brasileiro

SYLVIO CAPANEMA DE SOUZA

Desembargador do TJRJ. Professor da EMERJ

1º) Considerações preliminares

Endeusado por muitos, como o severo historiador Alberto Sorel, que por ele transbordava entusiasmo, e execrado por outros, como Guillemin, que o incluía no “rol dos grandes canalhas”, Napoleão Bonaparte cumpriu, estóica e orgulhosamente, sua sina de personagem carismática, a acender paixões e acirrar ódios.

Sua sombra, mais de duzentos anos depois, continua pairando sobre a história da humanidade, ampliada por juízos extremados, que ora o apresentam como o filho dileto da Revolução Francesa, cujos ideais encarnou, ora o acusam de tê-la traído, tal como César teria traído a liberdade.

Só em um ponto se conseguiu o consenso: mesmo os filósofos da história, que reconhecem a prevalência das forças coletivas e reduzem o valor do indivíduo, quedam-se perplexos diante de Napoleão, reconhecendo sua influência pessoal avassaladora, na história europeia e mundial.

Sempre houve algo de mágico a envolvê-lo. Os que tiveram a oportunidade de, no Hôtel des Invalides, em Paris, visitar o seu túmulo, esculpido em monolítico bloco de mármore vermelho, com a tampa lembrando uma grande onda, puderam perceber a atmosfera de respeito e de mistério, a veneração de seu povo, a encarnação perfeita de tudo que é mais francês, e que tanto admiramos.

Nosso propósito não é o de discorrer sobre sua figura humana, suas origens, desde a Córsega, onde nasceu, passando por sua atuação política, a partir da Revolução Francesa e as vitórias militares, dissecando as grandezas e fragilidades da alma humana.

O que importa, mais do que nunca, é avaliar, dois séculos depois, sua influência no processo de codificação do Direito, que tanto caracterizou o século XIX.

O Código de 1804, cujo bicentenário hoje se festeja, o primeiro monumento jurídico dos tempos modernos, inspiração permanente dos que se lhe seguiram, se deve a ele.

E quem o afirma, com o peso de sua autoridade, é Savatier, que resumiu o pensamento dos que o leram e conhecem a sua história: “Nós sabemos que o Código Civil merece o nome de Código Napoleão: Ele é a obra da vontade de um homem: Bonaparte.”

Na solidão dolorida de seu exílio em Santa Helena, mergulhado na depressão do abandono, consciente de seu fim próximo, Napoleão teria exclamado, premonitoriamente: “Minha verdadeira glória não foi ganhar quarenta batalhas. Waterloo apagará a lembrança de tantas vitórias. Mas o que nada apagará, o que viverá eternamente, é o meu Código Civil .”

E era assim que ele, orgulhosamente, o chamava: “o meu Código Civil”, com a certeza profética de que nele se imortalizaria, muito mais que por seus méritos militares e sua obra política e administrativa.

Nascido com o nome, mais democrático, de Código Civil dos Franceses, passou a se denominar, a partir de 1807, Código Napoleão, voltando, após o Congresso de Viena, em 1815, a ser conhecido, mais simplificada, como Código Civil.

Mas em todo o mundo, especialmente no Novo Mundo, os juristas se mantinham fiéis ao título personalista, até que, por um Decreto de 1852, se restabeleceu, por questão de elementar justiça, o nome oficial de Código Napoleão, em unânime homenagem ao seu idealizador e artífice.

Embora já investido de suas enormes responsabilidades, como 1º Cônsul, Bonaparte não se limitou, como muitos imaginam, a ordenar a elaboração de um Código Civil, que pudesse unificar o direito até então fragmentado dos franceses.

Das 102 sessões da Comissão de Legislação do Conselho de Estado, a quem encarregou de elaborar o Projeto, no espantoso prazo de seis meses, Napoleão presidiu 57, participando, ativamente das discussões e imprimindo o selo de sua personalidade.

Concluído o projeto, não nos seis meses concedidos, mas apenas em três, muitos dos seus acertos, e também de seus defeitos e imprecisões técnicas, se devem à influência direta de Napoleão, que se igualava, nos debates jurídicos, aos demais Conselheiros, muitas vezes lhes impondo sua opinião.

Estadista intuitivo, logo percebeu Napoleão que a variedade e instabilidade dos regimes jurídicos vigentes na França, enfraqueceria o Estado que já sonhava plasmar, com a energia de sua personalidade.

Dividida estava a França entre o país do direito costumeiro, ao norte, em que cada Província se regia por costume próprio, e o do direito escrito, ao sul, onde predominava o direito romano.

Misturavam-se, em verdadeiro cipoal legislativo, os antigos costumes germânicos, o direito romano, os dogmas do cristianismo e, ainda, as lembranças do direito feudal, marcadamente territorialista.

A Revolução buscou a unidade, fundada na idéia de igualdade civil. Como observou Saleilles, citado em magistral conferência do Des. Oscar Tenório, quando se comemorou o bi-centenário de nascimento do Corso, o Código Napoleão, fruto destas tendências, exprimia uma doutrina filosófica, política e jurídica. A primeira, fundada no princípio segundo o qual o homem tem, desde o nascimento, direitos inerentes a sua própria individualidade, direitos que derivam da natureza.

A segunda, política, consagra a democracia, com a prevalência da vontade coletiva, enquanto que a terceira, jurídica, é relativa à lei, sua aplicação temporal e territorial e seus métodos de interpretação.

A comissão, nomeada por Napoleão, já exprimia o desejo conciliador da unidade. Tronchet, Presidente da Cour de Cassation, antigo e respeitado processualista e Bigot de Préameneu, Comissário do Governo junto àquela Corte, representavam o Norte, onde imperava o direito costumeiro, enquanto Portalis, do Tribunal de Presas e Malleville, Juiz da Cour de Cassation lutavam pela prevalência do direito escrito, de inspiração romanística.

Era uma espécie de “reunião dos contrários”, como observou, com lucidez, Savatier, da qual emergiu o Código, promulgado em 21 de março de 1804.

No Discurso Preliminar sobre o Projeto, que embora assinado pelos quatro membros da Comissão, se atribui exclusivamente a Portalis, se afirmava que “o legislador não deve perder de vista que as leis são elaboradas para os homens, e não os homens para as leis e que estas devem ser adaptadas ao caráter, aos hábitos, à situação do povo, para o qual elas se destinam.”

Sobre a filosofia do Código Napoleão, duas correntes se formaram, sustentando uma, liderada por Duguit, que o seu caráter é pura-

mente individualista, repousando o seu sistema na concepção metafísica do direito subjetivo, enquanto que a outra, com Bonnacese à frente, sustenta que a filosofia do Código é experimental, fruto do meio social.

Mas é evidente que sendo Napoleão um filho da Revolução Francesa, o seu Código teria que refletir seus ideais, neles se inspirando.

Vinculado à declaração dos Direitos do Homem, todo o Código repousa numa concepção puramente individualista, o que influenciou todo o direito do Século XIX, inclusive o nosso.

Não é difícil perceber que, no plano jurídico, o Código refletiu o pensamento liberal consagrado na Revolução Francesa.

A obsessiva busca da proteção da liberdade e da propriedade individual, que iria se alcançar com a limitação do poder absoluto dos governantes, desaguou, como não poderia deixar de ser na exaltação da lei como o único instrumento capaz de limitar a liberdade das pessoas.

Surgia ali, arrimada na Declaração a certeza de que todos os homens eram iguais em direito, e que tanto inspirou os movimentos que marcaram o século XIX.

Por isto não poderia o Código abrigar, à época em que surgiu, as idéias sociais que mais tarde influenciaram o Direito, adotando a visão individualista e liberal, que emergiu da Revolução Francesa.

Mas com ele nasceu o pensamento codicista, que supervalorizou o poder dos Códigos, dando início a era positivista, superando-se o Direito Natural, que deixou de ser uma fonte direta de consulta.

Daí resulta a febre de codificação que varreu a Europa, no século XIX, espraiando-se pelas Américas, e da qual o de Napoleão foi uma espécie de “Código-modelo”, mas muito mais do que isso, uma permanente inspiração.

Floresceu em torno dele a Escola exegética, com Duverger, Troplong, Laurent, Huc, Baudry Lacantenerie, e que se cristalizou em sua obra prima, que é o Cours de Droit Civil Français, de Aubry et Rau, construído sobre o plano geral do livro de Zachariae.

O Código começava a estender os seus princípios, influenciando o direito europeu e chegando até a América, sendo adotado em Quebec, no Canadá, e no Estado da Luisiana, nos Estados Unidos.

Quase todos os países latino-americanos tomaram-no por modelo, como se percebe, sem maior esforço, nos Códigos da Argentina, Paraguai, México, Peru, Venezuela e Bolívia, onde foi por duas vezes promulgado.

Até mesmo no Chile penetrou, através da obra extraordinária de Andres Bello, o autor do Código Civil do Chile, de 1854, que primeiro consagrou o princípio da igualdade entre nacionais e estrangeiros, quanto ao gozo dos direitos civis, o que lhe atribui o honroso título de “O Codificador dos Andes”.

Não é o objetivo deste esboço apontar a influência do Código Napoleão no direito mundial, o que exigiria todo o tempo do evento, e até porque outros eminentes juristas já o fizeram com muito maior autoridade e brilho.

2º) A influência do Código Napoleão no Direito Brasileiro

No período pré-codificado, em que entre nós vigoravam ainda as Ordenações Filipinas, e mesmo no magistral Esboço de Teixeira de Freitas, não se pode dizer que o direito brasileiro gravitava, como tantos outros, em torno do Código Napoleão.

Muito ao contrário, Freitas criticava e se afastava da doutrina francesa, insurgindo-se contra a separação do Direito Comercial e o Direito Civil.

É de todos sabido que Teixeira de Freitas muito mais se afinava com as idéias de Savigny, seu grande inspirador, propugnando pela união do Direito Privado, no que se antecipou a Cesare Vivante, que só veio a defendê-la em 1892. Para o incomparável jurista do Império, e como leciona Caio Mário, a base de todo o Direito Civil é a distinção entre os Direitos Reais e os Direitos Pessoais.

Seduzido pela monumental obra de Savigny, que tanto criticava a doutrina francesa e o Código Napoleão, é compreensível que o Esboço dele tenha se afastado, na contramão dos demais países sul-americanos.

Mas, com a codificação de 1916, os rumos do direito brasileiro mudaram, como se verá.

A primeira influência, que logo se percebe, foi a dicotomia, com a separação do Direito Civil e o Direito Comercial. Preservou-se o vetusto Código Comercial, de 1850, afastando-se, assim, o sonho unificador de Teixeira de Freitas.

Neste particular, releva notar que o novo Código Civil o retoma, ainda que em parte, ao promover a unificação das obrigações civis e comerciais, como se percebe com a inclusão na Parte Especial, do Livro II, que versa sobre o Direito de Empresa.

A disciplina dos títulos de crédito, assim como o regime jurídico a que se submetem o empresário e as sociedades empresárias, passaram a se abrigar no Código Civil, derrogando-se a Primeira Parte do Código Comercial que ficou restrito ao direito marítimo.

Também adotou o Código Bevilacqua a técnica de estabelecer disposições introdutórias, versando sobre a aplicação temporal e territorial da norma jurídica, e que, mais tarde, se converteram na conhecida Lei de Introdução ao Código Civil.

É bem verdade que, por inspiração italiana, a introdução apresentava numeração distinta do restante do Código, o que já não ocorria com o Código Napoleão. Também, na sua topografia, Bevilacqua se afastou do modelo francês, organizando o Código com uma Parte Geral, composta por três Livros, envolvendo o regime jurídico das pessoas, dos bens e dos fatos jurídicos, e uma Parte Especial, dedicada ao Direito de Família, ao Direito das Coisas, Obrigações e Contratos e Sucessões.

Também é de todos sabido que, em certos aspectos, o Código Bevilacqua divergiu, frontalmente, da doutrina francesa, aproximando-se, muito mais, do Código Alemão.

Exemplo clássico é o da aquisição da propriedade por atos intervivos.

Enquanto que na concepção francesa o contrato de compra e venda tem o condão de transferir o domínio, o que se deve à influência direta e pessoal de Napoleão, que se insurgiu contra a opinião da Comissão, que se mantinha fiel à tradição romana, no direito brasileiro, e até hoje, a propriedade não se transmite só pelo consenso, exigindo um ato posterior, material e concreto, que é a tradição, sendo móveis as coisas, ou o registro do título aquisitivo, em se tratando de imóveis.

Não tem, assim, o negócio jurídico translativo de propriedade a natureza real, que lhe confere o Código Napoleão, incluindo-se no rol dos consensuais.

Quanto à doação, o Código Napoleão não lhe atribui natureza contratual, e, ao que se diz, também por inspiração de seu criador, que se insurgiu contra os ensinamentos de Pothier.

No direito francês se considera a doação um ato unilateral, que independe da vontade do donatário, equiparando-se ao testamento.

A única diferença que ali se faz é que os efeitos da doação se produzem ainda em vida do doador, enquanto que as disposições testamentárias só se tornam eficazes após a sua morte.

Essa orientação resulta claríssima pela simples leitura do Título XII, que dispõe sobre “as doações entre vivos e testamentos”, estabelecendo no artigo 893 que não se pode dispor de bens, a título gratuito, a não ser por doação entre vivos ou por testamento.

E o artigo 894 define a doação entre vivos como sendo um ato, e não um negócio bilateral, pelo qual o doador se despoja atual e irrevogavelmente da coisa doada, em favor do donatário, que a aceita.

No artigo seguinte, 895, se define o testamento, também como um ato pelo qual o testador dispõe, para após a sua morte, da totalidade ou parte de seus bens e que ele pode revogar.

Neste ponto nos afastamos da doutrina francesa, mantendo-nos fieis à tradição romano-germânica, que atribui à doação caráter contratual, incluindo-a no rol dos negócios jurídicos bilaterais, a depender, para o seu aperfeiçoamento, do consenso das vontades do doador e do donatário.

Outro ponto de nítida divergência se refere ao tratamento jurídico dos estrangeiros, o que se explica pelas realidades políticas diferentes. Enquanto Napoleão expandia os seus domínios, alargando as fronteiras do Império, vislumbrando nos estrangeiros um inimigo, se já não atual, provavelmente futuro, nós precisávamos deles, para povoar e modernizar o país.

Daí porque o artigo 11 do Código Napoleão adotou o princípio da reciprocidade diplomática, ao estabelecer, de maneira restritiva, que os estrangeiros gozarão, na França, dos mesmos direitos civis que, por tratado, forem concedidos aos franceses, em seus países de origem. Inúmeros eram os dispositivos restringindo, e muito, os direitos dos estrangeiros, o que confere ao Código Napoleão exacerbada conotação xenófoba, ultranacionalista, o que é perfeitamente compreensível.

Basta dizer que os artigos 726 e 912 negavam aos estrangeiros o direito de herdar e de dispor ou receber por testamento, o que só foi revogado pela Lei de 14 de julho de 1819, em que se criou o sistema de compensação, quando concorriam à herança herdeiros franceses e estrangeiros.

Neste caso, os herdeiros franceses teriam direito a uma compensação sobre os bens situados na França, de uma porção igual ao valor dos bens situados em país estrangeiro, e dos quais tivessem sido eles excluídos ou prejudicados, em virtude de leis locais, o que influenciou o parágrafo 1º do artigo 10 da nossa Lei de Introdução.

Muito ao contrário, consagrou o Código Bevilacqua o princípio da igualdade, entre nacionais e estrangeiros, no que concerne ao gozo dos direitos civis, incentivando a imigração, que nos era indispensável.

No que tange ao termo inicial da personalidade também o fixamos a partir do nascimento com vida, bastando, assim, a primeira troca oxo-carbônica, enquanto que o Código Napoleão ainda exigia a prova da viabilidade do nascituro.

Até agora estamos apontando pontos de divergência, mas para ressaltar que maiores são as afinidades, principalmente com o Código Bevilacqua, que seguiu o mesmo modelo individualista.

Quanto à aplicação temporal da norma jurídica, preservamos a regra consagrada no Código Napoleão, segundo a qual a lei dispõe para o futuro, não podendo ter efeitos retroativos.

E fomos mais além, inserindo a regra da irretroatividade não apenas na Introdução ao Código Civil, em seu artigo 6º, como ainda a convertendo em cânone constitucional, consagrando-a no rol das garantias individuais, como cláusula pétrea.

Assim sendo, enquanto no modelo francês o comando da irretroatividade se dirige apenas aos magistrados, entre nós ele também alcança os legisladores, aos quais se veda legislar, retroativamente.

Todas as nossas Constituições, desde a Imperial, de 1824, até a atual, com a lamentável exceção da Carta de 1937, consagraram, em seus textos, o princípio da irretroatividade da lei, como garantia individual, protegida como cláusula pétrea, em que pese, como se sabe, não se tratar de regra absoluta, admitindo mitigações, como nos conhecidos exemplos da lei penal mais benéfica e das normas de natureza puramente interpretativas.

Em notável artigo de doutrina, publicado na Revista de Direito Civil, o mestre de todos nós, o saudoso Professor Caio Mario da Silva Pereira, aponta inúmeras passagens do Código Bevilacqua, e que reproduzem, quase *ipsis litteris* análogos dispositivos do Código Napoleão.

A estrutura interna dos atos jurídicos, resumida no artigo 82 do Código de 1916 adota a mesma perspectiva do artigo 1108 do Código Napoleão, o que também se pode perceber, sem maior esforço, na discriminação dos vícios de consentimento.

O artigo 1109 alude ao erro, à coação e ao dolo, atribuindo-lhes as mesmas conseqüências previstas em nosso Código.

Já agora, com o advento do novo regime, em 2003, algumas importantes inovações ocorreram, com a adoção, por inspiração da doutrina italiana, da teoria da confiança e o surgimento dos novos vícios de consentimento, que são o estado de perigo e a lesão.

Um outro aspecto marcante do Código Napoleão, que se refletiu no nosso, diz respeito à propriedade.

Todo o arcabouço do direito de propriedade foi construído segundo a ótica da burguesia liberal, que saiu vitoriosa da Revolução Francesa, e que considerava imperioso destruir os antigos privilégios da riqueza, representada pela nobreza.

Considerou-se sagrado o direito de propriedade, como observa Savatier, porque ele era fruto da libertação da terra francesa em relação aos antigos senhores feudais e as congregações.

A propriedade perdeu sua estrutura privilegiada, e se tornou individual, acessível a qualquer pessoa do povo, e tratada igualmente pela lei.

No mesmo sentido caminhou o Código Bevilacqua, enfatizando os poderes que resultam do domínio.

No Código atual abrandou-se o conceito, restringindo-se o seu exercício, agora condicionado à função social, vedando-se sua utilização quando importar na poluição do meio ambiente ou na destruição dos valores culturais e artísticos da sociedade, também não se admitindo os atos que não tragam qualquer comodidade ou utilidade para o proprietário, e que visam causar dano ou prejuízo a terceiros.

No Direito de Família também encontramos grandes afinidades e algumas divergências.

Embora procurando alcançar os ideais de igualdade, emanados da Declaração dos Direitos do Homem, o Código Napoleão, refletindo os valores de sua época, organizou a família ainda consagrando o poder marital.

Mas foram enormes os avanços. Antes de Napoleão, os filhos, mesmo depois de alcançarem a maioridade, continuavam representados pelo chefe da família, e o casamento era indissolúvel, tratando-se os filhos adulterinos como estranhos à família.

O Código Napoleão reduziu as diferenças de direitos entre o marido e a mulher, libertando os filhos maiores da submissão jurídica aos pais, além de instituir a adoção e o divórcio consensual.

Os sistemas que vigoravam durante a Idade Média não lograram unificar os matrimônios germânico, canônico e civil. Aos poucos, en-

tretanto, o casamento canônico representava muito mais um sacramento, enquanto que o civil ia adquirindo nítida feição contratual, mas havia muita afinidade entre as duas formas, especialmente quanto às condições preliminares e suas conseqüências.

O Código Napoleão fez uma corajosa e decisiva opção pelo casamento civil, atribuindo-lhe a natureza contratual, enfraquecendo a influência da Igreja.

No momento em que se vislumbra, no casamento, a existência de um contrato, era imperiosa a adoção do divórcio, como forma de extingui-lo, pelo distrato, rompendo-se, assim, a tradição canônica da indissolubilidade do vínculo matrimonial, o que abriu as portas para a visão moderna do Direito de Família.

Quanto ao regime de bens, o Código Napoleão teve que escolher entre o regime da comunhão, que prevalecia ao norte, na região do direito costumeiro, e o dotal, que imperava no sul, país do direito escrito.

Fiel à sua vocação popularizante, de reação contra a nobreza, adotou o Código o regime da comunhão, preferido pelo povo, afastando-se do regime dotal, de índole aristocrática, mais praticado pelos nobres. Cumpria, mais uma vez, o Código Napoleão o seu papel de apressar a decomposição da nobreza, introduzindo instituições mais democráticas e igualitárias.

A comunhão de bens passou a ser o regime legal, em que pese sua origem germânica, unificando o patrimônio familiar.

A visão de Bevilacqua era a mesma, a não ser quanto ao divórcio, certamente pela influência da tradicional moral cristã, mantendo-se a indissolubilidade do vínculo matrimonial, o que só veio a ser modificado em 1977.

Ressalte-se que o Código Bevilacqua também adotou o regime da comunhão universal, como sendo o legal, exatamente como o francês, o que prevaleceu até o advento da Lei do Divórcio, que preferiu o da comunhão parcial, que se respeita no novo Código.

Manteve-se, como uma simples opção, o regime dotal, o que, entretanto, não foi recepcionado pela sociedade brasileira, a tal ponto colocado em desuso, que o novo Código Civil, finalmente, o aboliu.

Vale a pena lembrar que pelo Código de 1916 a mulher casada se incluía no rol dos relativamente incapazes, na constrangedora companhia dos silvícolas e dos pródigos.

Não porque se vislumbrasse nela um desenvolvimento mental incompleto ou distorcido, e sim para submetê-la, quanto ao exercício dos direitos civis, à assistência do marido. Tratava-se, na verdade, de uma hipótese de ilegitimidade, e não de incapacidade relativa.

Alcançou o Código Napoleão, na época em que surgiu, um razoável equilíbrio, no que tange à estrutura da família, libertando-a do modelo feudal, de poder absoluto do marido, embora não lograsse alcançar o ideal revolucionário da igualdade.

Mais uma vez o Código de 2002 se afasta, ao consolidar o princípio da absoluta igualdade de direitos entre os cônjuges, ao estabelecer que o poder familiar será por eles exercido em conjunto.

Outro ponto de contacto diz respeito ao regime de bens do casamento, tornado irrevogável, em ambos os sistemas, salvo por imposição legal, o que já não mais prevalece no Código de 2003, que admite a modificação, desde que haja acordo dos cônjuges e sem prejuízo de terceiro, e não se tratando de regime obrigatório.

Em sua minuciosa comparação entre os dois Códigos, Caio Mario aponta identidades impressionantes na doutrina da filiação legítima, com a adoção da regra *pater is est quem nuptiae demonstrant*.

Nem se pode esquecer, no campo do direito sucessório, a adoção do *droit de saisine*, que até hoje se adota.

Rompendo a tradição romana, segundo a qual a propriedade da herança se transferia aos herdeiros com a partilha, o Código Napoleão consagrou a regra da aquisição da propriedade e da posse dos bens da herança, no momento do óbito.

Surgia, no direito moderno, a ficção de que a herança era transmitida pelo seu próprio autor.

É exatamente isto que estabelecia o artigo 1572 do Código de 1916, e que se reproduz no artigo 1784 do atual.

A ordem de vocação hereditária e o princípio da igualdade entre os herdeiros são adotados tanto no Código Napoleão, quanto no nosso, afastando-se o injusto sistema anglo-saxão, que privilegia o primogênito.

Igual similitude se observa no que concerne à sucessão testamentária, especialmente quanto às diversas formas de que se pode revestir o ato de disposição de vontade, visando a partilha dos bens, após a morte.

No importante campo da responsabilidade civil o Código Napoleão nos serviu de indiscutível modelo.

A regra moral elementar, consubstanciada no princípio “neminem laedere”, foi consagrada no artigo 1382 do Código francês, assim como a sanção, diante da violação, funcionando, assim, como uma regra geral, já consagrada desde os canonistas.

Preocupou-se o Código com a organização técnica da responsabilidade civil, para sancionar o dever moral e determinar a regra de conduta.

Mas é imperioso observar que o legislador não logrou chegar a resultados precisos, deixando ao Juiz a tarefa sempre delicada de calcular o valor da indenização e adotando a culpa, como a palavra chave da responsabilidade civil, não lhe conferindo a precisão técnica dos termos jurídicos.

Isto influenciou todo o direito do século XIX, durante o qual os juristas jamais duvidaram de que a responsabilidade civil repousasse sobre a noção de culpa.

As regras constantes dos artigos 1382 a 1386 do Código Napoleão eram sempre explicadas pela idéia da culpa, observa, com nitidez, Georges Ripert, em sua monumental obra “A regra moral nas obrigações civis”.

A grande dificuldade do sistema era a prova da culpa, quase sempre diabólica, provocando a demora no julgamento das ações sobre responsabilidade civil, e quase transformando a impunidade do autor do dano em regra geral.

O artigo 159 do nosso Código anterior se abeberou no modelo napoleônico, prevalecendo a teoria subjetiva da culpa provada, para aferir a responsabilidade civil extracontratual, o que se mantém até hoje, ainda que de forma bastante atenuada, como se pode perceber pela leitura do parágrafo único do artigo 927.

No que se refere ao delicado e instigante tema do abuso de direito, a tipificar ato ilícito com o conseqüente dever de indenizar, o Código Napoleão, tal como o nosso, de 1916, não contem uma regra geral que o reprima, cabendo, tanto lá, como aqui, à doutrina e à construção pretoriana enfrentar a matéria.

Desde a obra de Domat, no século XVI se ensinava que o proprietário não pode introduzir em sua propriedade modificações que não lhe tragam utilidade e causam prejuízo à terceiros, porque assim o fazendo agiria com “uma malícia intolerável à equidade”.

O Código, entretanto, inspirado pelo forte individualismo emanado da Revolução Francesa, que se refletia, no campo jurídico, por um quase absoluto respeito aos direitos individuais, preferiu não adotar expressamente a regra.

No mesmo sentido seguiu o Código de 1916, influenciado pela doutrina de Demolombe e Planiol.

A corrente que se identificava com a tese do abuso de direito como ato ilícito tinha que se socorrer de uma interpretação à contrário senso do inciso I do artigo 160, do Código Bevilacqua, segundo o qual não constituiria ato ilícito o exercício regular de um direito legítimo, o que não se aplicaria ao que fosse irregular, ou abusivo.

Em extraordinário avanço, inspirado pelo paradigma da eticidade, o novo Código, com clareza solar, em seu artigo 187, equipara o abuso de direito ao ato ilícito, definindo-o como sendo aquele que ultrapassa a razão econômica e social do direito e as regras da boa-fé.

Mais adiante, ao aludir às conseqüências jurídicas do ato ilícito, no artigo 927, reitera o novo Código que o dever de indenizar recai sobre os ombros de quem o comete, fazendo expressa referência aos artigos 186 e 187.

No complexo e nervoso mundo dos contratos, o Código Napoleão levou ao apogeu os princípios da autonomia da vontade e da sua força obrigatória, refletindo, como não poderia deixar de ser, os ideais da Revolução Francesa.

Nele não se encontra, como conseqüência lógica, uma regra geral sobre a lesão, o que, em tese, fragilizaria a idéia guia, que era a da liberdade de contratar.

Conhecida é a máxima revolucionária, segundo a qual “tudo o que é contratual é justo, desde que as partes sejam livres para contratar”.

Portanto, não deveria o Estado intervir no “fundo do contrato”, cabendo-lhe, apenas, zelar para assegurar a liberdade dos contratantes, no momento do nascimento da avença.

Algumas concessões, entretanto, fez o Código francês, como se nota do artigo 1118, segundo o qual “a lesão não vicia as convenções senão em certos contratos ou com relação a certas pessoas”.

E no artigo 1674, estabelece que se o vendedor foi lesado em mais de sete doze avos do preço de um imóvel, tem direito a demandar a rescisão da compra e venda, ainda que no contrato tivesse renunciado a ela.

Também é silente, pelos mesmos motivos, o Código Bevilacqua, quanto à lesão, não a incluindo no restrito elenco dos vícios de consentimento, a ensejar a anulação do negócio jurídico.

Só agora, com o oportuno advento do Código Civil de 2002, chegou a lesão ao nosso direito positivo, como se percebe pela leitura do artigo 157.

Nele aparece a lesão como defeito de vontade, que se caracteriza quando alguém se aproveita da premente necessidade de outrem, ou de sua inexperiência, e lhe impõe uma prestação manifestamente desproporcional à contraprestação.

Antecede, portanto, a lesão, ao nascimento do contrato, que já nasce por ela maculado, o que se reflete no desequilíbrio das prestações recíprocas.

Igual influência e evolução se verifica na adoção da teoria da onerosidade excessiva ou da imprevisão, que não foi consagrada em caráter geral no Código Napoleão.

Como já se observou, o Código francês consagra, sem exceções, o princípio da força obrigatória dos contratos, em seu sempre citado artigo 1134, que tanto inspirou o nosso sistema.

Uma doutrina que mitiga esta regra não poderia encontrar guarida no Código Napoleão, e nos que o seguiram.

A cláusula *rebus sic stantibus* quase desapareceu, após o advento do Código francês, para que não se enfraquecesse a regra elementar do *pacta sunt servanda*.

Só muito mais tarde, com as comoções econômicas produzidas pela 1ª Grande Guerra, a doutrina revisionista dos contratos voltou a se insinuar, como, por exemplo, na conhecida Lei Faillot, de 1918, que permitiu aos juízes resolver ou modificar os contratos que tivessem sido celebrados antes da guerra, especialmente os de natureza agrária.

Também assim se orienta o nosso Código de 1916, silente, como o francês, quanto à onerosidade excessiva.

Coube à doutrina pátria, e, principalmente, à corajosa atuação dos juízes, adotá-la, temperando, em nome da equidade, o insuportável desequilíbrio do contrato, verificado por um fato superveniente e imprevisível, que rompesse, de maneira manifesta, a sua equação econômica.

E mais uma vez se verifica a notável evolução, representada pelo atual Código Civil, que, em seu artigo 478, inclui a onerosidade excessiva entre as causas de resolução do contrato, positivando o que a jurisprudência já consagrara.

É bem verdade que a longa hibernação legislativa a que foi submetido o Projeto, de quase trinta anos, impediu um avanço maior, que já se percebe no Código de Defesa do Consumidor.

Isto porque o artigo 478 alude, expressamente, a fatos extraordinários e imprevisíveis, como sendo os únicos ensejadores da revisão ou resolução do contrato, o que pode limitar a sua aplicação prática.

Por isto mesmo o Enunciado número 17, do Superior Tribunal de Justiça abranda o rigor formal do dispositivo, admitindo a resolução ou a modificação do contrato, ainda que por um fato previsível, mas cujos efeitos sejam imprevisíveis, ao homem de prudência normal.

3º) Conclusões

Embora surgindo em outro tempo, já exatos duzentos anos, o Código Napoleão resistiu, em sua essência, às brutais transformações econômicas e sociais que marcaram os séculos XIX e XX.

Isto só foi possível com as sucessivas modificações e revisões que se seguiram em seu texto original, mantendo-o razoavelmente atualizado.

Seu exacerbado individualismo e o apego aos princípios da autonomia da vontade e da defesa da propriedade privada, foram sendo abrandados, o que conferiu ao Código uma nova e necessária feição social, especialmente depois da 2ª Grande Guerra.

Mas ele resiste, tendo sido preservado como símbolo da cultura e da civilização francesa, uma espécie de inabalável monumento dedicado à preservação da dignidade do ser humano e um hino permanente em louvor da liberdade e da igualdade.

A comemoração de seus 200 anos não pertence apenas aos franceses, mas a toda humanidade.

Ele não foi apenas um modelo, para os Códigos do Século XIX. Conseguiu ser muito mais, na medida em que consagrou, para sempre, os valores da liberdade e a força da lei, como único poder a limitá-la.

Não se deve julgá-lo ou interpretá-lo apenas com os olhos de ler, ou pela ótica do nosso tempo. É preciso peregrinar pelas brumas do passado, para entender a sua importância histórica e o divisor de águas que ele representa.

Da fumaça e do grito da Revolução Francesa, do sangue jorrando da lâmina da guilhotina, dos versos combativos da Marselhesa, que até hoje nos levantam, nasce um novo tempo, a História Moderna, que

tem no Código Napoleão o seu modelo jurídico, alicerçado no permanente ideal da igualdade entre os seres humanos e na sua sagrada liberdade.

A data é de todos nós, dos que respiram a liberdade e a igualdade, como o oxigênio de nossas vidas.

A Escola da Magistratura do Rio de Janeiro se associa, em boa hora, às comemorações mundiais, fiel aos ideais que a criaram, de forjar os juízes com os mesmos valores éticos que inspiraram a Revolução.

E deste auditório, mergulhados no burburinho frenético da atual civilização cibernética, encontramos um momento, como se nos transportássemos para a solitária Santa Helena, para consolar o vencido, no lancinante abandono dos que são apeados do poder político, e garantir-lhe que sua premonição se confirmou.

Napoleão Bonaparte continua vivo, nas páginas de “seu Código Civil”, por ele imortalizado, muito mais que as batalhas que venceu, porque nada, em tempo algum, derrotará o ideal de liberdade que nele nos deixou. ◆

A Duração dos Processos: Alguns Dados Comparativos

JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA

Desembargador (aposentado) do TJ/RJ. Professor da Faculdade de Direito da UERJ

1. É generalizada a convicção de que os processos judiciais duram bem mais do que seria razoável. Infelizmente, no Brasil, não se pode ir muito além desse impreciso lugar-comum. Convém pôr de lado as exemplificações anedóticas, do tipo “Minha tia é parte num processo que se arrasta há mais de vinte anos”: de lamentações assim nada se extrai que abra caminho ao melhor conhecimento da situação, e ainda menos que sirva de indicação terapêutica. O diagnóstico precisaria basear-se em dados objetivos, colhidos na realidade do foro e tratados estatisticamente com boa metodologia.

Poucos são os que entre nós se interessam pelo assunto. As estatísticas judiciárias ou inexistem, ou não recebem a necessária divulgação, ou não se mostram confiáveis. Quem deseje obter dados sobre duração de processos e de recursos tem de contentar-se, ainda, com os ministrados por fontes nem sempre merecedoras de crédito.¹ Os resultados de qualquer pesquisa, nesse terreno, costumam ser fragmentários, quando não incoerentes, e portanto de escassa valia para fundamentar conclusões que aspirem à seriedade científica.

Fraquíssimo consolo proporciona o fato de que a deficiência não é exclusivamente brasileira. Com efeito, não é: mesmo em países do primeiro mundo nem sempre se descobrem estatísticas capazes de saciar o apetite dos interessados em formar idéia menos vaga da realidade. Em matéria de duração dos processos, é comum ver indicada uma suposta média, sem especificações. Não se fica sabendo ao certo em que área se colheu o dado; ora, é evidente que, caso se tenham levado

¹ Atente-se nas judiciosas observações de MONIZ DE ARAGÃO, "Estatística judiciária", in **Rev. For.**, v. 365, p. 7 e segs.

em conta, de cambulhada, as mais diversas espécies de pleitos, o resultado final pode ser bem pouco significativo.

2. Feita essa importante ressalva, cabe prevenir contra a tendência, algo masoquística, a supor que a mazela da demora excessiva é peculiar à Justiça brasileira, ou que o Brasil, no particular, ocupa posição ainda pior do que a que lhe toca em matéria de distribuição de renda. O problema, na verdade, é universal e multissecular. Em passado já longínquo, no início do século XIV, tornou-se necessária a intervenção do Papa Clemente V, a criar um procedimento sumário para determinadas causas, tão alto era o grau de insatisfação com a morosidade do processo.² Tenho assistido a dezenas de congressos internacionais sobre temas ligados à Justiça, e em praticamente nenhum deixei de ouvir queixas desse teor, oriundas de todos os quadrantes.

É claro que isso não nos fornece pretexto para nos conformarmos com a situação ruim. Mas pode dispensar-nos de somar ao das preocupações legítimas o peso de um complexo de inferioridade que, sem melhorar em nada o panorama, só faz mergulhar-nos no poço de uma improdutiva depressão.

3. Sem prejuízo da advertência feita de início, sobre a relatividade dos dados disponíveis, não será de todo inútil examinar alguns que se consegue coligir em fontes européias e norte-americanas, e que nos permitem formar uma idéia, se bem que aproximativa e generalíssima, da realidade. No velho continente, dentre os países pesquisados, mais confortável parece a situação na França e na Alemanha.

Naquela, o *Annuaire Statistique de la Justice*, com relação ao período 1995-1999, aponta uma duração média de 9,1 meses para as causas que se processam perante os *tribunaux de grande instance*,³ órgãos dotados, na primeira instância, de competência *comum*, isto é, competentes para todos os feitos que não sejam expressamente atribuídos a outro órgão. Número igual, com relação ao ano de 2001, vê-se em conferência pronunciada em dezembro de 2003, durante simpósio realizado em Florença, sobre as reformas do processo civil no plano do

² Sobre os antecedentes e a significação da famosa *Clementina Saepe*, v.g., ENGELMANN, in *A History of Continental Civil Procedure*, trad. de Wyness Millar, Nova Iorque, 1969, p. 494 e segs.

³ Fonte: *Annuaire Statistique de la Justice*, ed. 2001, in www.justice.gouv.fr/publicat/docfrann01.htm, consultada em 25.2.2004.

direito comparado, por ilustre professora da Universidade Jean Moulin, de Lyon.⁴

Pouco mais de 9 meses para o primeiro grau de jurisdição é marca que não soa mal a ouvidos brasileiros. Todavia, a mesma conferência supracitada informa que a França tem sofrido reiteradas condenações da Corte Européia de Direitos Humanos, sobretudo - embora não apenas - pela demora pouco razoável para chegar à sentença!⁵ Adite-se que a grande massa dos litígios entre os administrados e a Administração Pública compete, no ordenamento francês, aos chamados tribunais administrativos, que não integram a estrutura judiciária; e neles se afigura bem maior a duração dos processos: estatística mencionada em obra doutrinária de grande autoridade indica média de 20,2 meses na primeira instância.⁶ Ora, é sabido que, em nosso país, considerável percentagem dos pleitos se compõe de litígios entre particulares e entidades públicas; a essa luz, será o caso de redimensionar-se a vantagem atribuída à França.

Na Justiça civil alemã, os órgãos comuns de primeira instância são o *Amtsgericht* e o *Landgericht*, que dividem entre si a competência de acordo com vários critérios, entre eles o do valor da causa, consoante o qual se atribuem ao *Amtsgericht* as causas de valor até 5.000 euros, ao *Landgericht* as de valor superior.⁷ A crer-se em dados estatísticos atinentes ao período de 1998 a 2000, terminavam dentro de 1 ano 94% dos processos instaurados perante os *Amtsgerichte*, e entre 85% e 86% dos instaurados perante os *Landgerichte*.⁸ As tabelas consultadas não esclarecem se todos esses feitos receberam sentença depois de percorrer até o fim o itinerário comum, ou se aí também se

⁴ FERRAND, *The Respective Role of the Judge and the Parties in the Preparation of the Case in France*, nota 30 (texto ainda não publicado na data em que se escreve, e fornecido gentilmente pela autora, via internet).

⁵ *Id.*, *ibid.*, n° 7. De acordo com informação fidedigna, a Corte, se bem que não fixe prazos em termos rígidos, tem considerado razoável a duração de 3 anos para a primeira instância, de 2 anos para a segunda e de 18 meses para o procedimento perante o tribunal supremo (COLVIN - VIGORITI, "Transnational Civil Proceedings in Italy", in *Civil Justice Quarterly*, v. 23 (2004), p. 55).

⁶ VINCENT - GUINCHARD - MONTAGNIER - VARINARD, *Institutions judiciaires*, 7ª ed., Paris, 2003, p. 551.

⁷ *Gerichtsverfassungsgesetz* (Lei de Organização Judiciária), §§ 23, n° 1, e 71, 1ª parte Cf. MUSIELAK, *Grundkurs ZPO*, 6ª ed., Munique, 2002, p. 23.

⁸ Fonte: *Statistisches Jahrbuch 2002 für die Bundesrepublik Deutschland*, p. 342.

incluem os encerrados de outro modo, por exemplo mediante acordo das partes.

No extremo oposto do espectro, por assim dizer, situa-se a Itália - curioso paradoxo, a tomar-se em consideração o fato de que a doutrina italiana constitui um dos cumes da ciência processual, com profunda influência no mundo latino em geral e no Brasil em particular. Mas lá é crônica a lentidão dos processos. No relatório sobre a administração da Justiça, apresentado pelo Procurador-Geral junto à *Corte di Cassazione*, na inauguração do ano judiciário de 2003,⁹ lê-se que a preocupante situação configura “crise que existe e perdura já há muitos decênios”. Não destoam o relatório mais recente, datado da inauguração do ano judiciário de 2004: a Justiça italiana está “inegavelmente ainda em crise, sobretudo por causa de sua escassa eficiência e da excessiva duração dos processos”.

Reforma legislativa de 1991 introduziu juízo monocrático de primeiro grau (denominado *giudice di pace*); e os processos instaurados perante esse órgão - cuja competência, vale ressaltar, se limita quase exclusivamente às “pequenas causas” - duram bem menos que os atribuídos aos outros juízos de primeira instância. O ritmo dos restantes, porém, não dá sinais de ter experimentado melhora sensível,¹⁰ de modo que o panorama global permanece carregado de nuvens. À luz do relatório de 2003, a duração média dos pleitos, em primeiro grau de jurisdição, seria de 337 dias (quer dizer, pouco mais de 11 meses) no âmbito dos *giudici di pace*, mas triplicaria no dos *tribunali*; noutra passagem, fala-se de uma duração média superior a 3 anos. O relatório de 2004 informa que, nos processos de competência dos *tribunali*, ela decresceu de 953 dias para 879 dias, isto é, cerca de 2 anos e 5 meses; em compensação, houve ligeiro aumento no campo dos processos realizados perante o *giudice di pace*, onde aquela duração, em todo caso, continua inferior a 1 ano. Segundo fonte fidedigna, só em 2002

⁹ Agradeço ao ilustre colega e amigo SERGIO CHIARLONI, professor da Universidade de Turim, a gentileza da remessa do texto, via internet.

¹⁰ Em conferência de dezembro de 2003, pronunciada no mesmo simpósio acima referido, sob o título *Recent and Current Reforms of Civil Procedure in Italy*, averba TARUFFO que “the introduction of the justice of the peace had some impact upon the delay, but only in small claims cases” (devo também à cortesia do autor, professor da Universidade de Pavia, o conhecimento do texto, ainda não publicado na presente data, e transmitido via internet).

a Itália foi condenada pela Corte de Estrasburgo, por excesso de demora na prestação jurisdicional, nada menos de 289 vezes, muitas das quais em processos civis.¹¹

4. Merece exame em separado o caso da Inglaterra. Até alguns anos atrás, embora tida como de boa qualidade, a Justiça inglesa, no consenso dos especialistas, era lenta e muito cara. Eminentemente magistral, com característico toque de humor, comparou o processo civil ao jogo de *cricket*, para atribuir a ambos os qualificativos de “*slow and boring*”.¹² Com referência ao ano de 1990, fonte autorizada apontava uma distância média de 145,3 semanas (ou sejam, 2,78 anos) entre o começo e a extinção do processo, quer chegasse, quer não (como ocorria na maior parte dos casos), à sessão de julgamento (*trial*).¹³

De algum tempo para cá, o sistema começou a passar por modificações importantes. As reformas culminaram com a edição de um código de processo civil - novidade digna de nota em ordenamento tradicionalmente avesso à codificação -, cujas diretrizes discrepam em pontos capitais daquelas a que antes obedecia o direito inglês. A principal inovação consistiu em deslocar para o órgão judicial o controle do andamento do feito, antes deixado em larga medida nas mãos das partes, ou melhor, de seus advogados.¹⁴ Tais diretrizes inspiraram-se amplamente nos relatórios elaborados por ilustre magistrado, Lord Woolf, mediante designação do *Lord Chancellor*, acerca da situação da máquina judiciária inglesa. Sob a denominação de *Civil Procedure Rules*, o código entrou em vigor em abril de 1999 e, conforme depoimentos dignos de crédito, vem produzindo impacto benéfico na realidade forense inglesa, notadamente no que tange à demora dos processos.¹⁵

¹¹ O dado consta da conferência mencionada em a nota anterior.

¹² LIGHTMAN, "The Civil Justice System and Legal Profession - The Challenges Ahead", in **Civil Justice Quarterly**, v. 22 (2003), p. 236.

¹³ ZUCKERMAN, "Comparative Analysis of the Reform of Civil Procedure", relatório para o simpósio de Tóquio, de 1992, no volume **The International Symposium on Civil Justice in the Era of Globalization**, Tóquio, 1993, p. 168.

¹⁴ Vide, ao propósito, ANDREWS, **English Civil Procedure**, Oxford, 2003, p. 119/21; ZUCKERMAN, **Civil Procedure**, Londres, 2003, p. 1, 34, 352, 358, 360 (onde se cita o seguinte passo do relatório final de Lord Woolf: "Ultimate responsibility for the control of litigation must move from the litigants and their legal advisers to the court").

¹⁵ Cabe registrar que, no *Foreword* do Lord Chancellor às CPR, se aludia à "widespread public dissatisfaction with the delay, expense, complexity and uncertainty of pursuing cases through the civil courts". Não será mero acaso que a demora aparecesse em primeiro lugar na lista...

De acordo com estatística oficial, divulgada pelo *Department for Constitutional Affairs*, a duração média dos pleitos que se estendiam até o *trial*, no período anterior às CPR, havia atingido, em 1997, 639 dias (mais de 21 meses), ao passo que no biênio 2000-2001 caiu para 498 dias (cerca de 16 meses e meio). A mesma fonte informa que, após a entrada das CPR em vigor, 51% dos processos que chegaram até o *trial* duraram menos de um ano.¹⁶ Parece, assim, que a Inglaterra está saindo de uma posição desconfortável para aproximar-se, conquanto ainda à distância, dos países mais bem situados na Europa.

5. É oportuno abrir item específico para os Estados Unidos. De início, cumpre advertir que nesse país, além do sistema judiciário federal, existem nada menos de cinqüenta sistemas estaduais, com características nem sempre muito semelhantes. Reunir e comparar dados sobre todos eles seria tarefa ingente. Não surpreende que os estudiosos concentrem sua atenção, de hábito, na Justiça Federal. Mas isso inevitavelmente lança uma sombra no retrato que a respectiva análise oferece: com efeito, há Estados, como o de New York, cujo movimento forense ultrapassa de muito, só ele, o de todos os órgãos judiciários federais somados.¹⁷

Impregnados que estamos da idéia de uma onímoda eficiência em tudo quanto fazem os norte-americanos, inclinamo-nos em geral a estender essa imagem ao funcionamento do Judiciário. Os dados disponíveis, entretanto, a começar pelos que se colhem na literatura especializada, não confortam irrestritamente a suposição. Segundo informações coincidentes, em dois livros publicados há pouco mais de uma década, são necessários três a cinco anos para que o processo, em certos juízos, chegue ao *trial*.¹⁸ Em obra mais recente, lê-se que em muitos órgãos judiciais é mister esperar quatro ou cinco anos para que

¹⁶ Fonte: *Further Findings - A continuing evaluation of the Civil Justice Reforms - August 2002*, in www.dca.gov.uk/civil/reform/ffreform.htm, consultada em 25.2.2004.

¹⁷ Informação constante da conferência, pronunciada em dezembro de 2003 (sempre no mesmo simpósio a que acima se aludiu), por CHASE, Professor da *New York University*, sob o título *Reflections on Civil Procedure Reform in the United States: What Has Been Learned? What Has Been Accomplished?* (ainda não publicada nesta data, mas gentilmente transmitida pelo autor, via internet).

¹⁸ CARP - STIDHAM, *Judicial Process in America*, 2ª ed., Washington, 1993, p. 207; HAZARD - TARUFFO, *La giustizia civile negli Stati Uniti*, Bolonha, 1993, p. 259. Da segunda obra, escrita em co-autoria por um jurista norte-americano e outro italiano (que tem pesquisado e ensinado com freqüência nos Estados Unidos), há edição em inglês, publicada naquele país.

uma causa seja julgada, conquanto semelhante demora ocorra principalmente nos casos de julgamento por júri.¹⁹ A crer-se em estatísticas divulgadas, referentes à justiça federal, a duração média, nos feitos que vão até o *trial*, teria sido, em 2002, de 21,8 meses e, em 2003, de 22,5 meses.²⁰ Na mesma fonte colhe-se outro dado merecedor de atenção: vem girando em torno de 13% do total o número de processos que duram mais de 3 anos na primeira instância: 12,2% em 2000, 13,9% em 2001, 12,8% em 2002, 13 % em 2003.

Torna-se imprescindível uma ressalva: na prática, baixa é a percentagem dos pleitos que percorrem todo o itinerário previsto; grande parte deles extingue-se a meio caminho, principalmente por acordo das partes.²¹ Isso decerto explica o notável decréscimo da duração média, quando se leva em conta a totalidade dos feitos extintos, com *trial* ou sem ele: na estatística supramencionada, com relação ao ano de 2002, o número baixa de 21,8 meses para 8,7 meses e, quanto a 2003, de 22,5 meses para 9,3 meses. Justificada, ao que tudo indica, é a freqüente conjectura de que muito contribui para a tendência à solução consensual - nas várias modalidades do fenômeno conhecido como ADR (*Alternative Dispute Resolution*) - o desejo de evitar os inconvenientes do *trial*, entre os quais, sem dúvida, a demora.²²

6. Pareceria chegado o momento de oferecer dados concernentes ao direito brasileiro. Todavia, como já se registrou, sofremos de grande carência de estatísticas na matéria, e particularmente de estatísticas confiáveis. Acresce que em nosso país também coexistem numerosos sistemas judiciários estaduais com um federal, se bem que todos submetidos à mesma legislação, ao contrário do que ocorre nos Estados Unidos. De qualquer maneira, torna-se sumamente difícil chegar a conclusões de geral validade, e sobretudo quantificá-las. É notório, por exem-

¹⁹ FRIEDENTHAL - KANE - MILLER, **Civil Procedure**, 3ª ed., 1ª tiragem, St. Paul, 2001, p. 472.

²⁰ Fonte: *U.S. District Court - Judicial Caseload Profile*, in www.uscourts.gov/cgi-bin/cmsd2003.pl, consultada em 25.2.2004.

²¹ Cf. CARP - STIDHAM, ob. e lug. cit.: “most cases are settled without resort to a full-fledged trial”; HAZARD - TARUFFO, ob. cit., p. 122, onde se noticia que mais de 90% dos litígios recebem solução consensual antes do momento em que viriam a ser julgados.

²² Vide, por exemplo, CARP - STIDHAM, ob. cit., p. 208; FRIEDENTHAL - KANE - MILLER, ob. cit., p. 474; TEPLY - WHITTEN, **Civil Procedure**, 2ª ed., Nova Iorque, 2000, p. 16; NOLAN-HALEY, **Alternative Dispute Resolution**, St. Paul, 1992, p. 4.

plo, que no Rio de Janeiro a marcha dos processos, em primeiro grau de jurisdição, é muito mais lenta na Justiça federal que na estadual; seria arbitrária, contudo, sem dispor dos elementos necessários, qualquer tentativa de expressar numericamente o descompasso.

A Subsecretaria Judiciária do Tribunal de Justiça de nosso Estado mantém registro bastante minucioso de dados relativos ao número de feitos, à respectiva distribuição pelas várias comarcas e, dentro de cada qual, pelos diferentes órgãos, assim como ao movimento na segunda instância. À guisa de pequena amostra, sem maiores pretensões, mencionarei aqui o tempo médio de duração dos processos nas Varas Cíveis (que são os juízos de competência comum) da comarca da capital: no período de 2000-2002: ele teria sido de 410 dias, isto é, cerca de 13,7 meses. A marca não se afigura ruim, mesmo no confronto com a de alguns países do primeiro mundo; seria até brilhante, se comparada com a italiana... Mas é claro que na avaliação se impõem todas as reservas possíveis e imagináveis. Por outro lado, provavelmente variarão muito os números nas comarcas do interior do Estado, tão diversificadas em suas características, inclusive na intensidade do movimento forense.

7. Ocupei-me até aqui do procedimento de primeira instância. Em matéria de recursos, aumenta a dificuldade da análise, em razão da extrema diversidade entre os ordenamentos e, mesmo dentro de cada qual, entre os vários procedimentos recursais. No direito brasileiro, por exemplo, não tem sentido somar dados referentes ao agravo (recurso cabível contra as decisões não finais de primeiro grau) e à apelação (recurso cabível contra a sentença), tão grande é a diferença das respectivas características e, por conseguinte, o tempo presumivelmente necessário para o processamento e julgamento de um e de outra. Qualquer “média” que se apontasse careceria de significação.

Ademais, afiguram-se menos difundidos, à luz de minha parca experiência, os dados atinentes ao campo recursal. Eles são referidos aqui e ali, em regra com menor sistematização, e devem ser vistos como mais aleatórios. Em todo caso, das fontes consultadas emergem pontos interessantes. Por exemplo: segundo se informa na conferência da Professora FERRAND (nº 8), a duração média dos processos perante a *Cour de Cassation* - órgão de cúpula da Justiça francesa - foi, em 2001, de 24,8 meses, quer dizer, bem superior ao dobro da duração em primeira instância. O dado não deixa de ser curioso, se se tiver em mente que o número de feitos que chegam até a *Cour de Cassation* há de

representar pequena percentagem do total. Quanto à Itália, ainda na mesma conferência supracitada, noticia TARUFFO que a duração média total dos pleitos, em 1996, computadas a instância da apelação e a pendência na *Corte di Cassazione*, era de 116 meses (mais de 9 anos e meio) -, a maior da Europa, no dizer do autor. Não se distancia dessa estimativa a contida em artigo também recente: média de 10 anos.²³

Infelizmente não me foi possível localizar, sobre o assunto, estatísticas brasileiras abrangentes. As tabelas do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro contêm dados sobre a duração da pendência dos vários recursos, civis e criminais. Deixo aqui de lado a matéria criminal, para não exagerar na mistura, já inevitável em certa medida, de alhos com bugalhos. Focalizando o recurso civil por excelência, que é a apelação, verifica-se que o tempo médio entre a autuação e o julgamento teria sido, em 2001, de 182 dias; em 2002, de 171 dias - oscilando, pois, em torno de 6 meses. Os números não entusiasмам quem, como o palestrante, exerceu judicatura por 15 anos na 5ª Câmara Cível: durante esse tempo, uma apelação de curso normal, sem incidentes, raramente demorava mais de 2 meses naquele órgão, desde o recebimento dos autos até a publicação do acórdão. Talvez a diferença se explique em parte pelo fato de ser então menor o número de recursos; mas era também menor o número de Câmaras. A verdade é que a 5ª Câmara Cível quase sempre levava a palma às outras no que tange à rapidez - posso afirmá-lo sem jactância, por ser apenas um dentre cinco desembargadores, de sorte que o merecimento era coletivo.

Seja como for, é possível afirmar sem grande temor de erro que a situação do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, no particular, se apresenta bem mais confortável que a da maioria dos outros tribunais estaduais - inclusive, surpreendentemente, o de S. Paulo, onde, ao que se sabe, uma apelação costuma levar de 3 a 4 anos só para ser *distribuída* ao relator...

8. Como terá ficado evidente, esta palestra não pretendeu aprofundar o estudo do problema. Não me animei, na oportunidade, a investigar as causas da excessiva demora dos processos, nem a sugerir remédios para debelar o mal. Isso fica para outra vez, se ainda houver alguém disposto a ouvir-me. O que desejei, aqui e agora, foi simplesmente indicar o caminho para assentar as bases de um tratamento sério do assunto.

²³ COLVIN - VIGORITI, *trab. e lug. cit* (supra, nota 5).

Estou persuadido de que qualquer estratégia produtiva necessariamente partirá do diagnóstico tão exato quanto possível da situação atual. Para tanto precisamos de pesquisas empíricas bem conduzidas e de estatísticas feitas com adequada metodologia. Não podemos continuar a raciocinar em função de meras impressões - ou, se preferirem, de meros “palpites”. O impressionismo, já disse e repito, por mais saborosos frutos que haja produzido na arte, em direito constitui praga a ser combatida com o máximo vigor.

No entanto, para que se tenha uma idéia das dificuldades e frustrações a que se sujeita qualquer empreendimento tendente a suprir a carência, recordo episódio ocorrido há vários anos, quando ainda exercia a judicatura no Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Por sugestão minha, uma equipe de funcionários, sob a direção do Desembargador Felipe Miranda Rosa, que à condição de magistrado unia a de sociólogo, realizou pesquisa junto às Varas Cíveis da Comarca da Capital, com o modesto propósito de apurar a duração dos feitos de procedimento ordinário e do então chamado procedimento sumaríssimo (hoje, sumário), ao longo das diversas etapas do *iter* processual (da distribuição da inicial ao despacho que ordenava a citação, daí até a efetivação da diligência, no procedimento ordinário da resposta do réu até o “despacho saneador”, e assim por diante). Parecia-nos indispensável a coleta desses dados para identificar os pontos de estrangulamento, em que mais demorava o percurso. Pois bem: o primeiro obstáculo era a resistência dos cartórios à exibição dos autos de processos findos, para as necessárias anotações; temia-se que o projeto encobrisse a intenção de punir responsáveis pelo retardamento... Afinal, a muito custo, concluiu-se o levantamento e elaborou-se um relatório, ilustrado com as conhecidas figurações estatísticas. O Presidente do Tribunal mandou publicá-lo no *Diário Oficial*? o que, em última análise, era um modo de conservá-lo praticamente inédito... Mas tomaram-se outras providências no sentido de divulgar os resultados: arranjou-se uma entrevista para jornal de grande circulação, que a publicou em lugar de relevo, e enviaram-se cópias do texto a diferentes órgãos e instituições que se presumia terem interesse na matéria: outros tribunais, a Ordem dos Advogados do Brasil, o Instituto dos Advogados Brasileiros, associações de magistrados etc. A entrevista caiu no vazio: ninguém que a tenha lido se manifestou. E quanto aos destinatários das cópias, nenhum teve

sequer a gentileza de acusar o recebimento. Obviamente, teríamos preferido críticas severas a esse gelado silêncio. Costumo dizer que o trabalho teve repercussão comparável à de um tiro em massa de pastel...²⁴

É com satisfação que registro, para terminar, uma novidade auspiciosa. No Banco de Dados do Poder Judiciário, a que se tem acesso no site do Supremo Tribunal Federal, não constam, por enquanto, números relativos à duração de processos e recursos. Em data recente, porém, a Resolução nº 285, do Presidente da Corte,²⁵ instituiu um regime que dá nova sistemática à matéria e amplia o elenco de itens que devem ser armazenados no Banco. Entre eles, figuram os chamados “indicadores judiciários”, nos quais se incluem o “tempo médio para o julgamento final na instância, contado do recebimento do processo” e o “tempo médio da data do julgamento até a publicação da sentença ou acórdão”. Se e quando se implementar o programa, e caso atendidas as regras da boa técnica, teremos acendido uma luz nas trevas em que até agora vive mergulhado o assunto. Para quem, como o autor da palestra, tem batido com insistência nessa tecla, ao longo de décadas, é um consolo verificar que a cúpula do Poder Judiciário afinal despertou para a necessidade imperiosa de abandonar o regime de “vôo cego” por tanto tempo dominante. ◆

²⁴ Vide *Revista da EMERJ* nº 14, p. 162.

²⁵ Publicada no *Diário da Justiça da União*, de 24.3.2004, p. 1.

O Controle do Judiciário: Desconstrução e Reconstrução*

JESSÉ TORRES PEREIRA JUNIOR

Desembargador, Professor da Escola da Magistratura e Gerente do Fundo Especial do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro

A presença, em painel sobre o Controle do Judiciário, de quem gerencia a arrecadação das receitas próprias do Tribunal de Justiça fluminense, soou-me tão estranha quanto de certo que aos senhores estará surpreendendo. Transmitido e aceito o convite para participar deste encontro, mais pela honra e o prazer de desfrutar da ilustre companhia do que pela aptidão para enfrentar o desafio, deduzi as segundas intenções do convite. E à surpresa somou-se a apreensão. É que a gestão das receitas do Fundo Especial do Tribunal de Justiça coloca em confronto, desde que ultrapassados os limites da realidade institucional estadual, a finalidade de modernizar-se a estrutura judiciária brasileira e o método adequado para perseguir-la, considerado o cenário nacional. A tarefa é muitíssimo maior do que aquele designado para dela desincumbir-se. Mormente em poucos minutos. Sorte que a qualidade dos demais integrantes do painel garante a qualidade do conteúdo. Daí prevenir que minha intervenção terá o tom de acanhado testemunho, haurido da experiência de limitada gestão.

Do ponto de vista das ciências sociais, a do Direito incluída, qualquer processo de pesquisa tem início por uma operação de desconstrução-reconstrução do objeto, isto é, uma operação de ruptura com os termos por meio dos quais um problema é colocado, e com os quais uma realidade é apresentada ou descrita como resultante do senso comum ou do saber espontâneo. A seguir-se, passa-se à reconstrução dessa realidade segundo molduras conceituais que o saber haja estruturado em categorias tidas como cientificamente aceitáveis.

* Texto baseado em intervenção do autor em painel sobre o tema, realizado em Seminário sobre Controles, promovido pelo TJRJ aos 10.05.2004, de que foi expositor o Ministro Nelson Jobim, do Supremo Tribunal Federal, e debatedor o Advogado Nilo Batista.

Com o tema do controle não é diferente. Tem sido colocado, com exagerada dose de paixão pelas várias perspectivas sob as quais é analisado, como um *a priori* decorrente de afirmado consenso social: o controle é necessário porque o Judiciário não funciona a contento.

A idéia de impor-se controle sobre o que não funciona, ou o que funciona de modo insatisfatório, não deve levar a hostilidades. Nem de quem a suscita e sustenta, nem de quem a ela se oponha e rejeite. Pela singela razão de que é inerente à organização social. Questão central, que sempre preocupou e preocupa teóricos e reformadores sociais, é a de se saber por que e como a sociedade se mantém, a despeito do egoísmo individual e dos conflitos coletivos que sempre caracterizaram a presença do homem no planeta, desde a odisséia de Homero às guerras de Bush (com escusas a Homero pela precária comparação de “estilos”).

Para a maioria desses cientistas sociais, que se contam às centenas, debruçados sobre a questão desde fins do século XIX, a resposta repousa na idéia do controle social: a sociedade se mantém porque exerce sobre a conduta do indivíduo ou de grupos um controle que produz a sua ordem interna, ou que restabelece a ordem interna quando infringida (v. *Dicionário Enciclopédico de Teoria e de Sociologia do Direito*, págs. 160 e seguintes. Ed. Renovar, 1999). O chamado controle social é reconhecido como aquele que protege a sociedade contra os desmandos do indivíduo ou de grupos. Logo, nada mais previsível e conforme à dinâmica social do que se cogitar de instrumentos de controle quando a sociedade se percebe desprotegida ou ameaçada.

O cenário do cotidiano clama pelo atávico apelo ao controle social. E não apenas sobre o Judiciário, que é, a seu turno, um dos mais antigos instrumentos de controle social. A realidade da desproteção, denunciada pela instantaneidade dos meios de comunicação, tem tornado tão mais agudas e disseminadas as já por si inaceitáveis desigualdades e discriminações entre seres humanos, que o apelo por controles mais efetivos dirige-se a todos os Poderes constituídos do Estado. E já há quem pondere que os Estados nacionais perderam a capacidade de serem soberanos no mundo dominado pela globalização.

Por isto que a idéia de controle social sobre o Judiciário, tanto quanto sobre o Executivo e o Legislativo, encaixa-se no momento histórico e não pode ser tratada como um malicioso exercício de intriga entre os Poderes ou entre pessoas de má-fé, conquanto não se possa

afastar, como inevitável na natureza humana, a presença de oportunistas e oportunistas. Existem mazelas pulverizadas pelo aparato estatal e no corpo social, sendo desnecessário qualquer dado estatístico para demonstrá-las tal a sua explicitação no dia-a-dia. E o controle social é uma das soluções inerentes.

É o próprio Estado que se encontra em xeque, bem como a capacidade da sociedade para reestruturá-lo. Reestruturação que a muitos não parece interessar. Os mais assíduos “clientes” do Judiciário (agentes empresariais e entidades governamentais de atuação direta ou mediante concessão ou permissão de serviços públicos, ao que demonstram as estatísticas) têm manejado o tempo de processamento judicial como tática que os livra da satisfação pronta de direitos, que sabem devidos, inclusive pela reiteração das decisões pretorianas que os reconhecem em inúmeros precedentes de idêntico teor.

No segmento do controle sobre o Judiciário, talvez se aninhem dificuldades especiais, devidas à complexidade de sua missão e da obsolescência dos métodos, dos procedimentos e das técnicas utilizados em seus processos de trabalho. Não é à toa que a reforma do Judiciário tramita há doze anos pelo Congresso Nacional, provocando antagonismos, alguns inconciliáveis. Recorde-se de que, na década de 1970, emenda constitucional criou o mesmo Conselho Nacional de Justiça que se quer, agora, instituir como inovação exigida pela ordem democrática. Curiosa ironia histórica, posto que o anterior Conselho decorreu de reforma patrocinada por governo ditatorial. O que confirma que o tema do controle não se presta a servir de traço distintivo entre democratas e não democratas.

A desconstrução do problema leva, nesse primeiro nível de aproximação, à recusa do rótulo “controle externo”, inadequado porque vazio de sentido, lato ou específico, tampouco como dele faz uso a Constituição para identificar o controle parlamentar das funções administrativas dos poderes públicos por intermédio dos Tribunais de Contas (artigos 70 e segs.). O que se almeja é a efetividade do controle social sobre os Poderes do Estado, incluindo o Judiciário, e de modo a fazê-los mais operantes em favor da sociedade, ao invés de contidos pelos seus próprios dilemas e perplexidades.

Passa-se, assim, ao nível seguinte do problema: a solução esgota-se no controle social ou este seria o estimulador da reforma de estru-

tura e de processos de trabalho do Judiciário? A partir daqui, presto depoimento como testemunha, ou seja, falo sobre fatos de minha ciência pessoal, na qualidade de gestor do Fundo Especial do Tribunal de Justiça deste Estado.

○ Poder Judiciário dos sonhos de todos nós, jurisdicionados e prestadores da tutela jurisdicional, não pode ser o que se estrutura e se administra como ao tempo dos tribunais da relação ou da velha república, quiçá ainda nas novas e novíssimas repúblicas. O Judiciário apto a acudir à sede de justiça, que marca os homens desde os tempos bíblicos, deve optar pela modernidade da gestão, talvez escolhendo, como o Judiciário fluminense vem implementando, o modelo organizacional conhecido como “linha de frente-retaguarda”, segundo o qual se fortalece a gestão das atividades-meio (planejamento, tecnologia da informação, logística, controle interno das despesas de qualquer natureza, democratização e disseminação do conhecimento gerado pelas atividades judiciais), para que se assegure fluência e presteza na entrega da tutela jurisdicional, de modo cada vez mais descentralizado e próximo dos jurisdicionados, tanto quanto visível pela população.

Assim o digo porque as receitas arrecadadas pelo Fundo Especial do Tribunal de Justiça, criado por lei de 1996, têm sido suficientes para manter-se o custeio e investir-se, em todas as 91 Comarcas do Estado, na informatização dos serviços, administrativos e judiciais; na edificação de foros regionais; na instalação de multiplicados juizados de atendimento gratuito a causas de valor inferior a 40 salários mínimos; em programas especiais de atendimento a populações interioranas, situadas a maior distância dos foros; na construção de um padrão universal de gestão ISO (normas rigorosamente técnicas, despidas de qualquer conotação política ou ideológica) também para os trabalhos de Câmaras, Juízos e Serventias; na formação e no treinamento de magistrados e servidores, sem cuja atuação apropriada nenhum modelo de gestão assegura desempenho adequado à missão de distribuir justiça. Tudo amparado em ferramentas de controle de custos e resultando em elevação da produtividade. Vale dizer, com razoável grau de eficiência e eficácia. Ou seja: é perfeitamente possível nutrir o sonho e fazer acontecer um Judiciário renovado em suas práticas de gestão administrativa e judiciária, por vontade e movimento do próprio Judiciário.

A questão seguinte: um Conselho Nacional de Justiça seria o instrumento de controle social necessário e apto para impulsionar o movimento reformador das práticas judiciárias, em todo o País? Atrevo-me a ultrapassar, por instantes, o limite do relato testemunhal e formular juízo de valor. A resposta será sim ou não conforme a natureza da missão que se lhe atribua e a qualificação de seus membros para cumpri-la. O que também não constitui novidade conspiratória, em matéria de gestão por objetivos.

Um Conselho Nacional de Justiça será necessário se corresponder à percepção que a sociedade tenha da quadra histórica, independentemente do que possam entender os operadores do direito, magistrados incluídos. Cuida-se de opção macropolítica e, não, nesse patamar, de opção jurídica. Mas não será a resposta por que anseia a sociedade insegura se se amesquinhar o seu foco, direcionando-o apenas para a persecução de faltosos a seus deveres funcionais. Sem embargo de justificar-se a intervenção do Conselho em casos de comprovada omissão das autoridades judiciárias originariamente competentes para a apuração de vícios denunciados com base em veementes indícios, o que só se pode admitir como fato excepcional, merecedor, por isto mesmo, de intervenção. No Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, sequer como fato episódico ou excepcional seria possível vislumbrar a necessidade de uma tal intervenção; é da tradição deste Tribunal a apuração de qualquer comportamento que sugira lesão à moralidade administrativa ou jurisdicional, com a conseqüente responsabilização, se, observado o devido processo legal, confirmar-se o desvio funcional.

Imagine-se a ineficiência, como instrumento reformador, de um Conselho que se transformasse em um grande cartório nacional de processamento de queixas e reclamações, fundadas ou não, contra decisões judiciais proferidas em qualquer das milhares de comarcas brasileiras. Seria como se o Conselho concentrasse o seu ângulo de observação no atraso com que se prolatasse a decisão de um processo em curso perante o Juízo de minúscula cidade, ao invés de indagar por que fora elevada à categoria de Comarca, com todos os custos de manter-se a estrutura de um foro judicial (serventuários, juiz, promotor, defensor e respectivas instalações e materiais), região que, por sua rala densidade de conflitos, poderia ser atendida de modo diverso. Em outras palavras, trocar-se-ia o essencial pelo acidental, o substancial pelo ins-

trumental. E se a demora ou imperfeição se desse na entrega da prestação jurisdicional em processo envolvente de vultosos interesses e de grande repercussão, isto justificaria, por si só, a intervenção do Conselho, a desautorizar o Tribunal competente, a requerimento dos titulares de interesses contrariados? Seria esse o caminho para prestigiar-se a independência que o Judiciário deve ter, como garante das liberdades e da paz social?

Curial que essa vertente de atuação em nada contribuiria para a reforma do Judiciário em busca de eficiência e eficácia. Ao contrário, replicaria custos, ineficiências e, provavelmente, mais processos para agravar a já insuportável carga dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, posto que deste seria a competência para conhecer e julgar demandas contra atos do Conselho. Além de acarretar enorme frustração em todos os que houvessem acreditado na solução da intervenção, sentimento que, a seu turno, retardaria o processo evolutivo da gestão judiciária.

Um Conselho Nacional de Justiça atenderia às expectativas da sociedade se se apresentasse como o foro competente de formulação estratégica sobre a reforma do Poder Judiciário em todas as esferas e instâncias. Temo que tal enunciado pudesse ser compreendido como mero exercício de retórica apaziguadora. Daí ousar propor a composição de uma agenda afirmativa de temas cujo exame, de que fluíssem objetivas orientações, contribuiria para a gradual absorção de novos métodos e práticas de gestão administrativa e judiciária em todos os tribunais brasileiros, respeitada, desnecessária a ressalva, a autonomia federativa posta na Constituição da República.

Medite-se sobre a repercussão estratégica dos seguintes temas, que certamente já ocupam debates entre os operadores do direito, mas de forma fragmentada, assistemática, à margem das instâncias estatais providas de poder decisório, sem influência, portanto, na gerência e na operação do dia-a-dia da administração judiciária:

I – a autonomia administrativa e financeira assegurada ao Poder Judiciário pelo art. 99 da CF/88 – quais os instrumentos que poderiam torná-la efetiva, o que hoje não ocorre na maioria dos tribunais; a experiência dos tribunais que contam com fundos especiais poderia ser multiplicada pelos Estados? Com que possibilidades de arrecadação significativa em face da realidade econômica de cada Estado? E quais

seriam as alternativas na hipótese de realidades econômicas incapazes de gerar arrecadação expressiva, certo que, sem receitas dessa índole, inviabiliza-se qualquer propósito reformador, por melhor e mais sincero que possa ser;

II – o desenho de uma estrutura básica referencial para o conjunto das unidades organizacionais essenciais de um tribunal de justiça, com o fim de harmonizar/padronizar atividades comuns; há modelos disponíveis, incluindo o do Judiciário fluminense, que poderiam servir de inspiração para um padrão nacional, nos pontos em que fosse cabível a uniformização;

III – a aplicação de um padrão universal de gestão para os métodos e processos de trabalho de juízos e serventias judiciais, em busca da excelência preconizada pelas normas ISO (internacionais e brasileiras);

IV – a formação profissional especializada de administradores judiciários (MBA em administração judiciária, cujo conteúdo programático já foi testado em cursos realizados pelo Judiciário fluminense, em convênio com a Fundação Getulio Vargas);

V – o fortalecimento dos instrumentos de controle interno de cada tribunal sobre a arrecadação de receitas, a realização de despesas e a execução orçamentária dos órgãos do Poder Judiciário, em efetivo cumprimento ao art. 74 da CF/88;

VI – a disseminação/democratização do conhecimento gerado pelas atividades judiciais em favor dos públicos internos e externos de um tribunal de justiça, mediante a incorporação, a suas respectivas estruturas organizacionais, da moderna área da gestão do conhecimento, com forte apoio na tecnologia da informação (acesso, em tempo real, a periódicos, decisões, estudos, pareceres, atos processuais, repertórios e classificadores de jurisprudência, entre outros produtos);

VII – os limites da eventual participação do magistrado nas atividades de administração judiciária, de que se devem desincumbir, sobretudo, servidores capacitados para a gestão;

VIII – a formação contínua do magistrado, com base em estrutura curricular e como requisito para a progressão na carreira; cogitar-se-ia da vinculação, ao Conselho, da Escola Nacional da Magistratura, que seria o seu braço operacional de uma política de formação permanente, a convolar-se em “universidade corporativa” oportunamente, tal como ocorre nas maiores organizações empresariais, a cujo porte se

equiparam, hoje, os maiores tribunais do País (o TJRJ conta, em números redondos, com 12 mil servidores, 700 magistrados, orçamento anual de um bilhão e meio de reais, instalações que ocupam áreas físicas equivalentes a três Maracanãs, recebendo, a cada ano, um milhão de novas ações distribuídas, em território com mais de 13 milhões de habitantes);

IX – a moral e a ética do magistrado na era do “governo eletrônico” e da “opinião pública midiática”; o primeiro, produzindo notável revolução no acesso a acervos científicos e culturais, por conseguinte na apreensão e na atualização do conhecimento, porém tendente, conforme o caso, a produzir “pacotes temáticos” direcionados segundo interesses específicos, eventualmente deformadores; a segunda, pretendendo exercer influência sobre a formação do convencimento do magistrado, especialmente em casos de maior apelo popular, sob o ponto de vista da mídia, alheia às provas produzidas nos autos;

X – utilização intensiva das tecnologias da informação e da comunicação para a modernização da prestação jurisdicional, em todos os seus graus.

Um Conselho Nacional de Justiça com esse foco estratégico, que lograsse converter em orientações e recomendações concretas uma agenda desse perfil, certamente que funcionaria como êmulo balizador da reforma das estruturas do Poder Judiciário, que é a única capaz de elevar o teor de eficiência e eficácia de suas atividades. Sem esquecer-se de que a redução do tempo de processamento dos litígios dependerá, também, da reforma da legislação processual.

A pergunta final: basta a reforma do Poder Judiciário para que a sociedade resolva o problema da efetividade de seu controle sobre os Poderes do Estado, com o fim de torná-los mais eficientes e eficazes?

A milenar sabedoria chinesa, que jamais saiu de moda qualquer que fosse a feição do poder político dominante, define felicidade como a circunstância de vida em que se tem “algo para fazer, algo para esperar e alguém para amar”. É evidente que do Estado e de seus Poderes constituídos não se pode exigir o dom de realizar, plenamente, tais circunstâncias na experiência pessoal de cada cidadão. No entanto, a desesperança e a insegurança chegaram a tal ponto que parece ser isto que a sociedade está a exigir do Estado. Daí a premência de quem cobra e o ressentimento de quem é cobrado, diante de missão que parece impossível.

A justiça social, tanto quanto a felicidade individual, é obra de todos e de cada um. Mas se cada qual souber aplicar com seriedade e adequação os meios confiados à sua gestão, decerto que a sociedade estará mais próxima de ser justa e os servidores públicos, incluindo os magistrados, mais próximos do incomparável bem-estar que resulta da certeza do dever bem cumprido. Em termos de Poder Judiciário do século XXI, o desafio demanda saber como prestar a jurisdição e também como gerir os meios necessários à prestação, com pertinência e transparência. ◆

Cláusulas Contratuais Gerais, Cláusulas Abusivas e o Novo Código Civil

JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO

Professor da Universidade de Lisboa

1. A génese do “contrato de adesão”

A problemática que nos propomos versar só se apreende devidamente se tivermos presente a viragem radical que no plano da fundamentação da validade dos negócios jurídicos foi realizada no séc. XVIII.

Anteriormente, a vinculatividade dos contratos estava dependente de um controlo da sua Justiça intrínseca. De tal maneira que, na Idade Média, Justiça e Direito quase se confundiam.

Mas o voluntarismo germina e desenvolve-se, acabando por ser acolhido como a *causa* geral da vinculatividade do Direito. No plano dos contratos, trouxe a fundamentação destes na autonomia da vontade. O contrato vale porque foi querido – *pacta sunt servanda*.

O individualismo e o liberalismo, a seguir triunfantes, levaram ao extremo esta orientação. O conteúdo dos contratos torna-se irrelevante: a obrigatoriedade destes assenta no consentimento, pois se a parte consentiu, não se pode desvincular.

O relativismo, o positivismo e o formalismo, que se desenvolvem do séc. XIX e persistem até hoje, dão um bom caldo de cultura para esta visão. Só um vício do consentimento pode pôr em causa a validade do contrato. A Justiça é incognoscível: não é operacional como determinante da validade dos contratos.

Mas logo a partir do séc. XIX este paradigma começa a ser posto em causa, pelos resultados a que conduz.

Para o nosso tema, interessa-nos particularmente o que respeita ao que se chamou o *contrato de adesão*. A sociedade industrial trouxe as grandes concentrações urbanas e profundas desigualdades. Nasce a sociedade de massas. E nesta, é impossível manter a negociação individualizada dos contratos. Grande número de contratos passa a ser predisposto

pela parte económico-socialmente mais forte, de modo que aos destinatários só resta aderir ou abster-se. O diálogo particular desaparece.

Mas poderá ainda falar-se, nessas circunstâncias, em contrato? A que fica reduzida a autonomia privada?

De facto, não há para o aderente liberdade de criação de tipos negociais, nem liberdade de estipulação. Nem sequer há na maior parte dos casos liberdade económica de celebração, porque o aderente não pode prescindir de bens ou serviços essenciais.

Mas há a liberdade *jurídica* de celebração. Desde que o aderente consentiu, fica vinculado. *Pacta sunt servanda*.

A discussão desloca-se então, no séc. XIX e em todo o séc. XX, para a análise do consentimento do aderente. Pergunta-se se esse consentimento tem falhas que inquinem o contrato. Quer dizer, de início procura-se combater as grandes anomalias destes contratos, em que o predisponente se reserva sempre todas as vantagens, através do recurso a princípios gerais do direito.

Mas apenas se conseguem tímidos retoques, porque as ordens jurídicas não ofereciam meios de combate directo a essas situações. Não há praticamente cláusulas gerais para controlo do conteúdo dos contratos. Só restam por isso os pressupostos comuns dos negócios jurídicos:

- a capacidade do aderente
- o objecto do consentimento e o conhecimento das cláusulas que este pressupõe
- o erro
- a interpretação negocial (e a integração).

1) No que respeita à *capacidade*, suscitam-se problemas em hipóteses tão banais como a do menor que viaja no ónibus. Como pode celebrar um contrato?

A questão não parece ter encontrado resposta no novo Código Civil brasileiro, ao contrário do que acontece em códigos europeus recentes.

Porém, a dificuldade não é específica do contrato de adesão. Manifesta-se em todos os actos da vida corrente que são praticados por menores. Por isso dispensamo-nos de o examinar especificamente neste lugar.

2) O *desconhecimento do conteúdo* do contrato representou o ponto principal do debate. Como dizer que o aderente consente quando as cláusulas lhe são comunicadas após a celebração do contrato?

Ou quando estão afixadas nas paredes da loja? Ou quando se inserem em letra quase ilegível no verso do formulário?

Por outro lado, realisticamente, revela-se a impossibilidade prática de o aderente conhecer todas as cláusulas, porque se não, não chega a contratar: passa o tempo a ler clausulados. Todos nós, juristas ou não, celebramos afinal contratos sem tomar conhecimento das cláusulas predispostas.

3) Poderia pensar-se em invocar o erro. Mas, ainda que fosse possível, não seria remédio adequado. O aderente teria de pedir a anulação de cada contrato quando estivesse em erro. O que não é obviamente uma solução praticável.

4) No domínio da interpretação, os melhores autores foram defendendo o princípio que a interpretação se deveria fazer contra o predisponente. Este tem a experiência que lhe permite formular as cláusulas que o defendam: se uma cláusula é ambígua, só a ele é imputável.

2. A génese das “cláusulas contratuais gerais”

Tudo isto foi lento, penoso e insuficiente. A verdade é que os instrumentos gerais não eram adequados para resolver questões inteiramente novas.

Para além disso, havia uma ambigüidade na colocação da questão. Falando-se em “contrato de adesão”, referia-se a uma modalidade de contrato, caracterizada por ser imposto em bloco sem possibilidade de discussão pelos destinatários. Mas a questão era mais vasta, e diferente. Não se tratava de um tipo de contrato, mas de uma categoria de cláusulas. Bastava que uma cláusula fosse imposta *ne varietur*, ainda que todas as outras fossem objecto de negociação, para que a questão da maior força negocial se suscitasse. Não haveria então contrato (todo) de adesão, mas haveria cláusula(s) unilateralmente imposta(s).

Só com o Código Civil italiano em 1942 se dá o grande passo neste sentido. Este prevê as chamadas *condições gerais dos contratos*. E determina que as cláusulas onerosas devem ser expressamente aceitas.

Se o avanço foi grande no que respeita à configuração do tema, não o foi na solução trazida. Esta é irrealista: é impossível que nos contratos de massa, nos serviços fundamentais como a água ou a electricidade, por exemplo, haja uma aceitação individualizada de cláusulas predispostas.

A lei alemã de 1978, chamada *AGBGesetz*, dá outro passo. Faz uma regulação mais completa, que se tornou paradigmática. E entra na valoração do conteúdo, determinando quando estas cláusulas gerais são proibidas.

Há porém que observar que, mais ainda talvez que a proteger o aderente, a lei alemã se destina a assegurar o tráfego jurídico. A primeira preocupação é impor que estas cláusulas se integrem no conteúdo do contrato. O critério determinante é colocado na *cognoscibilidade*: as cláusulas compõem o contrato, desde que ao destinatário seja dada a possibilidade de tomar conhecimento delas.

Temos assim consolidada a categoria das “condições gerais dos contratos”, como cláusulas predispostas unilateralmente para uma generalidade de pessoas, que não têm possibilidade de discutir o seu conteúdo. As várias ordens jurídicas europeias foram regulando esta matéria.

A lei portuguesa trouxe um progresso no ponto de vista da designação, uma vez que passou a falar de “cláusulas contratuais gerais”, em vez de “condições gerais dos contratos”. Assim evita o termo *condição*, que é ambíguo. Poderia ter avançado mais no saneamento terminológico, se tivesse adoptado a epígrafe “cláusulas *negociais* gerais”. Com efeito, pode haver cláusulas inalteravelmente predispostas em negócios unilaterais: seja o caso de valores mobiliários, como os relativos a derivados (futuros e opções)¹.

Ainda no domínio da terminologia, falamos em *predisponente* para designar aquele que dita inalteravelmente as cláusulas do negócio. Pouco interessa que, no rito negocial, ele apareça como o proponente ou o aceitante. Assim, nos contratos de seguros, a companhia surge formalmente como o aceitante de propostas que lhe são dirigidas. Mas é ela quem predispõe unilateralmente as cláusulas, e por isso é o predisponente.

Do outro lado está o *aderente*. A sua posição é sempre a de aderente às cláusulas contratuais gerais. A designação não implica qualquer retorno à figura do “contrato de adesão”.

De todo o modo, a disciplina das cláusulas contratuais gerais evoluiu a partir daí no sentido de se concentrar sobretudo na determinação das cláusulas predispostas que deveriam ser proibidas. Ou atra-

¹ Cfr. o nosso *Derivados* (no prelo).

vés do controlo por cláusulas gerais, como a boa-fé, ou através de elencos de cláusulas inadmissíveis, ou por formas mistas, entra-se directamente na apreciação do conteúdo.

A categoria das cláusulas contratuais gerais não teve praticamente acolhimento no Brasil. Não o teve na lei; e a doutrina e a jurisprudência continuaram a referir o contrato de adesão, e não a categoria mais escurrita das cláusulas contratuais gerais.

Foi o contrato de adesão que veio a ter consagração legal no Código de Protecção e Defesa do Consumidor; e é ele que surge agora referido nos arts. 423 e 424 do novo Código Civil (NCC)².

Serão considerados nos lugares respectivos. Agora há que observar que, se bem que a técnica seja diferente, desde que haja num contrato uma ou mais cláusulas contratuais gerais o contrato é qualificado como contrato de adesão. Mas a correspondência não é biunívoca: aqueles artigos do Código Civil também abrangem os contratos que contenham cláusulas individuais, desde que do mesmo modo tenham sido predispostas, sem possibilidade de alteração pelos destinatários. Destas falaremos seguidamente, a propósito das cláusulas abusivas.

3. A génese do instituto das cláusulas abusivas

A partir da segunda metade do séc. XX surge novo instituto: o das cláusulas abusivas, por influência dominante do movimento de protecção do consumidor.

O consumidor é a parte negocialmente mais fraca. Há que protegê-lo contra cláusulas abusivas, porque emanação da maior força do fornecedor.

Mas o carácter abusivo da cláusula não está dependente de esta ser geral ou singular. Mesmo em contratos individualmente pactuados surgem cláusulas abusivas: aqui se dá a separação da técnica das cláusulas contratuais gerais. A questão estará então somente em determinar os critérios da abusividade das cláusulas.

Esta categoria foi irrompendo em numerosas leis de defesa do consumidor da Europa. É também aquela que acaba por receber consagração no Código de Protecção e Defesa do Consumidor brasileiro³.

² O art. 423 é objecto da proposta de alteração de Ricardo Fiúza, que examinaremos mais tarde.

³ Lei n.º 8078, de 11 de Setembro de 1990.

A relação desta matéria com as categorias precedentes tornou-se difícil. O Código do Consumidor brasileiro a todas integra (embora as “cláusulas contratuais gerais” só mediatamente, através dos contratos de adesão). Torna-se por vezes difícil determinar o que pertence a umas e outras.

O problema não é específico do Brasil. A Comunidade Européia desenvolveu regras sobre as cláusulas abusivas nos contratos com consumidores. Essas regras vieram a ser transpostas para os ordenamentos internos, passando normalmente a figurar nos mesmos diplomas que regulavam já as cláusulas contratuais gerais. A coexistência não foi pacífica, porque as cláusulas abusivas *individuais* não se prestam à disciplina que foi estabelecida tendo em vista as cláusulas *gerais*⁴.

Mais especificamente dedicado à matéria das cláusulas abusivas, temos no Código do Consumidor o Capítulo VI (Da Protecção Contratual), Secções I e II.

A Secção I é intitulada “Disposições gerais” e a II “Das cláusulas abusivas”. Mas da primeira secção constam disposições que tradicionalmente haviam sido associadas à problemática das cláusulas contratuais gerais, mas agora aplicadas também às cláusulas individuais abusivas: como sejam a necessidade de conhecimento das cláusulas pelos consumidores (art. 46) e a interpretação destas da maneira mais favorável ao consumidor (art. 47)⁵.

Entra-se depois nas cláusulas abusivas, indicando-se as que são nulas de pleno direito (art. 51). Não se referem às cláusulas gerais, cuja problemática é até muito ultrapassada; mas estas estão também seguramente abrangidas, desde que tenham conteúdo abusivo.

Por outro lado, não só se não exige que as cláusulas abusivas sejam gerais, como se admite que tenham sido objecto de negociação individual. O que é decisivo é o próprio carácter abusivo das cláusulas.

Perante isto, qual a posição do Código Civil?

Falar de um código que não entrou ainda em vigor é sempre uma tarefa de alto risco. Mas podemos dizer que a categoria da cláusula abusiva

⁴ Cfr. sobre esta matéria o nosso “Cláusulas contratuais gerais, cláusulas abusivas e boa fé”, in **Revista da Ordem dos Advogados** (Lisboa), ano 60, II, Abr/00, 573-595; e in separata à **Revista Forense**, v. 352, 103-114.

⁵ Trata-se depois também dos escritos que vinculam o fornecedor (art. 48), do direito de desistência (art. 49) e da garantia contratual (art. 50).

não é nele acolhida como tal. O que o código regula, aliás brevemente, nos arts. 423 e 424, são os contratos de adesão. Portanto, a lei civil só a esses contratos se aplicaria. Daqui resultaria que as regras sobre cláusulas abusivas continuariam a só beneficiar o consumidor.

Mas surge uma dificuldade de grau maior. O Código do Consumidor, embora de modo tecnicamente incorrecto, generalizara já a todas as pessoas algumas regras que tinham sido inseridas visando aparentemente o consumidor só. O art. 29 do Código do Consumidor, que abre o Capítulo V (Das Práticas Comerciais) declara já que se equiparam aos consumidores todas as pessoas, determinadas ou não, “expostas às práticas”⁶ previstas nesse capítulo e no seguinte. O capítulo seguinte é o VI, donde consta a disciplina das cláusulas abusivas, que ora examinamos.

Essa disciplina era pois já genérica. Surge o Código Civil e omite-a, salvo no que respeita aos contratos de adesão. Devemos concluir que os restantes preceitos deixaram de se aplicar às pessoas que não forem consumidores?

Não houve revogação tácita, porque não há incompatibilidade. Também não houve revogação expressa, porque só o Código Civil e a 1ª parte do Código Comercial foram revogados (art. 2045 NCC). Poderia pensar-se na revogação global, resultante de uma matéria ter sido complexivamente regulada de novo⁷. Mas as cláusulas abusivas e, mais genericamente, a valoração do conteúdo dos negócios não foram genericamente disciplinadas pelo NCC: há apenas fragmentos, em particular os relativos ao contrato de adesão.

Atrevemo-nos por isso a supor que as disposições gerais constantes do Código do Consumidor continuam em vigor. Pelo menos, tudo indica que isso está conforme à intenção do legislador, pois não se vê que o NCC pretendesse alterar a situação que resultava já do Código do Consumidor. Este fora aproveitado, na falta de aprovação do novo Código Civil, para actualizar alguns aspectos fundamentais da ordem jurídica brasileira.

⁶ A expressão traz dificuldades de interpretação, mas abrange sem dúvida a exposição às cláusulas abusivas.

⁷ **O Direito – Introdução e Teoria Geral – Uma Perspectiva Luso-Brasileira**, 2ª ed. bras. (12ª geral), Renovar (Rio de Janeiro), 2001, nº 174.

4. A integração no conteúdo do contrato e o mútuo consenso

Passamos a examinar o regime global destas cláusulas resultante do Código do Consumidor e do NCC. Começamos pelo ponto prioritário, que consiste em saber quando se considera que as cláusulas se integram no conteúdo do contrato.

Não se encontra regra que imponha que estas cláusulas sejam objecto de estipulação específica⁸. A indagação passa então a centrar-se no requisito da aceitação do destinatário. Nomeadamente, quando está em causa um contrato, como se pode dizer que se formou o acordo, ou mútuo consenso, das partes?

Este ponto é fundamental, mas o Código Civil nada diz. Pode por isso criar-se o cepticismo quanto à qualificação da relação assim formada como contratual. Mas por outro lado, se não há um contrato, como aplicar o regime contratual a estas situações, como toda a gente faz?

Verifica-se um recuo, consistente em exigir, em vez do conhecimento (e portanto o consentimento) efectivo, a mera *cognoscibilidade* como pressuposto do mútuo consenso. Assim procedia já o art. 1341 do Código Civil italiano.

O art. 46 do Código do Consumidor exige que seja dada ao destinatário a oportunidade de tomar conhecimento prévio do conteúdo. Os contratos também não obrigarão se os instrumentos forem redigidos de modo a dificultar a compreensão. Ainda, o art. 54 § 3º exige que os contratos de adesão escritos sejam redigidos em termos claros e legíveis; e o § 4º, que as cláusulas que implicarem limitações sejam redigidas com destaque, permitindo a sua imediata e fácil compreensão.

Vemos assim que se fez já o trânsito, do conhecimento efectivo para a cognoscibilidade e inteligibilidade fácil do conteúdo. Há muitas maneiras de ocultar uma informação; até serve para o efeito o excesso de informação, que disfarce no amontoado de dados a cláusula que é juridicamente relevante. O Direito reage contra estes processos arditos.

Mas surge o Código Civil e nada se encontra, a propósito do contrato de adesão. Como proceder então?

Pode-se apelar para cláusulas de cúpula, como a boa-fé, que fora proclamada com generalidade imediatamente antes (art. 422

⁸ Exceção-se o art. 18 § 2.º do Código do Consumidor, que determina que nos contratos de adesão a cláusula de alteração do prazo de sanção do vício do produto deverá ser convenionada em separado, por manifestação expressa do consumidor.

NCC). Mas o apoio em cláusulas tão gerais é inseguro, e por outro lado não é possível reconduzir todas as hipóteses em que não foi dado conhecimento prévio a condutas de má-fé.

Há que recordar que aqueles princípios do Código do Consumidor são já hoje apresentados como genéricos (art. 29); e que concluíramos que a intenção do NCC não foi a de os revogar. São trechos da disciplina civil, mas permanecem infelizmente fora da codificação civil.

Daqui resulta que estas cláusulas, sejam genéricas sejam individuais abusivas, devem ser apresentadas ao destinatário previamente à celebração do negócio, em condições de poder ser dele conhecidas. Se o não forem a consequência é radical: não se integram no conteúdo do contrato. Não são sequer inválidas, porque não chegam a ser conteúdo contratual.

Na mesma situação devemos considerar as *überraschende Klauseln*, por aparecerem em lugares surpreendentes do contrato. Isto vai contra a fácil apreensão da cláusula que a lei reclama. Em consequência a cláusula de surpresa não é inválida: mais do que isso, não produz efeito algum. Diríamos que é uma cláusula inexistente.

Mas uma coisa é a cláusula ser cognoscível, outra ter sido objecto do mútuo consenso.

É impossível falar de uma presunção de conhecimento das cláusulas cognoscíveis. A presunção exprime *id quod plerumque accidit*. A experiência diz-nos pelo contrário que é uma fatalidade que a quase totalidade dos contratos, pelo menos dos que contêm cláusulas contratuais gerais, sejam celebrados sem as pessoas tomarem conhecimento dos seus termos.

Isto leva-nos para caminhos cada vez mais perigosos. O mútuo consenso é objecto de corrosão. *Transita-se de um mútuo consenso sobre um conteúdo para um consenso na celebração do negócio, e não propriamente sobre as cláusulas constitutivas deste.*

É um ponto que não podemos aprofundar. Pelo menos, haverá que pôr limites a esta suficiência do consenso a ficar vinculado por um contrato. Nunca poderia bastar um acordo em branco de sujeição a um contrato ou a cláusulas predispostas pela outra parte. Deve haver um consenso sobre a celebração de um certo contrato, sobre certo objecto. E para além disso, é essencial que no acordo se delimite um conteúdo económico determinado. Tudo o

que se afastar do núcleo económico em que se acordou já está fora do mútuo consenso.

Ainda, e no que respeita às cláusulas contratuais gerais / contratos de adesão, a lei só admite essa forma de vinculação porque pressupõe que o predisponente estabelece o regime que está dentro da normalidade daquela relação. Essa é a contrapartida imposta pela ordem jurídica ao reconhecimento dum poder unilateral de regulação. Se as cláusulas saem da normalidade e o predisponente aproveita a sua maior força para sacrificar os destinatários, já as cláusulas predispostas não podem valer, porque deixam de satisfazer a *ratio* da norma que as admite.

5. O erro

Suponhamos que se ultrapassa essa fase. As cláusulas integram-se no conteúdo do contrato. E se, não obstante, o destinatário (que não tem o conhecimento efectivo do conteúdo) está em erro sobre elas?

Passa-se à problemática do erro, que é como dissemos uma das clássicas neste domínio. O erro, se relevante, seria um vício na formação de vontade. A ignorância dum dada cláusula equivaleria aqui ao erro, pois sempre haveria a falsa representação da realidade (mesmo que por incompleição).

Nos termos gerais, o erro terá de ser essencial para ser relevante. Que acontece pois, se o destinatário está em erro essencial quanto ao conteúdo do contrato?

Deverão concorrer ainda os demais pressupostos de relevância do erro. Será sobretudo importante saber se deve exigir ou não a *desculpabilidade* do erro, que o NCC não refere expressamente (arts. 138 e segs.)⁹.

Se mesmo o erro indesculpável viciar o negócio, haverá que nos interrogarmos sobre as consequências da leviandade do errante. Haverá então responsabilidade civil, nos termos da chamada *culpa in contrahendo*. Mas a responsabilidade tem efeito apenas sobre o dever

⁹ Cfr. o nosso **Direito Civil – Teoria Geral – II – Acções e Factos Jurídicos**, 2.º ed., Coimbra Editora, 2003, n.º 72, em que concluímos que se o erro é censurável, o agente não pode prevalecer-se dele; mas se a contraparte for por sua vez censurável, por o erro ser reconhecível e ela não o ter reconhecido, a desculpabilidade do erro deixa de novo de ser exigida.

de indemnizar. Não cria obstáculo ao exercício da faculdade de anulação do contrato – e apenas esta é o nosso objecto.

Mas, como dissemos já¹⁰, o recurso ao erro, mesmo a ser admissível, só dá uma defesa muito escassa, particularmente no domínio dos contratos de massa. A anulação exige a iniciativa do destinatário da cláusula viciada: o art. 177 NCC dispõe que a anulabilidade não tem efeito antes de julgada por sentença. Fica pois a anulação dependente de acção judicial. Na maior parte dos casos seria ruinoso intentá-lo, perante a exiguidade dos valores em jogo.

Deverá haver outros meios de protecção do destinatário das cláusulas.

6. A interpretação

Mesmo antes de haver lei, criou-se a tradição da *interpretatio contra stipulatorem*.

O art. 47 do Código do Consumidor determinou que as cláusulas contratuais serão interpretadas da maneira mais favorável ao consumidor. Dissemos já que esta é uma das disposições que foi generalizada, para aproveitar mesmo aos destinatários não consumidores (art. 29).

O NCC retoma esta matéria a propósito do contrato de adesão. O art. 423 dispõe que, havendo no contrato cláusulas ambíguas ou contraditórias, adoptar-se-á a interpretação mais favorável ao aderente. É uma regra de todo justificada, como dissemos¹¹, porque toda a dificuldade de interpretação é imputável ao predisponente.

Mas já há outro elemento a anotar. O Projecto Fiuza de alteração ao NCC atinge também este preceito. Para além da generalização, estabelece uma redacção mais favorável ao aderente; e elimina a restrição às cláusulas ambíguas ou contraditórias.

Pode suscitar-se também a problemática da *integração*¹². Podem ter ficado pontos por regular no contrato, que todavia são necessários para a efectivação deste. Se os elementos verdadeiramente essenciais do contrato forem já definitivos – portanto, se há o acordo económico e a estruturação jurídica mínima que lhe corresponde – o contrato pode

¹⁰ *Supra*, n.º 1.

¹¹ *Supra*, n.º 1.

¹² Não discutimos aqui se se trata de verdadeira integração, se da chamada *interpretação complementadora do contrato*.

ser integrado, dentro do espírito do aproveitamento ou conservação dos negócios jurídicos.

Mas o mesmo critério básico continua aqui aplicável. A cláusula integranda, na dúvida, será a favorável ao aderente. O predisponente teve todas as condições para prever uma solução diferente¹³.

7. O conteúdo

Chegamos ao ponto fundamental, que é o relativo ao próprio conteúdo destas cláusulas.

A situação que antecedeu o Código do Consumidor era difícil; só princípios gerais, sem concretização, permitiriam entrar na apreciação do conteúdo das cláusulas. Isto criava grande insegurança¹⁴.

O Código do Consumidor regula o contrato de adesão, mas é omissivo quanto ao conteúdo das cláusulas. O preceito de maior interesse era o do art. 6º V, que declara direito básico do consumidor a modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou a sua revisão em razão de factos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas. Mas esta matéria é restrita ao Direito do Consumidor; escapa à generalização ex art. 29.

O NCC não acolheu nenhuma previsão da disciplina do contrato de adesão do Código do Consumidor. Apenas o Projecto Fiuza generaliza o § 3.º, que originaria um novo § 1.º do art. 423. Mas mesmo este respeita à integração das cláusulas no conteúdo dos contratos, de maneira a serem compreensíveis pelos destinatários, e não ao conteúdo destas.

A novidade do NCC está no art. 424, que determina que são nulas no contrato de adesão as cláusulas que estipulem a renúncia antecipada do aderente a direito resultante da natureza do negócio.

¹³ Matéria ainda conexa à da interpretação é a constante dos arts. 30 e 35 do Código do Consumidor, sobre a relevância da publicidade: obriga o fornecedor e permite, em caso de recusa, a rescisão do contrato. Mas esta regra não parece admissível fora dos contratos com consumidores. Por seu lado, o NCC não contempla estes pontos, nem sequer esclarece se a proposta deve ser interpretada de acordo com a publicidade do proponente. Mas a questão ultrapassa já a matéria das cláusulas que aqui nos ocupa.

¹⁴ Assim, Orlando Gomes alvitrou a hipótese da nulidade das cláusulas gerais (de contratos de adesão) que se afastassem de disposições *supletivas*. Não vemos nenhuma verossimilhança em semelhante entendimento, uma vez que se trata justamente de regras *supletivas*. O mesmo diremos da atribuição de um poder de revisão ao juiz, que nem tem base positiva nem seria desejável. Quanto ao recurso ao princípio geral da boa-fé, veja-se a crítica que adiante fazemos.

O enunciado é difícil de interpretar. Os elementos que pertencem à natureza do negócio são típicos. Querirá dizer que se não pode renunciar antecipadamente a elementos do tipo?

Seja qual for a interpretação, o preceito deixa-nos perplexos. São dezenas as previsões de cláusulas proibidas que surgem nas leis modernas. Teremos de concluir que a lei brasileira só encontrou matéria de proibição nesta cláusula singular?

Do art. 424 resulta porém um aspecto positivo: a nulidade que atribui à cláusula. Ficamos a saber que a consequência do recurso a cláusulas proibidas (ou à cláusula proibida) é a nulidade.

Porém, se o NCC pouco nos orienta no controlo do conteúdo das cláusulas, já nos parece ser muito importante a proximidade que existe no Código do Consumidor entre esta matéria e a das cláusulas abusivas¹⁵.

Dissemos que esta disciplina foi generalizada pelo Código do Consumidor¹⁶. Dissemos também que entre as cláusulas abusivas se contam as cláusulas contratuais gerais abusivas. Como por outro lado já sabemos que não há que entender o laconismo do Código Civil sobre a matéria como significativo duma revogação, temos de concluir que o principal manancial a que recorrer para a determinação das cláusulas proibidas são hoje os arts. 51 a 53 do Código do Consumidor.

Passamos então a examinar os critérios legais de determinação das cláusulas proibidas.

8. Critério de determinação das cláusulas proibidas

Procurando caracterizar fundamentalmente o esquema legal, vemos que a consequência estabelecida coincide com a do NCC. O art. 51 do Código do Consumidor abre com as palavras: “São nulas de pleno direito...”.

A lista das cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços é exemplificativa. Logo no prómio se diz que são nulas, “entre outras, as cláusulas...”.

¹⁵ Embora se trate de uma proximidade que não originou o lançamento de referências. O art. 54, sobre contrato de adesão, segue imediatamente a disciplina das cláusulas abusivas, sem haver reciprocamente nenhuma remissão.

¹⁶ Salvo se razões particulares obstarem a essa generalização. Será o caso do art. 51 § 4.º, que faculta ao consumidor requerer ao Ministério que ajuíze a competente acção... Trata-se de típica regra de protecção do consumidor, não generalizável. Nas relações que se não estabeleçam entre fornecedor e consumidor, aplicam-se as regras normais.

Isto está em sintonia com o que se passa noutras ordens jurídicas. Mas surpreende que não se dê um critério para determinação de essas outras cláusulas proibidas, contra o que estabelecem legislações em situação semelhante.

Afinal, esse critério surge de envolta com previsões singulares, no inciso IV do art. 51: são nulas as cláusulas que “estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a eqüidade”.

De facto, não há uma especificidade típica, há o mero enunciado de critérios gerais. Basta pensar que entre estes critérios ou qualificações se encontra a própria categoria que haveria que esclarecer – são *abusivas* as cláusulas que estabeleçam obrigações *abusivas*. Nada adianta como orientação neste domínio.

Tirando esta previsão inútil, resta ainda no preceito uma sobreposição de critérios. São nulas as cláusulas que estabeleçam obrigações:

- iníquas
- que importem desvantagem exagerada
- incompatíveis com a boa-fé
- incompatíveis com a eqüidade.

Esta complexidade pode porém ser reduzida.

Iníquo é o que contraria a Justiça.

A *desvantagem exagerada* caracteriza justamente a situação de injustiça objectiva¹⁷.

A lesão da *eqüidade* é ainda lesão da Justiça. Mas caracteriza-se por ser a Justiça do caso concreto: permite a apreciação de todas as circunstâncias do caso, o que em geral não é permitido.

Há contradição no recurso simultâneo à Justiça e à eqüidade. No concurso de ambas, a eqüidade prevalece, porque permite a conside-

¹⁷ A “vantagem exagerada” é esclarecida no § 1.º, mas de modo pouco satisfatório. No inc. I caracteriza-se por ofender os princípios fundamentais da ordem jurídica, o que pela sua vacuidade não diz nada e leva a confundir com a cláusula ilícita; no inc. II fala-se em restringir direitos fundamentais inerentes à natureza do contrato, expressão que é afim da usada no art. 424 NCC, que já comentámos no número anterior; no inc. III fala-se em se mostrar excessivamente onerosa para o consumidor, o que é um sinónimo de exageradamente desvantajosa. Há todavia alguns aspectos úteis a anotar. O inc. II fala em ameaçar “o equilíbrio contratual”, o que mostra que é a questão do equilíbrio ou proporção, logo da Justiça, que está em causa. O inc. III manda atender às circunstâncias peculiares do caso, o que aponta para a recondução à equidade, que apontaremos a seguir.

ração de aspectos particulares do caso. Realiza-se a Justiça de forma mais concretizadora que a habitual.

Isto significa que os três primeiros critérios se reduzem afinal a uma apreciação pela equidade.

Resta a contrariedade à boa-fé. Mas sobre este critério alternativo falaremos em particular no número seguinte. Veremos que o critério deve ser afinal rejeitado e que o único critério geral a reter é o da Justiça, na sua manifestação pela equidade.

A equidade é apenas o critério da valoração de casos não especificados. No que respeita às verdadeiras especificações constantes das restantes alíneas, já o critério não é o da equidade, mas o da injustiça objectiva da situação. Assim, a cláusula que estabeleça inversão do ónus da prova em prejuízo do consumidor (inc. VI) é nula sem mais, independentemente de qualquer apreciação das circunstâncias do caso concreto.

O critério geral do inc. IV ainda nos dá outro ensinamento, na medida em que condena as obrigações que colocam o consumidor em “desvantagem exagerada”.

Não é qualquer desvantagem que pela cláusula é proibida porque abusiva. É necessário que essa desvantagem seja exagerada. Intervém aqui uma consideração de segurança, que impede que qualquer desproporção seja relevante para o direito.

Com efeito, seria inviável que todo o negócio pudesse ser posto em causa, por invocação dum desequilíbrio no seu conteúdo. A instabilidade social criada seria devastadora, e nenhum sistema judicial poderia suportar a conflituosidade daí resultante. Por isso a lei exige a desvantagem exagerada. É necessário que a desproporção seja manifesta para que a repressão das cláusulas abusivas seja actuada.

Este princípio é generalizável a todas as cláusulas proibidas que se fundem na injustiça do conteúdo.

9. A boa-fé: um pseudo-critério

Pode suscitar-se, como critério alternativo ao da Justiça (ou da equidade), o critério geral da boa-fé. Seria abusiva a cláusula que contrariasse os princípios da boa-fé.

Este recurso surge em várias legislações. O critério geral da lei portuguesa exprime-se mesmo assim: “São proibidas as cláusulas

contratuais gerais contrárias à boa-fé¹⁸. E, no que respeita às cláusulas abusivas, o mesmo critério fundamental foi adoptado pela Directriz da Comunidade Europeia n.º 93/13, de 5 de Abril¹⁹, e é seguido por vários Estados-membros.

Supomos porém que o recurso à boa-fé é meramente semântico, e não abrange na realidade esta situação.

O critério da boa-fé, para cobrir o domínio das cláusulas contratuais gerais, foi adoptado pela jurisprudência alemã, quando não havia lei a que se arrimasse. Procurou-se então o refúgio numa cláusula geral. Tendo-se hesitado entre a boa-fé e os bons costumes, acabou por se preferir a boa fé. Quando surgiu depois, a *AGBGesetz* recolheu estes antecedentes e fixou a boa-fé como cláusula geral.

O critério irradiou deste modo para outros países europeus. Mais tarde, quando se deu a intervenção comunitária no domínio das cláusulas abusivas, a afinidade de situações levou a que se adoptasse também como critério geral a boa-fé.

São estes possivelmente os antecedentes da lei brasileira, tal como da portuguesa. Mas não parece serem justificativos.

A boa-fé pode ser objectiva ou subjectiva. Mas como critério de valoração de cláusulas contratuais, só a boa-fé objectiva pode estar em causa²⁰.

A boa-fé objectiva manifesta-se em regras de conduta, que fixem o correcto comportamento inter-relacional. Ora, este esquema é aqui totalmente inaplicável. Não se fixam padrões de conduta, antes se julgam cláusulas objectivas para concluir se elas devem ou não ser rejeitadas perante a ordem jurídica.

Que o critério se tivesse desenvolvido na Alemanha antes de haver lei compreende-se como um mero recurso para suprir justamente essa falha de lei: foi uma entorse científica para obter um resultado prático. Mas o que se não compreende é que o critério tenha subsistido

¹⁸ Art. 15 do Dec.-Lei n.º 446/85, de 25 de Outubro, sobre cláusulas contratuais gerais.

¹⁹ Art. 3/1. Esta directriz, que regula as cláusulas abusivas, caracteriza-as por, a despeito da exigência de boa fé, se originar um desequilíbrio significativo em detrimento do consumidor. Tem a curiosidade de cumular desequilíbrio objectivo e inobservância da boa fé.

²⁰ Não há matéria ou estado subjectivo a avaliar. Nomeadamente, o mal não está na exigência do cumprimento. Se a obrigação fosse válida, a exigência seria impecável. O não poder exigir é mera decorrência da invalidade da cláusula.

uma vez sobrevinda a lei. E menos ainda, que tenha passado para leis estrangeiras, justamente quando o bordão da boa-fé se tornava totalmente dispensável, por haver já lei em que se apoiar.

O critério geral estava agora contido na lei: era o da desproporção ou desequilíbrio criado nas situações. Era, em palavras mais simples, a injustiça da situação criada.

Por que não se reconheceu então a realidade, e se operou a fuga para a boa-fé, apesar do carácter falacioso deste recurso?

Porque o subjectivismo reinante impunha uma roupagem subjectiva, ainda que a cobrir uma realidade objectiva.

Mas esse é aspecto que será considerado a final. Por agora, fica confirmado que o único critério utilizável é o da Justiça, na sua manifestação como equidade.

10. O enunciado legal

A análise das previsões legais levaria a um casuísmo que seria deslocado empreender aqui. Limitamo-nos ao que possa ter carácter ainda comum.

Como observação geral, notamos uma certa confusão entre cláusulas abusivas e cláusulas ilícitas. As cláusulas violadoras de disposição legal são ilícitas: nada adianta incluí-las entre as cláusulas abusivas, e só dificulta a determinação do que sejam estas cláusulas. É o que se passa com a previsão do art. 51 inc. XIV – as cláusulas que infringem normas ambientais. Ou ainda com o inc. II – as cláusulas que subtraíam ao consumidor a opção de reembolso da quantia já paga a que tiver direito. Deles resultará quando muito a cominação de nulidade para uma infracção que estava já prevista por outra norma.

Limitando-nos às restantes, poderiam fazer-se várias classificações. A lei portuguesa distingue as cláusulas proibidas consoante surgem nas relações com consumidores e entre empresários. Descodificando, diremos que há uma rede mais apertada que representa o regime comum das cláusulas abusivas, e uma rede de malha mais larga restritamente aplicável nas relações entre empresários, que se considera não carecerem de tanta protecção.

Esta distinção não tinha até agora correspondente na lei brasileira. Mesmo a generalização operada pelo art. 29 do Código do Consumidor só beneficiava quem estivesse sujeito às práticas comerciais pre-

vistas, pelo que dificilmente abrangeria os empresários que agissem como tal. Com o novo Código Civil, toda a questão terá de ser reponderada.

A lei portuguesa distingue ainda, dentro de cada categoria, as cláusulas absoluta e relativamente proibidas. As primeiras são taxativas, as segundas são adoçadas por uma valoração complementar: *excessivo, sem justificação, sem contrapartida adequada*, etc.

A lei brasileira é pouco sensível a proibições relativas. Mas não as desconhece de todo. Assim, o art. 51 inc. I do Código do Consumidor permite limitar a indemnização devida pelo fornecedor ao consumidor – pessoa jurídica “em situações justificáveis”.

As proibições constantes deste preceito são ainda susceptíveis de vários agrupamentos. Podem ter por fundamento:

1) o desequilíbrio das posições das partes, por atribuírem poderes unilaterais ao fornecedor

É o caso dos incs. IX a XIII.

2) a ablação de direitos do consumidor

É o caso dos incs. I a III²¹.

3) a imposição de obrigações fora das normais à parte não fornecedora

É o caso dos incs. VII e VIII.

Na prática, as cláusulas mais freqüentes são as cláusulas de irresponsabilidade (ou de limitação da responsabilidade) e as que invertem o ónus da prova em detrimento do consumidor²².

Curiosamente, uma cláusula que tem grande ocorrência e significado em Portugal – a cláusula da alteração das regras do risco – não é contemplada no Código do Consumidor.

As relações financeiras têm uma disciplina especial no art. 52 do Código do Consumidor. Mas note-se que as obrigações que se estabelecem no corpo do artigo são obrigações de informação. A orientação tem sido desenvolvida em legislação financeira avulsa, favorecida possivelmente pela tese que pretende que o desequilíbrio entre fornecedor e consumidor é colmatado pela informação do consumidor. Fornecida esta, o princípio da autonomia da vontade já podia retomar o seu império.

²¹ E eventualmente do inc. XVI.

²² Sobre estas, veja-se o inc. VI.

11. Efeito sobre o contrato da existência de cláusula em infração

Qual a sorte do contrato, se se detecta nele uma cláusula em infração?

Não é necessário recorrer aos princípios gerais, porque há disposições específicas neste domínio.

Há que distinguir duas modalidades:

- as cláusulas que não se chegam a integrar no contrato
- as cláusulas abusivas.

1) Cláusulas que não se chegam a integrar no contrato

São as cláusulas excluídas por não ter sido dado conhecimento delas, nos devidos termos, aos destinatários.

A consequência é aqui a de os contratos não obrigarem os consumidores (art. 46 do Código do Consumidor). Mas não se torna expresso qual o vício que está em causa.

2) Cláusulas abusivas

A cláusula é nula (art. 51, proémio). Mas o § 2.º esclarece que a nulidade da cláusula não invalida o contrato.

Portanto, o caminho para que aponta é o da *redução legal*. O contrato subsiste, mas depurado da cláusula inquinada. Não há sequer que atender à vontade real ou tendencial das partes, que seria de regra segundo o art. 184 NCC, porque a lei comanda autoritariamente a produção do efeito redução.

Mas a lei estabelece um limite. O contrato é inválido quando a supressão da cláusula, apesar dos esforços de integração, importar ónus excessivo para qualquer das partes.

Daqui decorre que, ocorrendo cláusula nula, a primeira tarefa que se impõe é a de integrar o contrato, substituindo essa cláusula. Se isso não for possível, ou se daí derivar em todo o caso ónus excessivo, então o contrato é irremediavelmente nulo.

Mas esclarece-se que o ónus excessivo relevante pode recair sobre qualquer das partes. Aqui o Código abandona a sua parcialidade em relação ao consumidor e atende também ao ónus excessivo do fornecedor. Justificadamente, porque o ónus excessivo é injusto, seja qual for a parte que grave.

A lei não estabelece disciplina análoga para o caso de a cláusula não se ter chegado a integrar no contrato. Mas pode acontecer do mesmo modo que o contrato, sem aquela cláusula, traga um ónus excessivo para qualquer das partes. Haverá então que aplicar por analogia a previsão do art. 51 § 2.º, porque há a mesma razão de decidir.

12. As limitações do sistema civil

Formos percorrendo os vários regimes que permitem a interligação dos três institutos que estudamos. Vimos que há pontos de confluência, mas há também diferenças irreduzíveis.

Confirmamos que o instituto das cláusulas negociais gerais nunca chegou a ser acolhido na ordem jurídica brasileira. Regras que lhe são especificamente dirigidas noutras ordens jurídicas, como a criação dum registo específico de cláusulas contratuais gerais proibidas, são impensáveis no Brasil. Mas nem por isso as cláusulas contratuais gerais deixam de estar ínsitas na disciplina dos contratos de adesão; tal como participam da listagem das cláusulas abusivas, se o seu conteúdo for abusivo.

Quanto às cláusulas abusivas, apesar de a sua génese estar no Direito do Consumidor, foram objecto dum processo de generalização. Podem hoje ser entendidas como categoria aberta, o que permite o desenvolvimento progressivo da matéria.

Mas justamente neste ponto há que estar prevenido, para não criar uma ideia errada do que representa esta generalização. Não podemos supor que a matéria das cláusulas abusivas saltou do Código do Consumidor para o Código Civil, para se tornar um instituto comum, de que todas as pessoas participam igualmente.

Não é assim, porque há duas ordens de restrições.

1) Por um lado, nem todas as regras disciplinadoras das cláusulas abusivas são transferíveis para o Direito Civil.

Como tivemos oportunidade de verificar, há certas regras que só se fundam na protecção do consumidor, pelo que são resistentes a uma generalização.

Outras regras não foram nunca declaradas extensivas aos não consumidores. Assim, o art. 6 V do Código do Consumidor, que proclama direito básico “a modificação das cláusulas contratuais que estabe-

leçam prestações desproporcionais”²³. Esta regra, cuja conjugação com as regras do Capítulo VI provoca aliás consideráveis dificuldades, não foi objecto de nenhuma cláusula de generalização.

Isto significa que os não consumidores, pelo menos a uma primeira vista, não têm acesso à possibilidade de modificação de cláusulas abusivas.

2) Por outro lado, a generalização das regras a pessoas que não são consumidoras não significa a sua universalização.

Como temos observado, a generalização que o art. 29 do Código do Consumidor opera faz-se em benefício das pessoas, “determináveis ou não, expostas às práticas” previstas.

E essas práticas são práticas das entidades fornecedoras (cfr. art. 39, por exemplo).

Isto significa que as regras continuam a ser unilaterais, ainda que não beneficiem apenas consumidores. Os fornecedores, agindo como tal, não poderão beneficiar delas nas relações que entre si estabeleçam, invocando por exemplo a desvantagem exagerada. Terão de recorrer aos princípios gerais do direito.

Nem sequer há uma disciplina autónoma das cláusulas usadas nas relações entre fornecedores, ao contrário do que acontece no direito português. Isto é consequência de a figura da cláusula contratual geral não ter sido por si objecto de regulação na ordem jurídica brasileira.

Donde resulta que, mesmo explorando todas as potencialidades de expansão das previsões legais, não é possível chegar a um sistema integrado na disciplina das cláusulas abusivas. O sistema civil – que não o do consumidor – está ainda por completar.

Mas isto é uma inversão, porque o que caracteriza antes de mais as pessoas é serem cives, cidadãos, e não consumidores.

13. Superação do voluntarismo?

Partimos da demonstração de que o nosso sistema é tributário do voluntarismo, triunfante a partir do séc. XVIII.

Mas vimos também que, neste como aliás em muitos outros sectores, se foram introduzindo correcções no modelo dominante, em

²³ Além da sua revisão em razão de factos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas. Mas neste caso há que considerar o disposto sobre a resolução do contrato por onerosidade excessiva, nos arts. 478 a 480 NCC.

que voltava a pairar, mais ou menos declarada, a preocupação pela Justiça do conteúdo.

O séc. XX terá encerrado um ciclo? O ponto de gravidade estará sendo deslocado de novo, da vontade para a Justiça do conteúdo?

Não há decerto um movimento que se afirme com essa finalidade. Mas em muitos sectores se chega igualmente à conclusão que situações manifestamente injustas não podem merecer protecção jurídica.

O novo Código Civil trouxe vários contributos ao domínio da relevância decisiva do conteúdo.

Prevê por exemplo a lesão, no art. 157.

Regula a onerosidade superveniente excessiva, nos arts. 478 a 480.

No que nos importa, regula o contrato de adesão e não fecha a porta à recepção da disciplina das cláusulas abusivas, através da relevância dada à desproporção ou desequilíbrio objectivo das prestações.

Até onde se pode chegar por este caminho?

Além das fronteiras a atribuir às cláusulas abusivas, não estará em germe um princípio mais radical, que se poderia enunciar assim: a manifesta injustiça do conteúdo retira à situação validade ou eficácia?

Este é um movimento em marcha, nalguns pontos até muito adiantado em vários países.

Há agora condições, com o novo Código Civil, para suscitar a questão também no Brasil.

A resposta não pode ser imediata. Tem de ser estruturada na análise de numerosas situações em que as consequências jurídicas normais sofrem embates em consequência da desproporção ou desequilíbrio das situações em presença.

E deve prolongar-se ainda na pesquisa de todo o regime jurídico que consequentemente lhes fica associada.

Mas isto é já outra linha de indagação. Por ora, basta ter deixado a porta entreaberta. ♦

A Evolução da Responsabilidade Civil e dos Contratos no Direito Francês e no Brasileiro *

ARNOLDO WALD

*Advogado. Doutor **Honoris Causa** pela Universidade de Paris, Professor Catedrático de Direito da UERJ.*

I. INTRODUÇÃO

1. Quero inicialmente manifestar minha profunda emoção pelo fato de estar voltando à Escola da Magistratura, cujo nascimento acompanhei, e ao Tribunal do Rio de Janeiro, onde iniciei a minha vida profissional, há mais de meio-século, e no qual tenho tido o prazer de militar como advogado durante mais de cinqüenta anos tendo, ainda, exercido os cargos de Procurador do Estado e de Procurador Geral da Justiça. Reencontro aqui amigos da mocidade, companheiros de faculdade e, ao lado deles, magistrados, advogados e estudantes bem mais jovens, mas que participam do nosso entusiasmo pelo aprimoramento do direito e da nossa luta por uma justiça eficiente, moderna e eqüitativa.

2. Também me regozijo por tratarmos aqui do direito comparado, que aproxima as nações e os homens numa fase de globalização, sendo um instrumento “indispensável para o progresso jurídico dos diversos países, oferecendo a possibilidade de utilizar, cada qual, as experiências alheias”.¹ É, em certo sentido, a geografia do direito, que, conjuntamente com a história, nos permite uma melhor compreensão do direito vigente e a criação de uma linguagem jurídica internacional cujo conhecimento se impõe cada vez mais num mundo em que as distâncias desapareceram.

3. O bicentenário do Código Civil Francês é também comemorado, no mundo inteiro, tendo em vista a sua importância histórica e a sua

* Palestra realizada na Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro no dia 04.06.2004

¹ TULLIO ASCARELLI, *Problemas das sociedades anônimas*, 1969, 2ª ed., São Paulo, Saraiva, p. 4.

divulgação mundial a qual fez Napoleão afirmar que mais do que suas batalhas o que ficaria da sua atuação como estadista seria o seu Código. Além disso, representa para os meios jurídicos europeus, um momento de reflexão quanto à atualidade do Código e à sua necessidade de revisão.

4. Ao mesmo tempo, examinando a influência que exerceu no mundo, e pensando já não mais tão-somente no passado, mas também no presente e no futuro, examina-se, no velho mundo, os novos Códigos inclusive o nosso Código Civil de 2002.

5. Podemos, assim, falar num verdadeiro redescobrimiento da América Latina no campo do direito. Cinco séculos após as viagens de CRISTÓVÃO COLOMBO e de PEDRO ÁLVARES CABRAL, que revelaram aos europeus a existência de um continente por eles desconhecido, passa a haver, no mundo inteiro, em 2004, por ocasião do bicentenário do Código Napoleão, a consciência de existir um direito latino-americano, que merece ser conhecido, estudado e divulgado.

6. Passamos, assim, de uma posição unilateralista ao multilateralismo, procurando-se estudar não só a influência do direito francês no Brasil, mas também a contribuição que o direito brasileiro pode dar à ciência jurídica do Velho Mundo. É o que se discutiu, pela primeira vez, em Paris, no Senado francês e na Faculdade de Direito de Paris, em inícios do corrente ano, começando-se uma nova forma de diálogo jurídico entre o Brasil e a França, que continua hoje, na Escola da Magistratura do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.

7. É, aliás, a primeira manifestação das celebrações do bicentenário, com a colaboração de juristas e magistrados franceses e brasileiros, que será sucedida por outra a ser realizada em Brasília, no Superior Tribunal de Justiça, abrangendo tanto a magistratura quanto a classe dos advogados, a Universidade e o Ministério Público.

8. Feita essa breve introdução, examinarei as condições em que foram elaboradas os Códigos Cíveis, na França e no Brasil, e em seguida a evolução da responsabilidade civil e dos contratos, nos dois países.

II. O CÓDIGO CIVIL FRANCÊS

9. Numa comemoração do bicentenário do Código Civil Francês, não se pode deixar de lembrar, em algumas palavras, o que ele representou, fazendo breves comparações com os nossos dois Códigos Cíveis, de 1916 e de 2002, para em seguida salientar as suas repercussões no regime dos contratos e da responsabilidade civil.

10. PORTALIS, que foi um dos seus principais co-autores, chegou a dizer que a aprovação do Código Civil foi um dos maiores bens que os homens se possam dar e receber. Na realidade, após a Revolução Francesa e a aprovação da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, faltava transformar os novos princípios políticos que passaram a reger a sociedade em normas específica, elaborando-se uma verdadeira constituição civil da França, à qual alude CARBONNIER, para substituir as normas vigentes no regime feudal que tinham sido revogadas.

11. É preciso lembrar que a monarquia tinha sido abolida, a nobreza tinha perdido os seus direitos, os bens nacionais tinham sido alienados pelo Estado a uma nova classe de proprietários e a propriedade tinha passado a ser exclusiva, deixando de existir o chamado anfiteatro enfiteutico, que identificava o poder político e os direitos sobre os bens. Era um mundo novo que se criava “baseado nos direitos de liberdade, de propriedade e de contratar”.

12. Pretendeu-se, assim, superar o caos legislativo anteriormente existente mediante a elaboração de um corpo de leis nacionais, uniformes, coerentes e harmônicas “destinadas a dirigir e fixar as relações de sociabilidade, família e interesses que as pessoas têm uma com as outras”.

13. Superava-se, outrossim, a dualidade dos direitos então existente na França entre o direito escrito e o direito costumeiro, cada um deles vigente numa parte do território francês, fazendo-se, pois, também do Código, um elemento de formação da nacionalidade.

14. Embora a idéia do Código tivesse sido bem discutida bem anteriormente, a sua elaboração realizou-se em quatro anos, propondo-se os seus autores a adaptação das antigas tradições jurídicas às novas idéias, num diploma inovador na forma, mas relativamente conservador no conteúdo. Nele viu-se um instrumento político para organizar uma nova sociedade e tal fato explica o interesse pessoal de NAPOLEÃO BONAPARTE que compareceu a 55 das 107 sessões em que o projeto foi discutido no Conselho de Estado.²

15. Embora inspirado nos princípios da Revolução Francesa, ou seja na liberdade, igualdade e fraternidade, o Código deu muita importância ao regime dos bens, destinando-se, no fundo, aos proprietários, casados, chefes de família e donos de empresa – embora ainda

² ROBERT BADINTER, *Le plus grand bien*, 2004, Paris, Fayard, p. 57.

artesanais na época – consagrando o princípio da autoridade. Autoridade do pai sobre os filhos, do marido sobre a mulher, do dono na gestão dos seus bens, do patrão sobre o assalariado.

16. Operou-se, assim, o que os economistas denominaram a “destruição criadora”, pondo fim a muitos institutos do antigo regime e criando-se um novo sistema jurídico que, embora com muitas modificações, iria perdurar por mais de dois séculos, salientando-se que, dos seus 2.281 artigos, 1.200 estão em vigor ainda hoje, com a sua redação inicial.³

17. Assim, enquanto a França mudou várias vezes de regime político e teve muitas constituições, manteve nas suas grandes linhas o seu Código Civil de 1804, como garantia básica do cidadão.

18. Embora evidentemente muito diferentes as situações que ocorreram na França e no Brasil, os nosso dois Códigos Cíveis também surgiram logo após grandes transformações sofridas pela sociedade, que não mais podia subsistir no caos e labirinto jurídico decorrentes de normas conflitantes, elaboradas em várias épocas sem que se soubesse o que estava ainda realmente em vigor. Cabe outrossim reconhecer que houvera uma importante mudança de escala de valores, exigindo uma reformulação não só da redação mas também do espírito das leis civis, abrangendo, em particular mas não exclusivamente os contratos e a responsabilidade civil.

19. Efetivamente, quando CLÓVIS BEVILAQUA foi incumbido, em 1899, de redigir o projeto de Código Civil, o Brasil acabava de sofrer, na década anterior, duas grandes transformações. A Lei Áurea tinha abolido a escravidão em 1888 e, no ano seguinte, a República tinha sido proclamada. Por outro lado, a sociedade brasileira estava sofrendo uma grande e rápida evolução econômica e social, com o nascimento da nossa pequena indústria e a criação de uma verdadeira classe média anteriormente inexistente.⁴

20. Acresce que o direito privado se apresentava de forma caótica, não obstante a Consolidação das Leis de TEIXEIRA DE FREITAS e o Código Comercial de 1850, que, ambos no fim do século XIX, já começaram a se tornar obsoleto.

³ ROBERT BADINTER, ob. cit., p. 13.

⁴ SAN TIAGO DANTAS, "Dois momentos de RUI BARBOSA", conferências, Rio de Janeiro, publicação da Casa de RUI BARBOSA, p. 16-17.

21. Podemos, assim, verificar uma certa correspondência histórica entre o Código Napoleão e o nosso de 1916, embora utilizassem formas de apresentação e terminologias técnicas distintas.

22. Um século depois, aprovamos o Código Civil de 2002, numa sociedade brasileira já industrializada prevalecendo a população urbana sobre a rural e imperando uma nova escala de valores decorrentes, em grande parte, da Constituição de 1988.

23. Por outro lado, antes do recente Código de 2002 havia um labirinto legislativo que se criara, em mais de oitenta anos, durante os quais as transformações mundiais superaram todas as previsões. Já no meio do século XX, a doutrina reconhecia que existiam no Brasil dois direitos paralelos: o do Código Civil que continuava a ser ensinado nas Faculdades e constava dos tratados e manuais jurídicos e, por outro lado, o das leis extravagantes e da jurisprudência. Havia, pois, a necessidade de uma reforma legislativa urgente que finalmente se conclui no início do nosso novo milênio.

24. Se o Código Civil de 1916 tinha princípios e regras que não se afastavam muito dos constantes do Código Napoleão, ao contrário o Código de 2002 tem raízes distintas e diverge da versão original do diploma francês, mas adota as lições da doutrina e da jurisprudência francesas assim como inovações introduzidas nas legislações de outros países, sem prejuízo de apresentar soluções próprias considerando a realidade social e econômica do nosso país.

25. Se no domínio da responsabilidade civil, seguimos de perto o direito francês, ao contrário, em relação ao atual regime dos contratos estamos afastados do Código Napoleão. Acresce que uma parte da doutrina francesa chega a propor uma revisão legislativa para se aproximar mais das soluções adotadas no Brasil em relação aos contratos.

III. A RESPONSABILIDADE CIVIL

26. HENRI DE PAGE chegou a afirmar que:

“O intérprete que, em nossa época, penetra no domínio da responsabilidade civil não pode deixar, desde as suas primeiras investigações, de lembrar o verso célebre que Dante coloca sobre a porta do Inferno:

‘Lasciate ogni speranza, voi che’ntrate’, - vós que entraís, deixai toda a esperança”

27. Na realidade, a evolução econômica e social fez da responsabilidade civil o problema central do direito privado no século XX. Com efeito, há um século que o movimento de idéias não tem sido tão intenso em nenhuma outra matéria. A revolução industrial transformou os dados da responsabilidade civil, que, de um dia para outro, dominou os tribunais, monopolizou os processos, fez convergir sobre ela os tratados e as monografias. A evolução tecnológica, as novas condições econômicas e a idéia da solidariedade social têm feito da responsabilidade civil o rumo das questões mais discutidas do direito privado contemporâneo. Suas numerosas aplicações têm ultrapassado todas as previsões. Inicialmente a prática e, depois, a doutrina se têm desenvolvido sob a pressão das necessidades da vida cotidiana. E, tendo feito tão depressa novas conquistas, a responsabilidade civil se vê proprietária de um campo imenso onde domina ainda a anarquia fecunda das grandes terras.

28. No entanto, o desenvolvimento da noção da responsabilidade civil não se explica somente pelos fatores econômicos, mas também pela psicologia particular do homem do nosso tempo, que se recusa a crer no inevitável, na fatalidade no acidente causado pela vida, procurando sempre um responsável, pelos danos e prejuízos que sofre.

29. Por outro lado, a questão da responsabilidade civil sai do quadro já muito amplo do Direito para suscitar um problema moral. E, assim, a discussão jurídica vai ultrapassando o domínio da técnica do Direito Civil para afetar, por suas conclusões, toda a escala dos valores. É uma área na qual, o jurista não se pode separar do filósofo e do moralista. É a equidade que gerou a teoria do risco. É a moral que mantém a teoria da culpa. O jurista deve pois considerar, ao lado das questões econômicas, o problema moral, e somente estudando a responsabilidade civil sobre esses dois planos é que se lhe poderá dar uma solução satisfatória.

30. O lado moral da questão foi assinalado por GEORGES RIPERT em seu livro: **A regra moral nas obrigações civil** e no prefácio do livro de RENÉ SAVATIER sobre a responsabilidade civil no qual salientou: *“Os juristas escrevem: devemos abandonar a idéia da culpa; é uma idéia antiga; o progresso a substituiu pela idéia do risco. Ousariam êles escrever: devemos esquecer que o homem deve proceder bem; devemos dizer-lhe: conduze-te como quiseres, por tua conta e risco; desde que pagues pelo dano causado”*.⁵

⁵ GEORGES RIPERT, *La Règle Morale dans les Obligations Civiles*, 1949, Paris, LGDJ. Prefácio do livro de RENÉ SAVATIER, *Traité de la Responsabilité Civile en Droit Français*, 1939, Paris, LGDJ, t. 1, p. XI.

31. Estudando a responsabilidade civil e seu desenvolvimento na França e no Brasil, cabe examinar a situação econômica dos dois países e as regras morais que os governam.

32. Sob o ponto de vista econômico, o Brasil consolidou uma economia capitalista em desenvolvimento que a França passou a conhecer após a Segunda Guerra Mundial. As leis de seguro obrigatório contra os acidentes do trabalho, e o direito trabalhista datam na França de 1898 e no Brasil do período que se inicia em 1930. A teoria do risco se impôs, na França, desde o fim do século XIX; no Brasil, ela começou a ser aplicada muito mais tarde em casos específicos, só tendo sido consagrada pela jurisprudência nos meados do século passado e datando a sua generalização do Código Civil de 2002.

33. Quanto aos fatores jurídicos e morais, o direito brasileiro pertence, como todos os da América do Sul ao grupo do direito francês. Ele se prende à mesma tradição do direito romano e aos mesmos preceitos do cristianismo e da civilização ocidental, mas se apresenta com incontestável originalidade.

34. Vemos por conseguinte que seria impossível não haver semelhanças profundas entre os direitos brasileiro e francês, no domínio da responsabilidade civil, já que as constantes morais, econômicas e políticas são as mesmas.

35. É preciso salientar que a influência francesa decorreu menos dos textos específicos do Código Napoleão do que da jurisprudência e da doutrina francesa, que adaptaram a lei às novas necessidades decorrentes da Revolução Industrial. Dizem os autores franceses que o Código só conseguiu sobreviver duzentos anos pelo fato de ter evoluído na prática, mediante uma jurisprudência construtiva que, sem abandonar a letra da lei, deu-lhe nova interpretação. Pelo Código, mas além do Código (par le Code mais au dela du Code) foi a diretriz que, durante muitos anos, os tribunais franceses aplicaram com a finalidade de manter o seu direito em condições de dar soluções adequadas, eficientes e equitativas aos conflitos de interesse.

36. Para tanto, usaram o que ORLANDO GOMES considerou como sendo verdadeiros “conceitos amortecedores” como, por exemplo, a teoria do abuso de direito, relativizando os efeitos do direito de propriedade e do contrato. O esforço realizado pela doutrina e pela jurisprudência mereceu, muitas vezes, ser posteriormente consagrado pela pró-

pria lei, como aconteceu no tocante à responsabilidade decorrente de acidentes de automóveis, que na França foi o resultado de uma verdadeira campanha dos professores de direito liderados por ANDRÉ TUNC, um dos grandes especialistas na matéria.

37. Foi, assim, que partindo de uma responsabilidade que, no Código Napoleão, se baseava exclusivamente na culpa, o direito francês elaborou sucessivamente teorias, como os da guarda de pessoas ou de coisas, desenvolvendo, assim, a culpa *in eligendo* e *in vigilando*, de tal modo que se aceitou a presunção de culpa. Inicialmente, em certos casos, tratava-se de presunção *juris tantum*, admitindo prova em contrário. Posteriormente, em relação à responsabilidade do empregador pelos danos cometidos pelo empregado, passou-se à chamada presunção *juris et de jure*, que não admite prova em contrário e que, na prática, equivale à responsabilidade objetiva.

38. Ao mesmo tempo, de modo gradual, admitiu-se um direito à segurança por parte da vítima da lesão de direito, abrangendo tanto a integridade física da pessoa como a intangibilidade dos seus bens. Assim, quando o direito à segurança sofria uma lesão surgia uma responsabilidade por parte do autor do dano. A doutrina explicou que houve um deslocamento do prisma pelo qual se examinava a responsabilidade civil. Abandonou-se, em alguns casos, a apreciação da conduta do autor do dano para garantir o direito à segurança de quem tinha sofrido a lesão.⁶

39. Essa evolução acabou ensejando dois campos distintos na área da responsabilidade civil. Na maioria dos casos, continuava-se a examinar a conduta do autor do dano e a responsabilidade civil dependia de culpa, provada ou presumida. Em outras relações, como os acidentes de trabalho, de veículos ou os decorrentes da atividade empresarial garantia-se a segurança da vítima, com base nas teorias da responsabilidade objetiva, baseada no risco ou nas situações de profunda desigualdade existente entre quem causava o dano e a vítima da lesão.

40. Evolução análoga tivemos no direito brasileiro. Deixando de lado a nossa legislação do século XIX, que foi pouco importante na matéria, o nosso Código Civil de 1916, se destinava a uma sociedade em

⁶ YVONNE LAMBERT-FAIVRE, "L'Évolution de la Responsabilité D'une Dette de Responsabilité à une Créance D'Indemnisation", in *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, jan.-mar. 1987, n. 86, p. 7 e seg.

grande parte rural e na qual a industrialização era rudimentar. Como vimos, poder-se-ia até comparar o Brasil de 1899 com a França do início do século XIX que estava saindo do clima revolucionário e necessitava manter os seus princípios, mas reorganizar o país. Em ambos os diplomas, o legislador se preocupou mais com a proteção do direito de propriedade do que com os aspectos sociais das relações entre indivíduos. Foram ambos os textos legislativos, códigos do proprietário e do chefe de família, sem maiores preocupações democráticas, nem sociais.

41. O Código Civil de 1916 se inspirou quanto à sua sistemática e a organização das matérias no texto do Código Civil alemão, que era o mais recente, tendo entrado em vigor no início do século XX. Dele e dos trabalhos de TEIXEIRA DE FREITAS aceitou a divisão em parte geral e especial e aboliu a distinção francesa entre delitos e quase delitos para tratar de ambos como sendo os atos ilícitos. Mas no seu espírito e no seu conteúdo, o Código de 1916 sofreu a influência tanto do Código Napoleão quanto da jurisprudência e da doutrina francesas. Assim, esclarece PONTES DE MIRANDA que dos artigos do nosso primeiro Código Civil, 900 decorrem do direito tradicional português e da doutrina brasileira e 170 inspiraram-se no direito francês, enquanto tão-somente 70 seguem o modelo alemão.⁷

42. É interessante notar que a divulgação do B.G.B. e das doutrinas alemãs foi feita, no Brasil, por juristas franceses como SALEILLES, DUGUIT e GÉNY. Os próprios autores alemães como SAVIGNY e IHERING têm sido sobretudo conhecidos por traduções francesas de suas obras.

43. No tocante à responsabilidade civil, a própria doutrina francesa reconhece que os textos do Código Napoleão não são excelentes (PLANIOL-RIPERT),⁸ mas a sua riqueza decorreu da interpretação construtiva que a jurisprudência lhes deu durante dois séculos. O mesmo se pode dizer dos artigos do nosso Código Civil de 1916, embora já se referisse ao abuso de direito, mas entendia que a responsabilidade por ato do empregado dependeria de prova da culpa do empregador.

44. No particular, foram a jurisprudência e a doutrina que transformaram a necessidade de prova da culpa à qual se referia o art. 1523

⁷ PONTES DE MIRANDA, *Fontes e Evolução do Direito Civil Brasileiro*, 1928, Rio de Janeiro, Pimenta de Mello, p. 119.

⁸ MARCEL PLANIOL e GEORGES RIPERT, *Traité Élémentaire de Droit Civil*, 1949, 3 ed., Paris, LGDJ, t. 2, p. 235.

do Código de 1916, em presunção inicialmente *juris tantum* e posteriormente *juris et de jure*, ensejando, assim, finalmente uma responsabilidade objetiva.

45. Assim, na década de 1930, o ilustre jurista VIRGÍLIO DE SÁ PEREIRA, que foi desembargador do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, examinando os problemas decorrentes de acidentes de bondes, reconheceu que a vítima devia ser ressarcida independentemente da culpa tanto do motorneiro, quanto da empresa exploradora da concessão, que era, na época da Light. Dizia o consagrado magistrado que o motorneiro podia ter culpa, mas não tinha recursos para indenizar a vítima e que a Light (empregadora) tinha dinheiro, mas não tinha culpa. Ora, era preciso que a vítima fosse ressarcida, tanto mais que a empresa de bondes realizava atividade lucrativa e tendo as respectivas vantagens devia arcar também com os ônus decorrentes. Construiu-se, pois, gradativamente, uma jurisprudência que garantia a indenização da vítima pela empresa, sem prejuízo da eventual ação regressiva que a mesma poderia ter contra o empregado se tivesse atuado culposamente. Algumas décadas depois, essa jurisprudência se sedimentou definitivamente ensejando, na década de 1960, a Súmula nº 341 do Supremo Tribunal Federal.

46. Tanto na França, como no Brasil, tivemos numerosas leis especiais estabelecendo a responsabilidade objetiva, como ocorreu em relação aos danos ao meio-ambiente e aos prejuízos causados ao consumidor, ampliando-se o campo da responsabilidade civil em relação às suas causas, aos danos ressarcíveis e ao valor e ao modo de calcular a indenização. Assim, adotamos no Brasil a teoria das dívidas de valor que, embora estudada em algumas teses, não teve muito sucesso na França, mas desenvolveu-se na Itália e na Alemanha. Permitiu-se, desse modo, que a indenização mantivesse um valor constante, no que se refere ao seu poder aquisitivo, não sendo corroída pela inflação. Trata-se de tese que defendemos no fim da década de 1950 e que a jurisprudência veio a consagrar invocando inclusive o exemplo da interpretação dada pelos tribunais da Alemanha que revalorizaram as indenizações com base no princípio da boa-fé.

47. Trata-se, hoje, de encontrar um justo equilíbrio entre o direito à segurança do cidadão e as atividades empresariais necessárias ao desenvolvimento da economia brasileira.

48. É um problema que tem preocupado a doutrina francesa, oscilando entre a culpa e o risco, entre a proteção da vítima ou do lesado, de um lado, e a apreciação do comportamento do autor dos danos.

49. Na França a teoria do risco data do ano de 1890, ligada seja ao art. 1.384 seja ao artigo 1.382. SALEILLES escreve que:

*“Se o feito deriva da personalidade própria do homem, se êle é sua obra, como diz o art. 1.382, e êle não diz outra coisa ... há responsabilidade civil, o que quer dizer que o risco é para aquêle que praticou o ato”.*⁹

50. Invocou pois SALEILLES o princípio ‘ubi emolumentum, ibi onus esse debet’. Mas de outra parte PLANIOL dizia, a respeito da teoria de culpa, que:

“verdadeiramente, o espírito jurídico conduziria a humanidade ao caminho da injustiça, se lhe fizesse rejeitar êste princípio (não há responsabilidade sem culpa) que é a base eterna da filosofia moral”.

51. Mas PLANIOL notava igualmente que a solidariedade social exigia que a grande infelicidade particular fosse compensada por uma leve carga comum. Este fim foi atingido pelas sociedades de seguro.

52. Sentia-se que havia razão de um lado e de outro. PLANIOL tinha razão quando declarava que a teoria da culpa não podia cessar de dominar as relações interindividuais. SALEILLES e JOSSERAND¹⁰ tinham razão quando exigiam em nome da eqüidade, a aplicação da teoria do risco nas relações entre patrões e operários e nos serviços de transporte. A moral não pode satisfazer-se senão pela teoria da culpa. A eqüidade exige freqüentemente a aplicação da teoria do risco. O equilíbrio social e o desenvolvimento econômico da sociedade exigem ora a aplicação de uma dessas teorias ora a de outra. É que existem, de um lado, as relações interindividuais, e de outro, as relações entre indivíduos e grupo social. No primeiro caso, em geral, é a teoria da culpa que deve dominar, no segundo a do risco.

53. Mais recentemente, como assinalamos, a teoria do risco foi substituída pela garantia da segurança à qual se referem os autores que escreveram a respeito na segunda metade e especialmente no fim do século XX.

⁹ SALEILLES, *Les Accidents de Travail et la Responsabilité Civile*, 1897, p. 5.

¹⁰ JOSSERAND, *Responsabilité du Fait des Choses*, 1897, p. 31, SALEILLES, *Les Accidents de Travail et la Responsabilité Civile*, 1897.

54. Tanto para o direito francês como para o direito brasileiro, novas soluções se impunham no momento de uma revisão legislativa, como a que tivemos com a elaboração do nosso novo Código Civil. O seu texto integrou as conquistas da jurisprudência e as aspirações da doutrina, instituindo a responsabilidade objetiva para determinados casos, sem prejuízo de manter a culpa como fundamento principal da responsabilidade civil. Neste sentido, esclarecem os artigos 927, 931, 932 e 933 que:

“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.

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

Art. 932 - São também responsáveis pela reparação civil:

I – os pais, pelo filhos menores que estiverem sob sua autoridade e em sua companhia;

II – o tutor e o curador, pelos pupilos e curatelados, que se acharem nas mesmas condições;

III – o empregador ou comitente, por seus empregados, serviçais e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir, ou em razão dele;

IV – os donos de hotéis, hospedarias, casas ou estabelecimentos onde se albergue por dinheiro, mesmo para fins de educação, pelos seus hóspedes, moradores e educandos;

V – os que gratuitamente houverem participado nos produtos do crime, até a concorrente quantia.

Art. 933 – As pessoas indicadas nos incisos I a V do artigo antecedente, ainda que não haja culpa de sua parte, responderão pelos atos praticados pelo terceiros ali referidos”.

55. Comentando os referidos artigos, esclarece o Professor MIGUEL REALE que:

“Responsabilidade subjetiva ou responsabilidade objetiva? indagava eu. Não há que fazer essa alternativa. Na realidade, as duas formas de responsabilidade se conjugam e se dinamizam. Deve ser reconhecida, penso eu, a responsabilidade subjetiva como norma, pois o indivíduo deve ser responsabilizado, em princípio, por sua ação ou omissão, culposa ou dolosa. Mas isto não exclui que, atendendo à estrutura dos negócios, se leve em conta a responsabilidade objetiva. Este é um ponto fundamental. O conceito de estrutura não é privilégio do estruturalismo, que é um dos tantos modismos filosóficos do nosso tempo. O conceito de estrutura ao contrário, é um conceito sociológico e filosófico fundamental, como no-lo mostra a obra de Person ou de Merton, e desempenha papel cada vez mais relevante no mundo do Direito, esclarecendo o antigo e renovado conceito de natureza das coisas, cuja aceitação independe, não é demais adverti-lo, para evitar equívocos correntes, do fato de admitir-se, ou não, qualquer modalidade de Direito Natural.

‘Pois bem, quando a estrutura ou natureza de um negócio jurídico, como o de transporte ou de trabalho, só para lembrar os exemplos mais conhecidos, implica a existência de riscos inerentes à atividade desenvolvida, impõe-se a responsabilidade objetiva de quem dela tira proveito, haja ou não culpa.’

O reconhecimento da responsabilidade objetiva ocorre, hoje em dia, no Direito de todos os países cultos, bastando lembrar, nesse sentido, as Súmulas 341 e 492 do Supremo Tribunal Federal”.¹¹

56. Essa evolução paralela dos dois direitos foi objeto de vários trabalhos, destacando-se, entre os mais recentes, o excelente comentário ao novo Código Civil do Ministro CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO e do Desembargador SÉRGIO CAVALIERI FILHO, a respeito dos arts. 927 a 965, cujo capítulo de Introdução se inicia e termina com citações do Professor LOUIS JOSSERAND. Inicia-se lembrando, com o mestre de LION, que houve uma verdadeira revolução no tocante à responsabilidade civil pois, na matéria, “a verdade de ontem não é mais a de hoje, que deverá, por sua vez, ceder o lugar à de amanhã”. E termina afirmando com o eminente jurista francês, que:

¹¹ MIGUEL REALE, “Estudos Preliminares do Código Civil”, 2003, São Paulo, *Revista dos Tribunais*, p. 67-68

*“A responsabilidade civil continuará dominando todo o direito das obrigações, toda a vida em sociedade. É será a grande sentinela do direito civil mundial. Sua história é a história do triunfo da jurisprudência e também da doutrina, e mais geralmente, do espírito e do senso jurídico”.*¹²

IV. A EVOLUÇÃO DO CONTRATO

57. Poucos institutos sobreviveram por tanto tempo e se desenvolveram sob formas tão diversas quanto o contrato, que se adaptou a sociedades com estruturas e escalas de valores tão distintas quanto as que existiram na Antigüidade, na Idade Média, no mundo capitalista e no próprio regime comunista.¹³

58. Para os juristas, magistrados e advogados brasileiros, ainda acostumados aos princípios que inspiraram o Código Civil de 1916, mesmo quando flexibilizados pelas chamadas leis extravagantes, o Código de 2002 apresenta o contrato sob novas vestimentas, com finalidades e regime jurídico que se afastam do nosso direito clássico, justificando uma reflexão sobre a matéria.

59. Na realidade, o contrato nasceu formalista e típico, no direito romano, para transformar-se num instrumento cuja validade e eficácia decorria do fato de ser uma manifestação de vontade do indivíduo e, em conseqüência, um instrumento vinculatório, constituindo a lei entre as partes, na concepção do Código Napoleão.

60. Por longo tempo, entendeu-se, tanto no direito francês como no brasileiro, que os pactos deviam ser respeitados religiosamente (*pacta sunt servanda*), pois refletiam um ato de liberdade individual. O contrato, pela sua própria natureza, por decorrer de um acordo de vontades, devia ser considerado justo e, conseqüentemente, era intangível, devendo ser executado, custasse o que custasse, de acordo com a intenção das partes, ressalvada tão-somente a ocorrência da força maior e do caso fortuito.

¹² CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO E SÉRGIO CAVALIERI FILHO, *Comentários ao Novo Código Civil* (art. 927 a 965), 2004, vol. XIII, Rio de Janeiro, Forense, p. 42.

¹³ F. C. DE SAN TIAGO DANTAS, *Evolução Contemporânea do Direito Contratual*, Forense, n° 139, p. 5-13, e RENÉ DAVID, *Traité Élémentaire de Droit Comparé*, Paris, 1950, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, p. 328.

61. Surgiram, aos poucos, as limitações tanto à liberdade de contratar, ou de não contratar, quanto à liberdade contratual, ou seja, à fixação do conteúdo do contrato. Embora se mantivesse, como regra geral, a onipotência da vontade individual, com a possibilidade de criação dos mais variados contratos inominados, atípicos e mistos, o legislador, ampliando a área da ordem pública econômica, foi restringindo o conteúdo da autonomia da vontade.

62. A liberdade, no plano contratual, tem sofrido amplas restrições, especialmente no tocante à faculdade de fixar o conteúdo do contrato (liberdade contratual), pois muitos contratos são hoje verdadeiros contratos de adesão, cujo texto depende de aprovação prévia de organismos governamentais ou nos quais, tratando-se de contratos de massa, o aderente não tem condições de discutir as cláusulas. Quanto à liberdade de contratar, tem sido mantida em termos gerais, nos países democráticos, embora, em determinados casos, o fato de deixar de vender determinado artigo possa constituir infração à lei, por considerar o sistema legislativo vigente tais omissões como contrárias à ordem econômica.

63. Em tese, a liberdade contratual só sofre restrições em virtude da ordem pública, que representa a projeção do interesse social nas relações interindividuais. O *ius cogens*, o direito imperativo, defende os bons costumes e a estrutura social, econômica e política do país. Em determinada fase, a ingerência da ordem pública em relação aos contratos se fazia sentir principalmente pelo combate à usura, proibindo as leis medievais as diversas formas de agiotagem. Quanto aos outros contratos, as limitações, até o século XIX, eram em menor número.

64. As idéias solidaristas e socialistas foram defendidas pela doutrina francesa de LÉON DUGUIT e RENÉ DEMOGUE, no início do século XX, e reconheceram a existência do dirigismo contratual,¹⁴ expandindo-se a área das normas de ordem pública destinadas a proteger os indivíduos fracos, favorecendo o empregado, pela criação do direito do trabalho, o inquilino, com a legislação sobre locações, e o consumidor, por uma legislação específica em seu favor. Por outro lado, o *dirigismo contratual* restrin-

¹⁴ LÉON DUGUIT, *Les Transformations Générales du Droit Privé Depuis le Code de Napoléon*, 1999, Paris, Éditions La Mémoire du Droit, 2a éd., p. 24; RENÉ DEMOGUE, *Traité des Obligations*, 1994, Bad Feilnbach, Schmidt Periodicals GMBH, III, p. 331; e RENÉ SAVATIER, *Les Métamorphoses Économiques et Sociales du Droit Civil d'Aujourd'Hui*, 1952, Paris, Dalloz, 2a éd., p. 19

giu a autonomia da vontade, em virtude da elaboração de uma série de normas legislativas, fixando princípios que os contratos não podem afastar (salário mínimo, tabelamento de gêneros alimentícios, fixação de juros) e assegurando a livre concorrência pela legislação anti-truste.

65. O contrato passou, assim, em certos casos, a ter um maior conteúdo de ordem pública, decorrente da lei, podendo alcançar até pessoas que nele não foram partes, como ocorre na convenção coletiva de trabalho. Temos então uma “convenção-lei”, definida pela doutrina como “um ato legislativo, elaborado por via convencional”.

66. A obrigatoriedade dos contratos constitui, por sua vez, uma projeção, no tempo, da liberdade contratual, pois as partes são obrigadas a realizar as prestações futuras decorrentes do contrato. O direito contemporâneo também limitou, todavia, tal obrigatoriedade, interpretando-a de acordo com a cláusula implícita *rebus sic stantibus*, desenvolvido pelo Conselho de Estado da França, e pela jurisprudência e doutrina brasileiras, permitindo a revisão ou a resolução do contrato no caso de haver transformações sérias e imprevisíveis, das circunstâncias.

67. Durante muito tempo, considerou-se que, na maioria dos casos, o contrato compunha interesses divergentes, que nele encontravam uma forma de solução, como acontece nos casos da compra e venda, da locação, da empreitada etc. Os contratos que constituem liberalidades são relativamente menos importantes e só recentemente é que a doutrina foi admitindo a importância crescente dos chamados contratos de colaboração, de cooperação e de organização, que existem tanto no direito privado, quanto no direito público.

68. Nos últimos anos, deixou-se, no entanto, de conceber o contrato como instrumento necessariamente decorrente ou representativo de interesses antagonísticos, chegando os autores e a própria jurisprudência a admitir, inicialmente nos contratos de longo prazo mas, em seguida, em todos eles, a existência de uma *affectio* - a *affectio contractus* -, com alguma semelhança com outras formas de colaboração como a *affectio societatis* ou o vínculo conjugal.

69. Em vez de adversários, os contratantes passaram, num número cada vez maior de contratos, a ser caracterizados como parceiros, que pretendem ter, um com o outro, uma relação equilibrada e eqüitativa, considerando até os ideais de fraternidade e justiça. Já no início do século passado, alguns autores franceses, como RENÉ

DEMOGUE, referiam-se ao contrato como sendo “uma união de interesses equilibrados, um instrumento de cooperação leal, uma obra de confiança mútua”.¹⁵ Mais recentemente, outros autores desenvolveram a tese da equação contratual, inspirada no direito administrativo, para vislumbrar no contrato um instrumento de colaboração entre os contratantes, no interesse de ambos e da própria sociedade.

70. Há, pois, uma evolução na qual, após termos abandonado a caracterização do contrato como manifestação ilimitada da liberdade individual, lhe demos uma nova conceituação, na qual prepondera, ou deveria preponderar, sobre a intenção e a vontade individual de cada um dos contratantes, o consenso que entre eles se formou, sem que seja lícito, a qualquer um deles, tirar uma vantagem maior do que a razoavelmente aceitável, no momento tanto da celebração do contrato, como em todo o período da sua execução, quando se trata de convenções com efeitos duradouros ou diferidos.

71. No passado, o contrato permitia às partes evitar todos os riscos futuros, garantindo-lhes a imutabilidade das prestações convencionadas e a sobrevivência da convenção diante de fatos imprevisíveis, mesmo quando alteravam substancialmente a equação contratual. Hoje, o contrato perdeu essa perenidade, mas ganhou flexibilidade, sacrificando-se alguns benefícios eventuais ao interesse comum das partes que se presume e ao interesse social.

72. Em recente estudo, a Professora CATHÉRINE GHIBERGE-GUELFUCCI pretendeu que o contrato, no passado, era uma espécie de bolha ou uma ilha, sendo independente, alheio aos acontecimentos e prevalecendo sobre as eventuais modificações fáticas e legislativas. Atualmente, o contrato se transformou num bloco de direitos e obrigações de ambas as partes, que devem manter o seu equilíbrio inicial, num vínculo

¹⁵ RENÉ DEMOGUE chega a caracterizar a relação entre o credor e o devedor como sendo um verdadeiro microcosmo, uma sociedade na qual ambas as partes devem trabalhar para atingir um fim comum, surgindo, entre eles, um dever de colaboração (RENÉ DEMOGUE, *Traité des Obligations en Général*, 1931, Paris, Librairie Arthur Rousseau, t. VI, n° 3, p. 9).

ou até numa entidade.¹⁶ Vínculo entre as partes, por ser obra comum das mesmas, o contrato torna-se pois, uma entidade constituída por um conjunto dinâmico de direitos, faculdades, obrigações e eventuais outros deveres, que evolui como a vida, de acordo com as circunstâncias que condicionam a atividade dos contratantes.

73. Assim, em vez do contrato irrevogável, fixo, estático e cristalizado de ontem, conhecemos um contrato dinâmico e flexível, que as partes devem adaptar para que ele possa sobreviver, superando, pelo eventual sacrifício de alguns dos interesses das partes, as dificuldades encontradas no decorrer da sua existência. A plasticidade do contrato transforma a sua própria natureza, fazendo com que os interesses divergentes do passado sejam agora convertidos numa verdadeira parceria, na qual todos os esforços são válidos e necessários para fazer subsistir o vínculo entre os contratantes, respeitados, evidentemente, os direitos individuais.

74. Dentro desse conceito de parceria, admite-se a anulação do contrato por lesão, a sua resolução ou a sua revisão em virtude da excessiva onerosidade, a cessão do contrato e a assunção da posição contratual, a oponibilidade das cláusulas contratuais a terceiros não contratantes, a vinculação ou a relação de dependência que se estabelece entre contratos conexos e subordinados uns aos outros¹⁷, inclusive com a eventual substituição de cláusulas e a mitigação das sanções. O Supremo Tribunal Federal chegou a admitir que determinados contratos estavam tão ligados uns com os outros que poderiam ser considerados como verdadeiros “irmãos siameses”.¹⁸

75. Trata-se de uma verdadeira nova concepção do contrato, já agora como ente vivo, como vínculo que pode ter um conteúdo variável, complementado pelas partes, por árbitros ou até pelo Poder Judiciário,

¹⁶ **J. MESTRE**, "L'Évolution du Contrat em Droit Privé Français", in **L'Évolution Contemporaine des Contrats, Journées Savatier**, 1985, Paris, Presses Universitaires de France, 1986, p. 45 e seg.; **CATHÉRINE GHIBERGE-GUELFUCCI**, "Libres Propos sur la Transformation du Droit des Contrats", in **Revue Trimestrielle de Droit Civil**, nº 2 de 1997, p. 357 e seg.; **DENIS MAZEAUD**, "Loyauté, Solidarité, Fraternité: la Nouvelle Devise Contractuelle", in **L'Avenir du Droit**, Paris, Dalloz, 1999, p. 603 e seg.

¹⁷ **BERNARD TEYSSIÉ**, **Les Groupes de Contrats**, 1975, Paris, "Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence", *passim*, e **GEORGES VIRASSAMY**, **Les Contrats de Dépendance**, 1986, Paris, "Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence", *passim*.

¹⁸ RTJ 76/618 e 77/884 e ainda **ARNOLDO WALD**, **Obrigações e Contratos**, 2001, 15ª ed., São Paulo, n. 81, e **Estudos e Pareceres de Direito Comercial**, 1979, São Paulo, Revista dos Tribunais, p. 184 e seg.

e no qual, ao contrário do que acontecia no passado, a eventual nulidade ou substituição de uma cláusula não põe necessariamente em perigo toda a estrutura da relação jurídica. Essas modificações surgiram tanto na jurisprudência quanto em virtude do trabalho doutrinário realizado pela extensão que se deu do conceito de boa-fé¹⁹ e pelas obrigações implícitas de leal execução do contrato, significando um dever, imposto às partes, de encontrar uma solução para os eventuais impasses que possam surgir. Por outro lado, também exerceram importante influência sobre a nova conceituação do contrato as normas extravagantes e as chamadas leis de emergência, assim como a inspiração de certos ramos mais recentes da ciência jurídica, como o direito do consumidor e o desenvolvimento que passou a ter a equação contratual no direito administrativo.²⁰

76. Num mundo em que nada mais é absoluto, o contrato, para subsistir, aderiu ao relativismo, que se tornou condição *sine qua non* da sua sobrevivência no tempo, em virtude da incerteza generalizada, da globalização da economia e da imprevisão institucionalizada. A indeterminação das prestações contratuais, que era inconcebível no passado, também está vinculada à inflação, à oscilação do câmbio e às rápidas mudanças tecnológicas, fazendo com que as partes adotem determinados critérios para definir os seus direitos, aceitando prestações indeterminadas no momento da celebração do contrato, mas que se tornam determináveis no momento de sua execução.

77. Por outro lado, a eventual necessidade de substituir certas cláusulas contratuais, sem afetar as bases da equação contratual, obrigou os contratantes a realizarem uma verdadeira sintonia fina para distinguir as cláusulas principais ou essenciais das demais, destacando aquelas sem a presença das quais o contrato não teria sido assinado das que foram consideradas inicialmente como meramente complementares ou acessórias. Por outro lado, cabe-lhes verificar se as eventuais mutações sofridas pelas cláusulas principais permitem manter a equa-

¹⁹ JUDITH MARTINS-COSTA, *A Boa-Fé no Direito Privado*, 1999, São Paulo, Revista dos Tribunais, e ARNOLDO WALD, "La Bonne Foi: Dans L'Exécution du Contrat, Rapport Brésilien", in *Travaux de L'Association Henri Capitant*, XLIII, La Bonne Foi (*journées louisianaises*), Paris, Litec, 1994, p. 252-264.

²⁰ ARNOLDO WALD, "O Equilíbrio Econômico e Financeiro no Direito Brasileiro: A Contribuição do professor CAIO TÁCITO", in CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO (org.), *Estudos em homenagem ao professor CAIO TÁCITO*, Rio de Janeiro, Renovar, 1997, p. 75-97.

ção contratual inicial ou se, ao contrário, as modificações surgidas no contexto tornam imperativa a resolução do mesmo.

78. O contrato, realidade viva, forma de parceria, com direitos e obrigações relativas, constitui uma verdadeira inovação para os juristas, mas decorre de um imperativo categórico do mundo de hoje que é, caracterizado como sendo o da descontinuidade, da incerteza e da mudança. Assim, autores franceses recentes puderam afirmar que as regras do direito dos contratos se tornaram relativas, pois:

*“o contrato é mais ou menos obrigatório, mais ou menos oponível (a terceiros), mais ou menos sinalagmático ou mais ou menos aleatório e uma nulidade ou uma resolução é mais ou menos extensa”.*²¹

79. Por longo tempo, manteve-se a estrutura tradicional do contrato, considerando-se como exceções as regras que, aos poucos, estavam alterando a escala de valores em que se fundamentou. A generalização das exceções está agora exigindo uma reformulação do regime jurídico do contrato, pois não houve tão-somente modificações técnicas, mas uma verdadeira mudança de concepção, que exige uma reformulação dogmática. Trata-se de passar do absoluto para o relativo, respeitando os princípios éticos e sem perder um mínimo de segurança, que é indispensável ao desenvolvimento da sociedade.

80. Se, há meio século, uma parte dessa evolução já tinha ocorrido, os juristas da época ainda podiam admitir que as modificações eram necessárias mas que uma revisão de alguns dos artigos do Código Civil bastaria.²²

81. Já no início do terceiro milênio, foi preciso reconhecer que o contrato, para sobreviver, exige que se lhe dê uma função social e uma nova estrutura, dela extraíndo as conseqüências necessárias. Efetivamente, o número de exceções à aplicação dos princípios gerais do contrato clássico já alcança um nível que não mais permite fazer com que prevaleçam as regras gerais, sob pena de ensejar o predomínio da ficção sobre a realidade.

82. Foi o que fez o Código Civil de 2002, ao admitir que o contrato devia ter uma função social, ser celebrado e executado de boa-fé, estabelecendo, desde o início, prestações equilibradas e suscetíveis de

²¹ P. MALAURIE e L. AYNES, *Cours de Droit Civil, Les Obligations*, 1995, 6ª ed., Paris, Editions Cujas, p. 170.

²² SAN TIAGO DANTAS, "Nova Dogmática Jurídica", in *Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2002, nº 18, p. 241.

revisão no caso de desequilíbrio que importasse em prejuízo excessivo para uma das partes e vantagem extrema para a outra. (art. 421, 422 e 478 e 479) É o seguinte o texto dos mencionados artigos:

“Art. 421 – A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato.

Art. 422 – Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.

Art. 478 – Nos contratos de execução continuada ou diferida, se prestação de uma das partes se tornar excessivamente onerosa, com extrema vantagem para a outra, em virtude de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, poderá o devedor pedir a resolução do contrato. Os efeitos da sentença que a decretar retroagirão à data da citação.

Art. 479 – A resolução poderá ser evitada, oferecendo-se o réu a modificar eqüitativamente as condições do contrato”.

83. Essa nova concepção do contrato corresponde também ao ideal da mais moderna doutrina francesa. Efetivamente, em colóquio realizado em Lille, foi sustentada uma concepção solidarista e equilibrada do contrato. É mais, nas suas conclusões, o Professor PHILIPPE JESTAZ, resumindo as posições dos seus colegas disse que estavam sonhando com uma reforma legislativa na qual se desse ao contrato uma verdadeira função social, exigindo-se que sempre fosse equilibrado. Verificamos, assim, que há juristas franceses que sonham com um Código análogo ao nosso.²³

84. Vemos assim que, se durante muito tempo e em muitas matérias pudemos receber as lições da doutrina e da jurisprudência francesa, já hoje, no campo contratual, com o Código de 2002, o direito brasileiro pode também, por sua vez, dar uma contribuição importante no momento da revisão da legislação francesa. ◆

²³ É o seguinte o texto em francês das mencionadas conclusões:

«Depuis quelques heures, nous nous prenons à rêver qu’un Garde des sceaux législateur, émule de MM. JEAN FOYER et BADINTER, fasse un jour procéder à une refonte générale des articles du code civil consacrés aux obligations. Et pour rester fidèles à l’esprit du colloque, nous aimerions alors que la nouvelle version laissât une place importante à la conception commutative du contrat, sans pour autant renier un certain nombre de principes, en l’absence desquels - nous en donnons acte à nos contradicteurs - il n’y aurait plus de contrat du tout. Ces principes devraient simplement être conciliés avec d’autres, nouvellement affirmés. L’exercice de rédaction serait difficile, mais notre ami GHESTIN, pour ne citer que lui, aurait sûrement le talent d’élaborer un excellent projet. (In CHRISTOPHE JAMIN, et DENIS MAZEAUD, **La Nouvelle Crise du Contrat**, 2003, Paris, Dalloz, p. 247).

O Futuro da Codificação e o Jurista do Amanhã; Idéias para um Debate

Luiz Edson Fachin

Professor Titular de Direito Civil e Diretor da Faculdade de Direito da UFPR. Procurador do Estado do Paraná.

I - Para inaugurar a Introdução

Principiemos por uma metáfora. As luzes no palco iluminam Martín Santomé, protagonista de uma novela¹ *La tregua*, escrita por Mario Benedetti². A aparente incoerência daquele homem estava entre a supostamente incontornável rotina diária, fonte de flagrante desencantamento, e a impossibilidade de converter seu consciente sentimento de vida sonogada em alavanca de transformação.

Volvemos essas luzes para o privado jurídico clássico, onde a codificação é protagonista de uma contradição: a regulação dos papéis e a resistência à força construtiva dos fatos marginais ao Código.

Em Martín Santomé, somente quando um evento rompe o enfado cotidiano dá-se uma *tregua* na vida resignada daquele homem. No teatro, um paradoxo que aparece naquela obra de teatro, inspirada em um fato real. No palco, ao início, está um homem de 49 anos, prestes a se aposentar, conformado, entregue à própria circunstância e que contava, dia a dia, o tempo faltante para encerrar sua rotina, e, ao término da peça teatral, com 50 anos, o mesmo homem, à espera do fim, contemplativo, vassalo de sua própria resignação.

¹ BENEDETTI, Mario. **La tregua**. Arca Editorial – Editorial Nueva Imagem: Montevideo, 1992. Como ya se escribrió, “la novela cuenta un año en la vida de Martín Santomé. Cuando comienza, su protagonista tiene 49 años, tres hijos, es viudo hace 25 y anhela su pronta jubilación. Cuando termina, ha cumplido los 50, es su último día de trabajo y arrastra la aventura y desventura de su amor otoñal con la joven Laura Avellaneda que nace, crece e muere en el transcurso de ese año”.

² Mario Benedetti, após publicar, em 1945, seu primeiro livro **La víspera indeleble**, escreveu várias novelas, livros de contos, e, especialmente, poesia; jornalista, trouxe a lume diversos trabalhos de crítica literária. Nasceu em 14 de setembro de 1920 (BENEDETTI, Mario. **Antologia poética**; seleção, tradução e apresentação de Julio Luis Gehlen. Rio de Janeiro: Record, 1988).

Na codificação civil, tênue jurisprudência, pálida doutrina, desencontrada legislação deságuam em uma *trégua* contemporânea que pode responder por constitucionalização, repersonalização, despatrimonialização. A clivagem entre o Código e a Constituição. A travessia dos códigos ultrapassados aos supostos sopros de juventude emancipatória no Direito tradicional, rebaixando as fronteiras entre o público e o privado.

Eis a *trégua* para Martín Santomé, período de amor que se acaba com a morte da amada. As cenas revelam, no interregno desse ano que antecede a sua aposentadoria, entre o homem do início do espetáculo e o homem do final de tal *mise-en-scène*, o nascimento, o crescimento e a morte de um amor outonal, fora de estação, que parecia ter renascido Martín Santomé. Foi apenas uma *trégua*, breve luz, que nasceu, passou por ele, temporariamente, mal lhe tocou, e se apagou, fugaz. Dessas luzes que, mesmo em efêmera passagem, parecem existir para revelar a imensa escuridão. Continuou Martín Santomé ao sabor do vento ou mesmo da correnteza.

Qual será a *trégua* para esse Direito cujo passado quiçá já acabou e o futuro ainda poder eventualmente estar por se constituir?

Para Santomé, ao final, o paradoxo entre a falta de tempo para tomar conta do que realmente converte a vida e a disponibilidade das horas pretensamente livres³, espelha a diferença entre duas perspectivas e dois planos. A primeira perspectiva contrapõe o saber como cartolina decorativa àquela outra, de movimento e de mudança. Já o primeiro plano toma a história como museu a ser contemplado, feito cultura apressada e superficial; o segundo plano, porém, apreende tempo e lugar presentes no contemporâneo, ao menos aptos a lançar luzes sobre a sociedade e o Estado.

É dessa segunda ordem de idéias que iremos tratar, captando, menos a vida inteira conformada de um Martín Santomé passivo e restrito, mas sim o intervalo criativo do que não dá armistício e reflete como forma de proposição transformadora.

Apenas o exercício de uma possibilidade.

³ São palavras de Martín Santomé: "Ultimo dia de trabajo ... Se acabo la oficina. Desde mañana y hasta el día de mi muerte, el tiempo estará a mis ordenes. Después de tanta espera, esto es ócio. Qué haré con él?" (à página 180 da obra **La tregua**, antes mencionada).

II – Refletindo sobre a codificação e as famílias jurídicas romano-germânicas ocidentais

O modelo civilista herdado dos valores vigorantes no final do século passado está na pauta das discussões. Fala-se, agora mais que antes, numa principiologia axiológica de índole constitucional diante das crises e transformações que emergem das novas demandas calcadas em ideais como a plena cidadania, gerando mudanças nos papéis tradicionalmente cometidos aos institutos fundamentais do Direito Civil: trânsito jurídico (contrato), projeto parental (família) e titularidades (posse, apropriação).

É legítimo, por conseguinte, indagar se o ordenamento jurídico tem respondido adequadamente às exigências que os fatos sociais impõem. Para tanto, compreender a *constitucionalização* do Direito Civil é imprescindível. Essa *virada de Copérnico*, operada na dicotomia Código Civil e Constituição é o marco espacio-temporal dessas reflexões.

Premissas inaugurais fundam os trabalhos que podem nascer dessa idéia, dentre elas, a de não considerar o Direito e o mundo uma mera evidência, agrupando aqueles que não se acostumaram, ainda, com o mundo em si, com as coisas, e não deixaram, quiçá, que tudo se convertesse numa gigantesca “normalidade”, dada, “prêt-à-porter”.

A releitura de estatutos fundamentais do Direito Privado é útil e necessária para compreender a crise e a superação do sistema clássico que se projetou para o contrato, a família e o patrimônio. Trata-se de um debate em aberto, poroso e plural.

A complexidade desse fenômeno apresenta, neste momento, um interessante banco de prova que se abre em afazeres epistemológicos que acolhem as novas demandas da juridicidade. Através desse exame nasce um caminho que é, ao mesmo tempo, desafio.

O ponto de partida pode estar fincado na observação colhida dos fatos, indicadores de manifesta tendência de rearranjo social dos modelos. E esse estudo deve considerar a problemática jurídica como problema social e como tendência a análise crítica de seus reflexos na legislação, na doutrina e na jurisprudência.

Cogita-se de aprofundar uma revisão crítica principiada e não terminada, dado que não basta mais revelar a franca decadência que sofreram as bases sobre as quais se edificaram os institutos jurídicos. Não se trata de uma crise de formulação, eis que o desafio de um novo ou renovado Direito Civil está além de apenas reconhecer o envelhecimento do dogmatismo.

Entre a resistência muita viva à transformação e às necessidades que se impõem pelos fatos, o papel a ser exercido, nesse campo, pelos operadores do Direito, poderá antecipar, em parte, aquilo que virá. Essa via mesma há de ser submetida à prova: o que está se passando no Direito Civil (*a constitucionalização e a repersonalização*, por exemplo) se trata de uma renovação por dentro e ao fundo vai, ou são apenas retoques que operam na estrutura do projeto racionalista que fundou as codificações privadas? Esta interrogação sugere pensar se o passo à frente que se esboça é uma mudança efetiva ou será tão-só a última fronteira de um sistema oitocentista moribundo que agoniza, mas ainda não esgotou.

Há um vazio na doutrina civilística que vai do desconhecimento à rejeição de novas idéias, e quando tênues construções metodológicas se avizinham das atividades de estudo, a técnica engessada das fórmulas acabadas torna a tentativa um tema perdido no ar.

Recusar essa direção, sem desconhecer o saber clássico, e contribuir para a sua superação significa reconhecer que consciência social e mudança integram a formação jurídica. Representa, ainda, um compromisso com o chamamento à verdadeira finalidade do ensino e da pesquisa jurídica, um desafio que questiona.

Para tanto, a dimensão histórica e cultural soa fundamental, especialmente para apreender que a moldura dos pilares fundamentais do privado imposta precede, de certo modo, à própria configuração contemporânea do Estado neste século. Para ilustrar, o antigo sistema fundado no Código Civil francês de 1804 cujos valores se projetaram sobre o Código Civil brasileiro de 1916 (e em boa parte sobre a nova codificação civil) forneceu estreitos limites sob horizontes oitocentistas, calcado num modelo ultrapassado.

As mudanças percebidas ao longo de décadas, desde a primeira metade deste século, não foram suficientes para compor, entre nós, um novo sistema de relações. Em 1988, com a nova Constituição Federal, há formalmente um certo rompimento teórico com o “standard” privado clássico, abrindo as portas para uma reforma que ainda não se realizou.

Essa perspectiva funda uma crença quase sempre inabalável na relevância cada vez maior da verdadeira educação jurídica, uma formação distante de um adestramento embalsamado pela exegese estrita do direito instituído, e sempre voltada para os fatos sociais, rente à vida e às circunstâncias.

Esse é o desafio que não confunde estudo e pesquisa com confinamento intelectual. Pensar longe da mera exegese. Distante da superficialidade como não fizeram os bacharéis de então que nos primeiros anos do século se dedicaram a um verdadeiro “torneio de mandarins” em torno da redação de uma lei, como o foi com o projeto do Código Civil, pouco importando realmente o conteúdo, *dando valor ornamental à inteligência, ao talento como prenda, numa erudição desinteressada e descomprometida.*

Abrir-se para esse horizonte é uma opção de sentido que se afasta das concepções didáticas meramente ilustrativas; é um caminho de sacrifícios e eleição de finalidade que não convive com a inércia e com a repetição.

Para pensar um novo ou renovado Direito Civil, a partir de seus pilares fundamentais, o contrato, o projeto parental e as titularidade, o espaço é aqui e em diversos lugares, e o tempo é agora, síntese do passado que restou e do futuro ainda por se estabelecer.

A vigência do novo Código Civil e o principiar do século XXI testemunham tempos frutíferos de inquietude, denunciam dilemas expostos na fratura social, arrostam a exclusão econômica e jurídica, e apontam para novas situações sociais. Eis o nó em desate pela contemporaneidade, cujos elos se projetam da sociedade para o ninho familiar. Afastando-se dos laços formais, são valorizadas as relações de mútua ajuda e afeto, com índices cada vez maiores de uniões não matrimonializadas.

Tomemos esse exemplo para pensar. Tal via parece-nos distante da mera reprodução de saberes dogmáticos, e identifica-se o Direito de Família para além da Lei 10.406/02, sob a égide da Constituição Federal de 1988⁴, abrindo cena no palco para a presença de criação jurisprudencial⁵,

⁴ Pertinente a essa direção escreveu Paulo Luiz Netto LÔBO: “os estudos mais recentes dos civilistas têm demonstrado a falácia dessa visão estática, atemporal e desideologizada do direito civil. Não se trata, apenas, de estabelecer a necessária interlocução entre os variados saberes jurídicos, com ênfase entre o direito privado e o direito público, concebida como interdisciplinaridade interna. Pretende-se não apenas investigar a inserção do direito civil na Constituição jurídico-positiva, mas os fundamentos de sua validade jurídica, que dela devem ser extraídos”. (Constitucionalização do direito civil. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, a. 36, n. 141, p. 100-109, jan./mar. 1999).

⁵ Bem asseverou, a propósito, Francisco José Ferreira MUNIZ: “nessa medida, a decisão judicial, ao integrar a lacuna para resolver o caso concreto, esboça, para além disso, o desenho da norma jurídica que o legislador deverá editar para, em futuros desenvolvimentos do sistema, preencher o vazio existente.” (**Textos de direito civil**. Curitiba: Juruá, 1998, p. 116).

e para apreender complexidade e paradoxo na estrada epistemológica das novas comunhões, reconhecendo dinâmica dos novos tempos.⁶

Afinal, consoante já assinalamos, entre sístoles e diástoles, se apreende uma travessia que compreende a família e a filiação em novas definições. Bem se compreendem no Direito de Família valores como amor e solidariedade. Superando a unidade de fontes, estatuída pelo casamento no regime codificado, o Código Civil de 1916 cede espaço para a família constitucionalizada.

Impende situar que o ente familiar é um corpo que se reconhece no tempo. Uma agregação histórica e cultural como espaço de poder, de laços e de liberdade. Uma aliança composta para representar harmonia e paradoxos. Uma agremiação destinatária de projetos e de discursos, especialmente da alocação normativa, junção que encarna o elo entre o direito, a família e a sociedade, contrabalançada pelo advento de novo Código Civil. Nessa perspectiva escreveu com singular pertinência TEPEDINO: “No Brasil parece ocorrer situação semelhante. Como na página clássica de Giácomo Leopardi, em *Gattopardo*, em que o nobre siciliano percebe a necessidade de realizar uma *completa* transformação para que tudo pudesse permanecer como sempre fora, pretende-se, com o Código projetado, alterar tecnicamente institutos, vestindo-lhes com indumentária renovada, de molde a que se ressuscite o conceptualismo e a cultura jurídica mais do que ultrapassados pelas demandas sociais contemporâneas”.⁷

Por isso, “a família cuida, como uma das componentes educativas mais importantes, da reprodução dos caracteres humanos tal como os exige a vida social”, como escreveu HORKHEIMER⁸. Migramos, entre hiatos e contradições, a fim de compreender o mundo da família e a família no mundo.

Cinco séculos elaboraram, no campo e nas cidades, um conceito de não-cidadania ou quando menos de uma cidadania atrofiada. Ingressamos no século XXI com os pés atolados no fim da Baixa Idade Média.

Da alienação oriunda da cultura religiosa do período medieval

⁶ Ver, a propósito, por todos Gustavo TEPEDINO (“O Código civil, os chamados microsistemas e a Constituição: premissas para uma reforma legislativa”. In: _____ [coord.]. **Problemas de direito civil-constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 1-16).

⁷ TEPEDINO, Gustavo. “O Código civil, os chamados microsistemas e a Constituição ...”, p. 16.

⁸ Autoridade e família. In: HORKHEIMER, Max. **Teoria crítica: uma documentação**. Trad. Hilde Cohn. São Paulo: Perspectiva/USP, 1990, p. 214.

encontramos, agora, um novo ópio⁹. Na moda corrente do insulamento, projeta o consumo como o espaço sem cidadãos. No mercado espelha-se a cultura desterritorializada, e da pessoa solidária emerge um ser solitário. O coletivo abre espaço para a cena do espetáculo e o individual cede lugar ao valor.

Há mais de 35 milhões de famílias no Brasil. Nelas, quantos habitantes são efetivamente cidadãos? “E quantos nem sequer sabe que não o são?”¹⁰

Sabe-se que o indivíduo, na concepção clássica do direito, se insere com o nascimento numa órbita abstrata de direitos subjetivos pessoais e inalienáveis. Entre nascer e viver há, nada obstante, uma sensível distância. Basta perguntar o quanto realizam em suas prerrogativas sociais, como direito à educação, à saúde, ao trabalho, à justiça, à liberdade, enfim, a uma vida digna.

O indivíduo insular compõe o tempo em que cidadão era apenas considerado membro da sociedade nacional, como se afirmava no século XVII, ou aquele que tinha o direito de associação, como se reconheceu no século XVIII. O século pretérito chegou à proclamação formal dos direitos sociais, num belo ensaio que principia nos direitos políticos individuais, passa pelo reconhecimento dos direitos coletivos, até alcançar os direitos sociais, aptos a garantir uma proteção mínima e um padrão de vida decente. No entanto, a ponte entre o sujeito virtual de direitos e o sujeito-cidadão está para ser erguida.

A mesma reflexão pode, por analogia, se dirigir à família no terreno da cidadania. Progressivamente, com o surgimento do desenho de afeto no plano dos fatos, ela se inscreve numa trajetória de direitos subjetivos: de espaço do poder se abre para o terreno da liberdade: o direito de ser ou de estar, e como se quer ser ou estar.

No tempo das fragmentações legislativas e da despatrimonialização do direito privado, da constitucionalização do direito de família e da defesa principiológica e valorativa das relações de afeto, o que se viu produzir, no campo das representações políticas do Estado, foi o novo Código Civil brasileiro em vigor.

⁹ O moleiro do qual tratou Carlo Ginsbourg na obra **O Queijo e os vermes** traduz um perfil de interlocução com a cultura dominante, modificando-a e não a recebendo pacientemente. Nem todos os “moleiros” da contemporaneidade estão embriagados pelo ópio do qual este texto trata.

¹⁰ É o que indagou, com acerto e lucidez, Milton SANTOS, à página 7, da sua obra **(O espaço do cidadão)**. 3. ed. São Paulo: Nobel, 1996).

A pergunta é: qual é a contribuição da nova codificação para a superação dos dilemas que enfrenta a realização da cidadania no Brasil?

Pode-se dizer que debater por 25 anos um novo Código Civil faz parte do legado brasileiro, pois o projeto Beviláqua teve 16 anos de debate no Congresso. Mas, a questão fundamental, no plano da cidadania¹¹, é questionar para quem se dirige o novo Código.

Tal interrogação compete ao exercício da cidadania como a define o Código: todos aqueles capazes de adquirir direitos e contrair obrigações, como comprar, vender, trabalhar, constituir família, testar, herdar, possuir e ser proprietário, e assim por diante. Eles, os portadores de direitos civis, enfim, os cidadãos.

Todavia, o novo Código Civil nasce excludente, como quanto ao debate sobre as uniões estáveis em sentido amplo, à família fraterna (entre irmãos ou irmãs), à filiação socioafetiva¹² que poderia ter sido expressamente mencionada, para dar alguns exemplos. Os *fora dessa lei* não estão *fora da lei* quando é de outra lei que se trata.

Não haverá cidadania na família sem a plena cidadania social. Advogamos a formação de conceitos sempre *a posteriori*, especialmente para não enjaular, em *numerus clausus*, a arquitetura que, com base no afeto, pode fazer emergir a família. A jurisprudência deve se abrir para compreender e empreender os novos desafios, sem preconceitos ou visões preconcebidas.

Resistir ao triunfo de uma superficial filosofia de vida que “entroniza o egoísmo como lei superior, porque é o instrumento da busca da ascensão social” e que “privilegia os meios materiais e se despreocupa com os aspectos finalistas da existência”, como escreveu Milton SANTOS¹³.

III – Idéias gerais sobre o novo Código Civil

Vive o Brasil a partir de 11 de janeiro de 2003 sob a vigência da Lei 10.406. Ao introduzir o novo Código Civil brasileiro, é legítimo indagar sobre os efeitos reais e possíveis de uma necessária hermenêutica construtiva das relações jurídicas na família, na propriedade e nos contratos para os velhos problemas enfrentados no País.

¹¹ Essa foi a interrogação pertinente que se fez. Ver, a propósito: GRINBERG, Keila. (**Código civil e cidadania**. Rio de Janeiro: Zahar, 2001, p. 11).

¹² É certo que a hermenêutica construtiva do art. 1.593 permite assentar ali a família socioafetiva, por inferência legítima e sustentável a todos os títulos.

¹³ SANTOS, Milton. **O espaço do cidadão**. 3. ed. São Paulo: Nobel, 1996, p. 13.

É certo que a validade dos negócios e atos jurídicos constituídos antes da entrada em vigor do Código Civil fica submetida às leis anteriores, mas os efeitos, diante da incidência imediata e geral da nova lei, ao novo Código se submetem.

A questão que se coloca é a de saber que mudanças práticas efetivas irão ser operadas na tríplice base que sustenta o Estado e a própria sociedade.

Sabe-se que quem contrata não contrata mais apenas com *quem* contrata, e que quem contrata não contrata mais apenas o *que* contrata; há uma transformação subjetiva e objetiva relevante nos negócios jurídicos. O novo Código traz a função social do contrato e os princípios de probidade e boa-fé. A jurisprudência e a doutrina futuras dirão se terão sido capazes de informar relações contratuais mais equânimes, justas e razoáveis, num País vincado por desigualdades materiais e concretas que arrostam qualquer intenção legislativa.

Além disso, de há muito o Brasil clama por uma impostergável reforma agrária que dê conta da redistribuição de terra, renda e crédito. No que concerne à propriedade imobiliária rural, o novo Código condiciona o seu exercício às finalidades econômicas e sociais, com preservação da flora, da fauna, do ar, das águas, e do patrimônio histórico e artístico. Prevê, ainda, uma privação do direito de propriedade se o imóvel reivindicando consistir em extensa área, na posse ininterrupta e de boa-fé, por mais de cinco anos, de considerável número de pessoas, considerada pelo juiz de interesse social relevante. Nada obstante, é pela atuação efetiva do Estado, mediante desapropriação por interesse social, que as áreas socialmente improdutivas serão destinadas à produção que combata a fome de terra e de justiça fundiária.

De igual modo, a observação social dos fatos nas relações familiares revela dados novos, como as famílias monoparentais, as uniões entre pessoas de mesmo sexo, a filiação socioafetiva, num horizonte que revaloriza a família desatando alguns nós. Clama-se, e não é de agora, por um direito de família que veicula amor e solidariedade. Para isso, o novo Código não nasce pronto; ao contrário, nessa matéria faz rebrotar estigmas como a culpa na separação e nos alimentos. Em verdade, uma lei se faz código no cotidiano concreto da força construtiva dos fatos, à luz da uma interpretação conforme os princípios, ética e valores constitucionais. Será no porvir que a sociedade brasileira pode-

rá nele ver uma família aberta e plural, até porque não pode haver família plenamente justa numa sociedade escancaradamente injusta.

IV – Para concluir

O grande desafio é superar um velho problema, a clivagem abissal entre a proclamação discursiva das boas intenções e efetivação da experiência. Esse dilema, simploriamente reduzido ao fosso entre a teoria e a prática, convive diuturnamente na educação jurídica.

Compreendê-lo corresponde a fazer de uma lei instrumento de cidadania na formação para o Direito, nas salas de aulas e de audiências, no acesso democrático ao Judiciário, e nos espaços públicos e privados que reclamam por justiça, igualdade e solidariedade.

Naquilo que apresenta de positivo, ainda que não seja tudo o que se almejava para a nova lei, queira a hermenêutica construtiva do novo Código Civil contribuir para que o Brasil não chegue ao final do século XXI com os pés atolados na baixa Idade Média. ◆

Eficácia e Execução Específica do Acordo de Acionistas*

MODESTO CARVALHOSA

Advogado em São Paulo/SP

I – Acordo de Acionistas – Efeitos

- É negócio jurídico entre acionistas que produz efeitos na **esfera jurídica** da sociedade.

- Produzirá efeitos **relevantes perante a sociedade**, no caso de estipular as condições de exercício do **poder de controle** → o sentido do voto a ser proferido pelos acordantes nas assembléias gerais e indiretamente nas reuniões do conselho de administração.

*“Art. 118 – Os acordos de acionistas, sobre a compra e venda de suas ações, preferência para adquiri-las, **exercício do direito de voto, ou do poder de controle** deverão ser **observados** pela companhia quando arquivados na sua sede.”*

ACORDO DE ACIONISTAS

- Apesar de não ser elemento de **validade** do Acordo, o **arquivamento** na sede social é elemento de sua **eficácia** devendo ser providenciado, sob pena do Acordo ficar inviabilizado pela recusa da sociedade em obedecê-lo.

- É costume a sociedade participar do Acordo como **interveniente** → Com isso, cria-se para as partes, e para eventuais terceiros que venham a ter acesso ao Acordo, a **presunção** de que o mesmo encontra-se arquivado na sede social.

ACORDO DE PREFERÊNCIA

- Por outro lado, o acordo produzirá efeitos **exclusivamente na esfera de interesses dos acionistas contratantes**, na hipótese em

* Palestra proferida no seminário "Sociedades Anônimas - Temas de Processo no Direito Societário" realizado na EMERJ em 16-04-2004.

que regula somente o **direito de preferência** recíproco na compra e venda de ações da sociedade.

- Não obstante, a sociedade tem a relevante **função registrária** da propriedade das ações, pelo que o cumprimento do acordo demanda o seu **arquivamento** junto à sociedade.

- Dessa forma, os acordantes também devem vincular a sociedade ao **acordo de preferência**, incumbindo-a, no âmbito dessa **função registrária**, de transferir as ações alienadas com a observância da preferência.

II – Objeto passível de execução específica

- **Conceito:** “Execução específica” é a execução forçada da obrigação, com o fim de obter exatamente o que foi pactuado, e não as perdas e danos correspondentes.

- Essa modalidade de execução atende a uma **expectativa natural** das partes em qualquer contrato **unilateral** ou **bilateral** de, em caso de inadimplemento, **receber da outra parte exatamente a prestação que foi pactuada**, e não o valor correspondente → perdas e danos (que muitas vezes é de difícil, ou quase impossível, mensuração).

- Trata-se a execução específica de **sentença de conhecimento**, de **caráter condenatório**, com **força executiva** e que se exercita **ipso jure**:

“O juiz não emite declaração de vontade em lugar do promitente. A sentença é que produz os efeitos que, em princípio, deveriam resultar da declaração de vontade do devedor” (Sidney Sanches, **Execução Específica – Das Obrigações de Contratar e de prestar Declaração de Vontade**, São Paulo, 1978, Ed. Revista dos Tribunais, pp. 26 e 27).

- Ambas as **espécies** de Acordo de Acionistas (de **voto** e de **preferência na compra e venda de ações**) podem ser objeto de execução específica.

“Art. 118 – (...)

*§3º - Nas condições previstas no acordo, os acionistas podem **promover a execução específica das obrigações** assumidas.”*

III – Acordo de Controle

Execução específica da obrigação de proferir voto em determinado sentido, conforme deliberado em reunião prévia.

- O **acordo de controle** tem caráter **plurilateral**, em face da confluência de interesses dos acordantes para a realização de um fim comum exercer o **poder-dever de controle** da companhia, através do voto nas assembléias gerais e **indiretamente** nas reuniões do conselho de administração da companhia.

- O **acordo de controle** tem natureza **parassocial**, pois visa a implementar o interesse dos sócios controladores na sociedade, e em suas **controladas**, se assim estiver previsto (teoria do “acordo em cascata” / *pass-through*).

- Antes do advento da Lei n. 10.303, de 2001, o descumprimento do acordo de voto somente podia ser repellido pela **via judicial**, mediante **a execução específica**. Essa via judicial, tal como prevista no art. 641 do CPC, apresentava, e ainda apresenta, uma série de dificuldades:

*“Art. 641 – Condenado o devedor a emitir declaração de vontade, a sentença, **uma vez transitada em julgado**, produzirá todos os efeitos da declaração não emitida.”*

- A primeira delas é o **tempo processual necessário**, pelo contraditório, para proferir uma decisão definitiva sobre o **sentido do voto** do acordante dissidente → que não se coaduna com a **celeridade** exigida pelo direito societário, onde os **prazos de prescrição são extremamente curtos** e as deliberações de voto, como manifestação de vontade da companhia, **sucessivas** e de **efeitos encadeados**.

- Daí a dificuldade natural em exigir da parte dissidente, em **juízo**, a manifestação **de sua vontade no sentido pré-acordado**, através do voto.

- Caso a parte dissidente se recuse a assim proceder, pode o juiz, através da sentença, substituir a parte, manifestando a vontade do dissidente conforme o acordado, não obstante as circunstâncias de fato sempre renováveis em cada assembléia.

REGIME DE AUTOTUTELA

- A fim de solucionar essas dificuldades, a Lei n. 10.303, de 2001 disciplinou a **execução específica direta e não judicial** dos acordos de controle, através do regime de **autotutela** contido nos novos parágrafos 8º e 9º do art. 118 da Lei n.º 6.404, de 1976:

“Art. 118 – (...)

*§ 8º - **O presidente da assembléia ou do órgão colegiado de deliberação da companhia não computará o voto proferido***

com infração de acordo de acionistas devidamente arquivado.

§ 9º - O **não comparecimento** à assembléia ou às reuniões dos órgãos de administração da companhia, bem como as **abstenções** de voto de qualquer parte de acordo de acionistas ou de membros do conselho de administração eleitos nos termos de acordo de acionistas, **assegura à parte prejudicada o direito de votar com as ações pertencentes ao acionista ausente ou omissa** e, no caso de **membro do conselho de administração**, pelo conselheiro eleito com os votos da parte prejudicada.”

- Assim, o presidente da mesa da assembléia geral, ou o presidente do conselho de administração, **é obrigado a não computar** o voto proferido pelo acionista dissidente ou conselheiro eleito pelos controladores em desacordo com o que foi convenionado em **reunião prévia** dos acordantes (§ 8º).

- Os demais acionistas controladores na **assembléia** ou os demais membros do Conselho de Administração por eles eleitos têm, respectivamente, o direito de votar com as ações do controlador dissidente, ou em nome do administrador omissa ou ausente, no sentido convenionado na **reunião prévia**.

FUNDAMENTOS DO REGIME DE AUTOTUTELA

- A autotutela insere-se no **universo** dos **direitos pessoais relativos**, que permitem ao **sujeito de direito** exigir o cumprimento do dever legal ou o adimplemento do contrato.

- É um **direito subjetivo** que outorga legitimidade jurídica para o sujeito exigir ação ou omissão de **pessoas certas e determinadas**.

- Dentre os **direitos subjetivos pessoais** encontram-se os **de proteção ou defesa contra atos ilícitos** → ou seja, os que permitem o efetivo e concreto exercício dos direitos de seu titular.

- Há duas espécies de remédio para esses **direitos pessoais relativos**: (1) **ação e petição** e a (2) **autotutela** → **este último somente pode existir nos estritos casos expressos em lei**.

- O **regime de autotutela** adotada pela Lei n. 10.303/01 está em perfeita sintonia com o **direito moderno**, que tem privilegiado **meios alternativos de acesso à justiça**, diante da morosidade da tutela jurisdicional do Estado perante situações ilícitas que, se

concretizadas, causam danos de difícil ou inútil reversibilidade.

- Daí porque a criação **de soluções parajurisdicionais**, como **a autotutela** instituída nos §§8º e 9º do art. 118 da Lei Societária, que podem ser mais eficazes para atender aos escopos de **pacificação social e do pleno acesso à justiça**.

- A **autotutela** é regime de **exceção**, aplicável a situações específicas, desde que expressamente previstas em lei.

- Além da previsão constante dos §§ 8º e 9º do art. 118 da lei societária, a autotutela encontra-se legalmente prevista:

- NO CÓDIGO CIVIL DE 2002

a) **exceptio non adimpleti contractus** – direito de não cumprir obrigação assumida em contrato bilateral quando a outra parte não cumpre a sua (arts. 467 e 477)

b) direito de retenção (arts. 578, 644 e 1.219);

c) desforço imediato nas ações possessórias (art. 1.210, §1º);

d) direito de cortar raízes e ramos de árvores limítrofes que ultrapassem a extrema do prédio (art. 1.283);

e) penhor legal (art. 1.467);

- NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

a) legítima defesa e o estado de necessidade (arts. 24 e 25 do CPC, e arts. 188, 929 e 930 do CC 2002)

- NO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL

g) poder de qualquer cidadão efetuar prisões em flagrante (art. 301);

- NAS LEIS ADMINISTRATIVAS

h) a auto-executoriedade das decisões administrativas

A autotutela não configura qualquer lesão ao princípio constitucional da inafastabilidade da tutela jurisdicional (CF, art. 5º, XXXV).

- O que há no regime de autotutela é apenas uma **“inversão de papéis”** → a parte prejudicada pela dissidência, omissão ou ausência de votos, **formada pela comunhão dos acordantes**, que deveria figurar como **autora** na execução específica **judicial** do acordo, agora passará a ser **ré** em eventual demanda proposta pela parte dissidente, omissa ou ausente que se sinta prejudicada pela efetivação

das prerrogativas contidas nos §§ 8º e 9º do art. 118.

- Diante do **direito legal potestativo** de **produzir por meios próprios o resultado útil da obrigação de votar**, conforme o que a maioria dos controladores decidiu em reunião prévia, **carecerão esses acionistas acordantes do interesse de agir** (binômio interesse – necessidade) para a propositura de qualquer demanda em caráter preventivo, **judicial ou arbitral** (art. 109, § 3º) com o fim de assegurar que a parte **dissidente**, omissa ou ausente, cumpra sua obrigação de fazer, ou seja, de votar conforme as deliberações tomadas na **reunião prévia**.

EXECUÇÃO ESPECÍFICA ARBITRAL

- A Lei n. 10.303/01, no capítulo dos Direitos Essenciais dos Acionistas, também inovou ao facultar a adoção **estatutária** do **juízo arbitral** para as divergências entre os acionistas controladores e os minoritários ou entre os acionistas em geral e a companhia (art. 109, §3º):

“Art. 109 – (...)

§ 3º - *O estatuto da sociedade pode estabelecer que as divergências entre os acionistas e a companhia, ou entre os acionistas controladores e os acionistas minoritários, **poderão ser solucionadas mediante arbitragem**, nos termos em que especificar.”*

- **Não** contemplou o § 3º do art. 109, as divergências entre os próprios acionistas controladores. Não obstante, a adoção da arbitragem com fundamento na Lei n.º 9.307 de 1996 é claramente possível, por se tratar o **voto** de direito disponível no âmbito de um contrato plurilateral.

- Existem importantes precedentes judiciais assegurando a efetividade da decisão arbitral, e a impossibilidade de sua revisão pelo Judiciário → a arbitragem é instrumento:

(i) da **segurança jurídica** (que impede as partes de recorrerem ao Judiciário pelo simples fato da decisão arbitral lhes ser desfavorável);

(ii) da **confiança nos árbitros** livremente escolhidos; e

(iii) da **economia processual**.

- As decisões judiciais têm reconhecido que os árbitros ou a câmara arbitral têm **plena jurisdição** para decidir em matéria de **execução específica**.

Outras inovações da Lei n. 10.303/01 em matéria de acordo de controle:

- Com efeito, a Lei n. 10.303, de 2001 instituiu o regime legal do

Acordo de Controle, assegurando maior abrangência e eficácia ao mesmo, estabelecendo, além da execução específica **judicial**, já prevista, na lei societária de 1976, o regime de autotutela:

a) o **poder de controle** e seu exercido no seio das **reuniões prévias**, que é o órgão da **comunhão de interesses** criado pelo Acordo;

b) a figura do **síndico do acordo** (representante **orgânico** da **comunhão de interesses**), ao qual poderá ser outorgado mandato com prazo superior a um ano, irrevogável pelo prazo assinalado no próprio acordo ou no mandato (novo § 7º);

c) a figura do **representante do acordo** perante a sociedade (novo §10);

d) Poderá a sociedade suscitar **dúvidas a respeito de cláusulas do acordo** → faculdade esta que corresponde à obrigação do representante do acordo (novo § 10) de prestar os **esclarecimentos** requeridos pela sociedade (novo § 11º).

IV – Execução específica nos Acordos de preferência na compra e venda de ações

- A natureza jurídica do Acordo de Acionistas varia conforme seu objeto.

- O **acordo de preferência** tem natureza **bilateral**, diante da existência de interesses contrastantes das partes → uma pretende vender suas ações, e, a outra, **adquiri-las preferencialmente**, tão logo seja informada da existência de terceiros interessados.

- As cláusulas de preferência estipulam a **obrigação preliminar** da parte de comunicar eventual intenção de venda de suas ações terceiros.

- Quando ocorrer tal comunicação (em conformidade com as formalidades previstas no acordo), instaurar-se-á a **promessa irretratável de venda** (por parte do notificante) e de **compra** (por parte do notificado, tão logo expresse sua **aceitação**).

- Caso essa promessa/oferta/aceitação irretratável de contratar (**pré-contrato**) não seja cumprida, pode a parte prejudicada recorrer ao Poder Judiciário buscando a formação do contrato definitivo, na forma do art. 639 do CPC:

“Art. 639 – Se aquele que se comprometeu a concluir um con-

*trato não cumprir a obrigação, a outra parte, sendo isso possível e não excluído pelo título, **poderá obter uma sentença que produza o mesmo efeito do contrato a ser firmado.***”

- Nessa hipótese, a **sentença transitada em julgado** substituirá o contrato definitivo que seria firmado, produzindo os mesmos efeitos, qual seja a transferência da propriedade das ações de um acordante para o outro → não podendo a sociedade recusar-se a promover dita **transferência judicial** nos livros respectivos, no regular exercício de sua **função registrária** da propriedade das ações de sua emissão.

- Além disso, o inadimplemento do acordo de preferência também pode ser sancionado no **âmbito interno** da sociedade → na hipótese de a sociedade ser **interveniente** do acordo de preferência.

- Nesse caso, prevalece também o **regime de autotutela** no exercício da **função registrária** da companhia, no que respeita à propriedade e transferência das ações de sua emissão. ◆

Violações Indiretas da Marca (À luz do Direito Português e do Brasileiro)

MARIA CRISTINA DE BRITO LIMA

Juíza de Direito do TJ/RJ. Mestre pela UGF. Doutoranda pela Universidade de Lisboa.

1) NOTA INTRODUTÓRIA

A marca é hoje um dos principais bens incorpóreos do exercente da atividade econômica ou profissional. É ela que se propõe a distinguir o produto ou o serviço do empresário no mundo comercial. É ela também que dá o tom do desenvolvimento econômico do negócio empresarial, criando mesmo, muitas vezes com a ajuda da publicidade, meios para incutir a necessidade do produto ou do serviço ao consumidor, o que, sem dúvida, impulsiona a sua produção.

Na verdade, pode-se afirmar que economia de mercado e marcas estão intrinsecamente ligadas. Economia de mercado significa concorrência e esta é gerada pelas marcas, às quais se pode atribuir o papel de motor dos mercados e do seu funcionamento.

Com efeito, toda a cadeia de valores empresariais beneficia-se com o sistema de marcas, desde o fabricante - *que tem nas marcas um processo de diferenciação e de identificação do seu produto, tendo assegurado o reconhecimento dos seus esforços* -, passando pelos distribuidores - *os quais sabem que, com marcas de maior valor acrescentado, valorizam o espaço de sua atividade econômica, dando maior rotação às suas vendas* -, até os consumidores - *que se beneficiam do sistema porque têm ao seu dispor uma oferta mais alargada de produtos e serviços com a clara indicação da procedência*. Pode-se, assim, aduzir que a marca representa, nos dias atuais, um elemento essencial e onipresente na concorrência econômica, tendo se revelado um notável instrumento impulsionador do mercado livre, que já não mais se enxerga sem a sua presença, ainda que a sua adoção seja ela facultativa¹.

¹CRUZ, António Corte-Real. **O conteúdo e extensão do direito à marca: a marca de grande prestígio.** Direito Industrial, v. I. Lisboa: Almedina, 2001, p. 81.

É claro que com esse significativo arcabouço de benefícios, a marca goze de grande valor econômico, sendo tida, em muitas empresas, como o bem incorpóreo de maior valor agregado. Logo, a proteção que se pretenda para a marca está apontada para a preservação desse valor.

Por outro lado, no mundo jurídico, o titular de uma marca goza da propriedade e do exclusivo dela desde que preencha determinados requisitos legais, os quais se encontram estatuídos nos diplomas legais reitores da matéria, quer em Portugal quer no Brasil². Portanto, preenchidas tais condições, concede-se o registro da marca, alçando o titular o direito privativo da propriedade industrial de que se trata.

Assim, tem-se que o direito à marca consiste no uso exclusivo de um determinado sinal para distinguir os produtos ou serviços fornecidos pelo seu titular, podendo este, dessa forma, impedir a terceiros que dele façam uso, sem o seu consentimento.

Aliado a esse conceito inicial de marca está também o princípio da especialidade, que consiste em conferir o exclusivo, desde que respeitada determinada especialidade do produto ou o serviço a ser oferecido ao público, isto é, respeitada a classificação do produto ou serviço. E é com base no exclusivo e no princípio da especialidade que a proteção jurídica à marca se conforma nos ordenamentos legais.

Doutra parte, ao lado das marcas designativas de produtos ou serviços determinados, há aquelas que adquirem notoriedade e, assim, passam a gozar de proteção especial, para além do produto ou serviço específico que rotulava. Mas não só estas gozam dessa extensão protetiva, a elas se unem as de grande prestígio.

Portanto, considerado o exclusivo e a especificidade dos sinais registrados, bem como a notoriedade e o grande prestígio, quando independe da classe em que o produto esteja registrado, fechado estava o círculo protetivo das marcas.

Mas, nos dias que se seguem, novos fatos vêm demandando questionamentos protetivos de ordem diversa. Novas questões acerca da perda da força atrativa da marca causada por aquele que não é o seu titular ganham espaço nos foros, demandando dos operadores do Direito análise ontológica do fenômeno.

² Artigo 167º do Código de Propriedade Industrial Português de 1995 e 129 do Código de Propriedade Industrial Brasileiro.

Nessa esteira, vêm se discutindo, com gênese na doutrina norte-americana, a teoria da diluição da marca e sua tendência inibidora de um mercado aberto e competitivo, acrescida da eventual violação à liberdade de expressão, hoje garantia fundamental em muitos países, como Portugal e Brasil.

Questões como o possível desgaste ou enfraquecimento de uma marca conhecida em determinada espécie de produto, quando usada em outro produto de espécie diferente, mas com um laivo de diferenciabilidade àquela já conhecida, vêm freqüentando os tribunais. E o que se põe são questões práticas de como atuar contra o uso dessas marcas, como agir? Com base em imitação de marca? Com base em concorrência desleal? Será possível a propositura de uma demanda judicial com supedâneo na responsabilidade civil? Haverá ato ilícito configurado para tanto? E se assim fosse, como determinar o prejuízo efetivo do titular da marca?

Dessa forma, com o escopo de descortinar esse novo horizonte que se apresenta no círculo de proteção à marca, traça-se para o presente estudo o método da exposição de problemas, vindo o desenvolvimento apoiado nos diplomas legais e na doutrina, exemplificando-se, quando possível, com a jurisprudência.

Fontes

O presente estudo está circunscrito às seguintes fontes principais: a Convenção da União de Paris para proteção da propriedade industrial, de 20.3.1883; a Primeira Diretiva do Conselho, de 21.12.1988, que harmoniza as legislações dos Estados-Membros em matéria de marcas (89/104/CEE); Código de Propriedade Industrial Português de 1995 (Decreto-lei n.º 16/95, de 24 de janeiro); o Código de Propriedade Industrial Brasileiro (Lei n.º 9.279, de 14.5.1996); e, em breves referências, o novel Código de Propriedade Industrial Português (Decreto-Lei n.º 36/2003 de 5 de março, com vigência prevista para 1.º de julho de 2003).

2. O PROBLEMA E SUA ATUALIDADE

O problema e suas variações podem se anunciar nos seguintes termos:

“Quid iuris se uma marca, devidamente registrada, for utilizada por terceiro em produtos não idênticos nem semelhantes,

mas vindo a causar o seu desprestígio comercial ou mesmo a sua ridicularização, afetando, por essa ordem, o seu valor econômico?"
"Quid iuris se conhecido produtor de bens de alta qualidade, tem a sua marca afixada em produtos de qualidade duvidosa?"

Admitam-se dois exemplos hipotéticos apresentados por SOUSA E SILVA³. A conhecida marca *Valium*®, de medicamentos tranqüilizantes, é adotada por terceiros para assinalar urnas funerárias, ou que a renomada marca *Ferrari*® começa a ser usada em artigos pornográficos.

Para já se pode perceber que, tanto num caso como no outro, não há qualquer hipótese de haver confusão no público consumidor acerca da origem dos produtos. Como bem ressalta o prefalado autor, dificilmente o consumidor médio virá a supor que a conhecida fabricante de automóveis diversificou os seus negócios a ponto de abranger a pornografia, ou que a fabricante do *Valium*® entrou no ramo dos armadores funerários. Contudo, é inegável que as ditas marcas ficam enfraquecidas ou desprestigiadas quando isso o ocorre.

Mas será que se pode pensar infração cabível de reparação nessas hipóteses de violação (indireta) da marca? Perceba-se que não está em jogo qualquer violação direta que possa ferir a função distintiva da marca, mas sim eventual perda que esta possa absorver em sua função econômica em prejuízo do seu titular. Assim, como poderá o titular da marca protegê-la em casos da espécie, preservando o valor econômico do referido bem incorpóreo?

É certo que a incidência do princípio da especialidade - *comum à generalidade dos ordenamentos jurídicos* - impede o titular de uma marca de reagir contra o uso do seu sinal em produtos ou serviços diferentes daqueles para qual a marca encontra-se registrada.

Mas reconhecidos os fatos acima narrados e a necessidade de solucioná-los, a doutrina e a jurisprudência vêm ensaiando a relativização ou o afastamento deste princípio. Solução esta que não é abraçada, evidentemente, de forma majoritária pela doutrina, vez que tal providência institui uma liberdade em prol do titular da marca em detrimento do espaço de liberdade de que goza o interesse público⁴.

³ SILVA, Pedro Sousa e. "O princípio da especialidade das marcas". *Revista da Ordem dos Advogados*. Ano 58. Lisboa. Janeiro de 1998, p. 379

⁴ ASCENSÃO, José de Oliveira. "Direito Intelectual, exclusivo e liberdade". *Revista da Ordem dos Advogados*. Ano 61, Lisboa, Dez. 2001, p. 1199.

Porém, é certo que este fenômeno é ainda relativamente pouco tratado pelos juristas, quer brasileiros quer portugueses, e ainda não está expressamente definido nos diplomas reitores da matéria em foco.

Aduza-se que esta modalidade de violação (indireta) vem se revelando reincidentemente na atualidade, fazendo com que o direito à marca seja lesado, sem que a sua função distintiva seja afetada. Nesta hipótese, a marca sofre uma violação que atinge o seu valor econômico. Há casos em que até mesmo a contribuição para a vulgarização da marca implica violação indireta ao direito marcário. O risco é o da sua depreciação⁵.

É também certo que a via mais percorrida por quem tem sido confrontado com a matéria é a da violação direta da marca, mais especificamente os casos de contrafação ou imitação e uso fraudulento da marca, os quais estão na esfera da concorrência desleal, mas fora do núcleo essencial da questão de fundo.

Ao interesse prático do problema enunciado corresponde assim um importante relevo do ponto de vista juscientífico. A solução do problema passa pela ponderação e análise de alguns dos institutos do direito, com as pontuações de cunho econômico que lhe são peculiares, sem deixar de considerar os princípios e regras próprios da matéria e do Direito. Tudo com o propósito de se verificar a possibilidade jurídica de se obstar ou não à utilização de uma marca em outros produtos ou serviços não idênticos nem similares, ante o dano manifesto ao direito de que se trata.

3. DIREITO MARCÁRIO

Na esfera dos direitos industriais, o direito marcário cria exclusivos ou monopólios, os quais, por sua própria natureza, restringem o espaço de ação dos membros de uma sociedade, em específico, a ação da atividade empresarial.

Ser titular de uma marca significa que o empresário goza do exclusivo uso daquele sinal que distingue os produtos ou serviços de sua atividade econômica ou profissional no mercado.

Essa relação do titular com a marca vai se estabilizar, tanto no sistema português quanto no brasileiro, quando preenchidos determi-

⁵ OLAVO, Carlos. **Propriedade Industrial**, Lisboa: Almedina, p. 77.

nados requisitos legais para a conformação do direito⁶. Assim, na forma do artigo 167º, nº 1 combinado com o 207º, ambos do Código de Propriedade Industrial Português/1995⁷, e artigo 129 combinado com o 130, incisos I a III, ambos do Código de Propriedade Industrial Brasileiro, aquele que tiver registrada uma marca terá assegurado seu uso exclusivo, podendo opor-se a que terceiros, sem o seu consentimento, utilizem-se da marca, com vistas a zelar pela integridade do seu bem incorpóreo. Portanto, as marcas registradas reservam aos titulares a exclusividade na exploração, ao abrigo da concorrência⁸.

Aliado à exclusividade, o direito marcário finca suas bases também no princípio da especialidade, segundo o qual o registro da marca está condicionado à classe a que o produto ou o serviço pertença, servindo de esteio o Acordo de Nice relativo à classificação internacional dos produtos e serviços, a qual é adotada por diversos países⁹, e que representa, a exemplo da congênere Classificação Internacional de Patentes, uma referência básica em termos de padronização internacional.

3.1 Extensão dos Limites

Ainda que o direito marcário se traduza na exclusividade que confere ao seu titular o direito de se opor à sua utilização por terceiros, em atividades econômicas, para produtos e serviços idênticos ou afins àquelas para os quais a marca foi previamente registrada, sofre ele algumas limitações legais, inclusive de ordem constitucional, conforme estatuído no artigo 5º, inciso XXIX, da Constituição Brasileira, que assegura à propriedade das marcas proteção temporária, tendo em vista o interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do País.

Nesse ponto convém ressaltar que o direito marcário, na sua espécie, trata de bens incorpóreos, os quais só são compreensíveis à consideração da lei, portanto, necessariamente sujeito à tipicidade. Nas palavras de OLIVEIRA ASCENSÃO, os direitos sobre coisas incorpóreas carecem de norma que delimite, figura por figura, quais os produtos do

⁶ À exceção da marca livre, específica do direito português.

⁷ Artigos 224º e 258º, do Código de Propriedade Industrial Português/2003.

⁸ ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito Intelectual**,....., p.1196.

⁹ Em Portugal o acordo se harmonizou no ordenamento jurídico interno através do Decreto nº 138/81, de 05.11.

intelecto que podem ser juridicamente tutelados, através da atribuição de um direito privativo. Portanto, a lei há de definir as condições e a duração dessa tutela¹⁰.

Portanto, a mesma lei que reconhece o direito marcário, também atribui a ele algumas limitações necessárias, a fim de impedir que esse se transforme em direito absoluto, o que de fato não o é. Com efeito, vale salientar que os direitos não são absolutos, em muitos sentidos. Como ressalta o mestre ASCENSÃO, os direitos não podem ser outorgados de maneira que os titulares possam proceder como entendam no seu exercício. A ordem jurídica há de interferir, disciplinando-o por regras jurídicas¹¹.

Quando se fala em bens incorpóreos, tem-se que são bens criados pela inteligência humana e imediatamente incorporados à categoria dos direitos intelectuais. Mas o homem, para chegar a essa criação intelectual, qualquer que seja ela (invenção, modelo industrial, desenho, marca etc.), recebe influência do meio social, de onde absorve as impressões que lhe permitem criar o bem a ser útil àquela sociedade ou a forma como quer ser reconhecido¹², ou, no caso de marca, a forma como quer que o seu produto ou serviço seja reconhecido. Logo, se ele obtém a inspiração do meio social em que vive e cria especificamente para atender àquele meio social, de onde compreende e absorve as necessidades, nada mais justo que o direito intelectual daí fluido sofra limites, sob pena de o Direito permitir que haja um enriquecimento exacerbado por parte do criador em detrimento da própria sociedade que lhe fornece os subsídios para a criação.

Assim, a própria lei que tipifica o direito marcário, a ele impõe limites, de forma a permitir que o exclusivo concedido não venha a interferir no direito de outros membros da sociedade, que também podem, recebendo a mesma inspiração do meio, criar bens incorpóreos a ela voltados.

Nessa esteira, os sistemas português e brasileiro concebem o esgotamento do direito (artigo 208º do Código de Propriedade Industrial

¹⁰ ASCENSÃO, J. O., **Direito Commercial. Direito industrial**. V. II. Lisboa, 1988, p. 25. O autor defende, entretanto, que a tipicidade é normativa, mas não necessariamente legal.

¹¹ ASCENSÃO, J. O., **Direito Civil – Teoria Geral**. V. III. Lisboa: Coimbra ed., 2002, p. 265.

¹² Em regra, o bem intelectual é plasmado para uma determinada sociedade, vindo apenas posteriormente e por forças outras que não apenas a intelectual, a se expandir para outras sociedades.

Português/95¹³ e o artigo 132 do Código de Propriedade Industrial Brasileiro), e, no caso português, o da preclusão por tolerância (artigo 215º do Código de Propriedade Industrial Português/95¹⁴), limites esses evidenciados pela Primeira Diretiva do Conselho sobre marcas (89/104), no seus artigos 7º e 9º.

Acresça-se que a limitação ao direito marcário também se faz presente na temporariedade da concessão do uso exclusivo, cuja vigência é estabelecida pela lei para o direito, cumprindo ao seu titular renová-lo se pretende mantê-lo¹⁵. Logo, se concebe a manutenção do direito se o seu titular envidar esforços nesse sentido, esforços esses que, em matéria de direito intelectual, são representados também pelo sustento financeiro da marca, já que o custo do direito, em geral, é alto¹⁶.

3.2 Redução dos Limites

Como já dito precedentemente, o reconhecimento de um direito marcário importa em que a própria lei que o cria lhe conceda meios de proteger o bem incorpóreo de que se trata, respeitados os limites impostos para a manutenção do referido direito.

Contudo, nos dias atuais, vem se acompanhando uma incessante redução desses limites, o que, na opinião de grandes mestres, *“é preocupante porque através desses limites se dá entrada nestes domínios a objetivos de ordem geral, nomeadamente aos que traduzem interesses comuns, fazendo com que, muitas vezes, se não chegam a ser abolidos esses limites, sejam transformados em direitos de remuneração”*¹⁷.

¹³ Artigo 260º do Código de Propriedade Industrial Português/2003.

¹⁴ Artigo 267º do Código de Propriedade Industrial Português/2003.

¹⁵ É interessante notar que, com o passar dos tempos, aquele direito que recebia a conotação de absoluto vem perdendo espaço para o relativo, isto é, vem se atribuindo maior importância ao coletivo que ao individual. Como exemplo categórico está o próprio direito à propriedade, que de absoluto no século passado, perdeu espaço para a relatividade, em prol da função social que possa exercer.

¹⁶ Em geral, o custo de manutenção de uma marca é alto, considerando não apenas os emolumentos pagos ao aparelho estatal, que precisa se valer de profissionais especializados para o mister, mas também a utilização de recursos técnicos, nomeadamente os de marketing e publicidade, para manter vivo o sinal distintivo na mente do público consumidor.

¹⁷ ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito intelectual**, p. 1196.

Assim, se a limitação ao direito intelectual atua em prol da própria sociedade, que pode, respeitados determinados princípios e espaços de tempo, atuar livremente, a redução a esses limites vem em confronto aos seus interesses, pois impede que o *diálogo social perca fluidez, ficando condicionado a posições de privilégio no espaço social*¹⁸.

Especificamente no que toca ao direito marcário, essa redução de limites vem dar muitas vezes força ao fenômeno da violação indireta da marca, quando se passa por cima de princípios basilares do conceito legal da marca, como é o caso do da especialidade, e se pretende impingir a prática de ato ilícito que cause (*hipotético*) dano ao titular do direito.

4. A MARCA E SUA CIRCUNSTÂNCIA

De acordo com os diplomas reitores da matéria (Código de Propriedade Industrial Português/95, artigo 165 e Código de Propriedade Industrial Brasileiro, artigo 122), a marca é um sinal ou conjunto de sinais visualmente perceptíveis e suscetíveis de representação gráfica, apto a distinguir o produto ou o serviço que rotula. Presente na definição o princípio da especialidade, que confere ao titular da marca o seu uso exclusivo apenas nos produtos ou serviços registrados.

A função distintiva da marca está intimamente relacionada com o princípio da especialidade, pois é ele que impede a existência de marcas iguais ou confundíveis no âmbito dos produtos ou serviços idênticos ou afins àqueles para os quais aquela foi registrada. Assim, o uso exclusivo de uma marca é, em regra, reconhecido ao titular no que respeita aos produtos ou serviços que estejam numa maior ou menor relação de concorrência com produtos ou serviços a que a marca registrada se destina¹⁹.

Contudo, tal não permite entender que a proteção à marca só se faria sentir em caso de pretensão relativa ao registro de marca na mesma classe do produto ou serviço já existente. Com efeito, a própria lei reconhece que ao princípio da especialidade contrapõem-se as marcas de grande prestígio (Código de Propriedade Industrial Português/95, artigo 191º), as quais são denominadas pela legislação brasileira de marcas de alto renome (Código de Propriedade Industrial Brasileiro,

¹⁸ ASCENSÃO, J.O. *Ibidem*, p. 1197.

¹⁹ SILVA, Pedro Sousa e. **O princípio da especialidade das marcas**, p. 393.

artigo 125), demonstrando, dessa forma, a possibilidade de se impedir que marcas mais novas venham a se beneficiar, ainda que em outra classe, da fama granjeada por uma já renomada no mercado. A essas, a lei confere um monopólio absoluto, estendendo a sua proteção a todo e qualquer produto ou serviço, independentemente do ramo ou da classe.

4.1 Natureza Jurídica

A marca, como direito intelectual que é, está hoje qualificada nos diplomas especiais que cuidam da matéria como direito de propriedade. É assim no direito português²⁰, é assim no direito brasileiro²¹.

Da noção romana fechada de que *dominium* identificava a coisa, sendo, assim, expressão enérgica designativa da sua apreensão e incorporação no campo do seu poder de ação e relação de direito, reveladora, nesta fórmula condensada, da ação do homem sobre a coisa²², chega-se à Idade Média com o domínio eminente, de que fala DOMINGOS NUNES DE OLIVEIRA, aduzindo que este representa o supremo poder e império, o reconhecimento do universal e da suprema senhoria a que todos estão sujeitos²³. Numa visão clara de que tudo pertencia ao rei e era a ele outorgado o direito de conceder ou não privilégios a quem e quando quisesse.

Mas isso não bastava, pois era preciso explicar o domínio e a força da propriedade. E, considerando esses antecedentes, filósofos e juristas antigos tentaram explicar a origem do direito de propriedade pela ocupação. GROCIO e PUFFENDORFIO²⁴ acrescentaram a esse momento inicial que, para a ocupação se tornar um direito, era necessário que fosse consentida, tácita ou expressamente, pelos outros

²⁰ Artigo 167º, nº 1, do Código de Propriedade Industrial/95 e 224º do novo Código de Propriedade Industrial.

²¹ Artigo 129, do Código de Propriedade Industrial.

²² LACERDA, Paulo de. **Manual do Código Civil Brasileiro**. V. IX. Rio de Janeiro: Ribeiro dos Santos ed., 1925. p. 4.

²³ *In Discurso jurídico econômico-político em que se mostra a origem dos passos que nesse Reino chamam comuns, sua diferença dos públicos e os direitos porque deveriam regular-se sem ofender os da propriedade, e domínio dos particulares a benefícios da agricultura em geral*. Lisboa: Morazziana Tipografia, 1788, p. 21.

²⁴ *Apud* SEABRA, António Luiz de. **A propriedade**. Coimbra, 1850, p. 33.

homens, pressupondo que as coisas ocupáveis constituíam primitivamente um patrimônio comum; logo, consentimento que se dava pela convenção.

Porém, ANTÓNIO LUIZ DE SEABRA, conformando toda essa idéia, concluiu que é a garantia da propriedade, e não o direito de propriedade, que deriva da convenção, que é um ato social; a sociedade não cria o direito de propriedade, e, por conseguinte, não o pode destruir, mas sim circunscrever à propriedade os seus justos limites²⁵.

Foi, assim, com a força das aspirações francesas de 1789, que se fincaram as faculdades do domínio, já desmembrado pelas ações e concepções anteriores, relativizando a propriedade, sem, contudo, deixar de considerá-la absoluta²⁶, no sentido conferido pelos romanos, presente o *ius utendi, fruendi et abutendi*.

No que concerne à natureza jurídica da marca, esta vai encontrar os primórdios de sua qualificação legal como propriedade no final do século XVIII, época da Revolução Francesa, momento histórico em que os privilégios passaram a ser atentatórios da liberdade econômica.

Até então o direito intelectual consistia num privilégio concedido a alguns de usar o bem incorpóreo criado em caráter exclusivo, direito este que, em consonância com os novos ares libertários, era condenável²⁷.

O repúdio ao exercício ilimitado dos poderes conferidos ao direito de propriedade ganhou força, percebendo-se a necessidade de se dosar o exercício disfuncional daquela situação jurídica.

Assim, na busca de circunscrever à propriedade os justos limites, vai-se verificar na construção civilística do Código Civil Português uma interessante hipótese, no que pertine à propriedade industrial.

É que, como coisa incorpórea que é, a marca não chegou a ser contemplada pelo artigo 1302º, do Código Civil, que define o objeto do direito de propriedade, tendo o referido diploma remetido o regime de propriedade dos bens incorpóreos à legislação especial, no caso o Código de Propriedade Industrial, conforme se tem no artigo 1.303º.

²⁵ SEABRA, António Luiz de. **A propriedade**. Coimbra, 1850, p. 40.

²⁶ ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito Civil – Reais**. Lisboa: Coimbra ed., 1993, p. 138, acrescenta que essa paradoxalidade era sustentada pelo espírito individualístico do século XIX.

²⁷ ASCENSÃO, J.O., **Direito intelectual...**, p. 1199, ao tratar da matéria, lembra que, no início do século XIX, ainda no alvorecer do novo regime, não se poderia continuar a outorgar os privilégios como se fazia outrora, pois o exclusivo era atentatório da liberdade econômica.

Tais dispositivos legais levam à conclusão de que haja mais de um regime para o direito de propriedade, o do Código Civil para os bens corpóreos, móveis ou imóveis, e o do Código de Propriedade Industrial para os incorpóreos, aqui, em especial, a marca.

E mais. Nessa linha orientadora, vai-se, também, perceber que a lei portuguesa, seguida de perto pela brasileira, reconhece no seu artigo 1304º a natureza própria das coisas pertencentes ao Estado ou às pessoas coletivas públicas, remetendo a sua regulamentação à lei especial, tal qual a propriedade industrial.

A regra geral do Código Civil só é aplicada às hipóteses de bens incorpóreos e às de domínio do Estado ou de suas entidades subsidiariamente, conforme nº 2, do artigo 1303 e parte final do artigo 1304º.

Assim, se direito marcário, na sua espécie, só é compreensível à consideração da lei, portanto, necessariamente sujeito à tipicidade, a norma que o delimita pode, e efetivamente o fez, estabelecer um regime próprio, específico, para a propriedade industrial, criando regras próprias para o direito da propriedade industrial, tal qual o faz para a propriedade do Estado e seus entes.

Aduza-se, ainda, que essa subsidiariedade, reforçadora do caráter geral do Código Civil, é também sentida quando, no seu artigo 4º, o Código de Propriedade Industrial Português remete a regulação das questões que emergem das relações entre os titulares dos direitos de propriedade industrial ao Código Civil, o que só vai ocorrer quando não houver convenção das partes.

No direito brasileiro, por seu turno, a questão não se processa de forma diferente, ainda que o próprio Código de Propriedade Industrial, no seu artigo 5º, tenha determinado a consideração de bens móveis aos direitos de propriedade industrial, deixando de considerar a incorporalidade da marca.

Não há evidenciado no Código Civil Brasileiro, tal como ocorre no Português, o objeto do direito de propriedade que contempla, ainda que de forma indireta, os bens incorpóreos. E não se pode tratar do direito à marca nas bases propostas pelo artigo 1.226, que reserva à natureza de direito real aos bens móveis, pois não se pode adquirir as marcas por mera tradição.

Tal leva a revelar a ambigüidade do artigo 5º do Código de Propriedade Industrial.

De toda sorte, o Código de Propriedade Industrial estabeleceu regras próprias para o direito industrial, tutelando especificamente o bem jurídico em questão, inclusive com a adoção de institutos que lhe são específicos.

Logo, na esteira do direito português, há também legalmente reconhecido um regime jurídico próprio, específico, para o direito de propriedade industrial.

Outras questões podem e devem ser aqui levantadas.

Tal qual o regime regulado pelo Código Civil, quer português quer brasileiro, o regime específico do direito de propriedade industrial regulado pelos respectivos Códigos de Propriedade Industrial também está conformado às regras do exclusivo, vez que a relação jurídica existente gera para o titular do bem o seu exclusivo uso, com exclusão de todos os demais. Direito este oponível *erga omnes*.

Mas no caminhar da história, ainda por força dos fluidos libertários franceses, um novo componente se agregou ao direito de propriedade. Trata-se da função social.

A função social, como uma motivação para o exercício do direito em benefício social, ganhou força, vindo a brilhar no direito brasileiro na Constituição de 1988, quando garante no seu artigo 5º o direito de propriedade (inciso XXII), desde que ela atenda à sua função social (inciso XXIII).

Mas em que consiste essa função social constitucional? Para já impõe uma conduta concernente com o interesse público, de modo a que o interesse individual, seja subjugado, isto é, delimitado, às ações que possam influir ao bem comum. Aliás, a própria Constituição Brasileira encarregou-se de estabelecer as hipóteses sancionatórias para a não observância da função social no caso da propriedade²⁸. Essas normas, ainda que não regulamentadas, possuem eficácia mediata, impedindo, assim, que o legislador infraconstitucional legisle sobre a matéria de forma diferente daquela já estabelecida, sob pena de ferir de inconstitucionalidade o novo diploma.

E no regime específico do direito de propriedade industrial de que ora se trata, houve influência desse princípio da função social? Sem dúvida que sim e os diplomas reitores da matéria não o deixaram esca-

²⁸ Artigos 182 §§ 2º e 4º, 184, 185 e 186.

par. A lei portuguesa já no seu artigo 1º informa que a propriedade industrial desempenha a função social.

Não é diferente no direito brasileiro, que começa estampando no artigo 5º, inciso XXIX de sua Constituição que a proteção à propriedade das marcas terá em vista o interesse social, agregando, porém, um ingrediente novo para a propriedade específico de que trata: o *desenvolvimento tecnológico e econômico do País*. O que vem seguido de perto pela lei especial, artigo 2º, que assegura a proteção dos direitos relativos à propriedade industrial, considerando o seu interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do País.

Tal também ocorre no direito português, que circunscreve a concessão da propriedade e do exclusivo da marca à distinção de produtos e serviços de uma atividade econômica ou profissional, artigo 167º, do Código de Propriedade Industrial. Logo, a atividade econômica também serve de suporte ao direito especial em evidência.

Por fim, ainda com dois novos ingredientes presentes nos ordenamentos jurídicos analisados, insta pontuar que a propriedade corpórea pode ser perpétua, desde que o seu titular a utilize em conformidade com a função social, além de independente da natureza do bem, se móvel ou imóvel, ou mesmo de sua localização. Já a propriedade industrial é temporária, ainda que renovável, e circunscrita à classe do produto ou serviço que rotula.

Bem de ver que o regime do direito de propriedade das coisas corpóreas e das incorpóreas possui as mesmas bases, mas com exponenciais diferenciados em razão do objeto ao qual se endereça o direito.

Assim, enquanto o regime geral do direito de propriedade dos bens corpóreas garante o exclusivo, podendo o proprietário usar, gozar e fruir da coisa de modo pleno (artigo 1305º, do Código Civil Português e 1.228 do Código Civil Brasileiro), com exclusão de outras pessoas, o regime específico do direito de propriedade industrial também o faz; enquanto o regime geral do direito de propriedade está vinculado à função social da propriedade, o regime específico do direito de propriedade industrial também o está, porém, a essa função alia a do desenvolvimento econômico; enquanto o regime geral do direito de propriedade é perpétuo, desde que respeitada a função social, o regime específico do direito de propriedade industrial é temporário, ainda que renovável; enquanto o regime geral do direito de propriedade independe da natureza do bem, o regime específico do direito industrial está cir-

cunscrito à classe do produto ou serviço que distingue, ainda que haja a exceção das marcas de alto renome, ou de grande prestígio.

Em que pese fortes posições doutrinárias contrárias à natureza jurídica de propriedade da marca²⁹, a atribuição da natureza de propriedade aos direitos industriais, com regime jurídico específico estabelecido por lei, não afronta o Direito, pois se trata de propriedades de naturezas diferentes, influenciadas por princípios gerais e especiais, onde o regime específico criado para cada uma não lhe encobre a natureza circunscrita à ação do homem sobre a coisa que lhe pertence.

4.2 Faculdades do Direito à Marca

O conteúdo do direito à marca pode ser definido como o conjunto de poderes que o ordenamento jurídico outorga ao titular desse direito³⁰.

Assim, tem-se que o direito português, ao conceder o direito à marca com o objetivo de que ela distinga, de modo exclusivo, os produtos ou os serviços representativos da atividade econômica ou profissional do seu titular, artigo 167º, do Código de Propriedade Industrial (ou 224º, do novo Código), confere concomitantemente a ele a faculdade de gozar dessa propriedade da forma que queira, podendo, por exemplo, licenciá-la, cedê-la ou mesmo, deixá-la caducar. Mas não é só. Se o titular pode usar de modo exclusivo do sinal, emerge para ele a faculdade de obstar que outrem o faça, podendo ele, portanto, tomar as medidas cabíveis expressas na lei para proibir ou excluir a utilização da marca por terceiro.

O mesmo ocorre no direito brasileiro, que assegura ao titular o uso exclusivo da marca em todo o território nacional, conferindo ao seu titular a faculdade de ceder seu registro ou ainda o pedido dele, licenciar seu uso e zelar pela sua integridade material ou reputação, ao toque dos artigos 129 combinado com o artigo 130, do Código de Propriedade Industrial.

Assim, no direito à marca pode se integrar uma gama de poderes inerentes à propriedade industrial tratada. Veja-se, por exemplo, a fa-

²⁹ ASCENSÃO, J.O., **Direito Industrial**...p. 1206, rechaça a natureza de propriedade por entender que o direito à marca sofre limitações na sua base, referindo-se à subordinação ao princípio da especialidade da marca, a qual não esmaece nem mesmo ante às marcas célebres, que superam o princípio da especialidade.

³⁰ CRUZ, António Corte-Real. "O conteúdo e extensão à MARCA: a marca de grande prestígio". **Direito Industrial**, v. I. APDI. Almedina, 2001.

culdade que o titular da marca tem de licenciá-la, ou proibir ou excluir a sua utilização por outrem.

Donde se concluir que as faculdades conferidas à propriedade industrial são conseqüência direta da concessão formal do direito, o que tanto em Portugal como no Brasil se dá com o registro da marca.

4.3 - Proteção à Marca

Se a marca tem na sua essência o escopo de informar ao público em geral, permitindo-lhe distinguir uns produtos ou serviços de outros e evitando que seja induzido a erro, a sua proteção deve ser o grande alvo de interesse dos seus titulares. Portanto, quanto maior pudesse ser a proteção garantida ao exclusivo, de maior força se reveste o direito.

Como proteção à marca, a lei portuguesa estabelece em seu artigo 207 que o titular do direito industrial pode impedir a terceiros, sem o seu consentimento, o uso, na sua atividade econômica, de qualquer sinal idêntico ou confundível com sua marca para produtos ou serviços idênticos, ou afins àqueles para os quais aquela foi registrada. Já o diploma brasileiro, a seu turno, à guisa de proteção ao direito, assegura, no seu artigo 130, ao titular, ou mesmo ao seu depositante, o direito de zelar pela sua integridade material ou reputação.

Nesse contexto protetivo, será cabível que os meios de defesa da propriedade atendam à marca como bem incorpóreo? É passível de se adquirir, por exemplo, uma marca por usucapião?

Na seqüência do raciocínio até aqui desenvolvido, ter-se-á que a proteção às marcas deve ser promovida em regra pelos institutos jurídicos estabelecidos pelo regime específico do direito de propriedade industrial.

Contudo, pode-se indagar se, em caráter subsidiário, não caberia o recurso a quaisquer dos institutos estabelecidos no Código Civil para a proteção da propriedade.

Nesse particular, cumpre relevar que tal só será possível quando a própria lei especial assim o remeter. Veja-se, por exemplo, a indicação do regime aplicável em caso de pluralidade de titulares, quando o Código de Propriedade Industrial Português/95 dispõe que se poderá aplicar à hipótese as regras da lei civil relativas à compropriedade, no caso de não haver convenção em contrário pelas partes.

Outro exemplo está no artigo 166, do Código de Propriedade Industrial Brasileiro, que - com o escopo de introduzir no seu ordenamento jurídico a proteção de que fala o artigo 6º septies (1) da Convenção da União de Paris -, assegura ao titular de uma marca registrada em país signatário da Convenção da União de Paris para Proteção da Propriedade Industrial a possibilidade de este reivindicar judicialmente a adjudicação do registro. A reivindicação, como instituto do direito civil, supõe a detenção indevida por terceiro da coisa, tendo por finalidade a entrega desta. É claro que, no caso, o que se pretende com a reivindicação não é a entrega da coisa, mas sim a adjudicação do seu registro junto ao órgão competente. Logo, trata-se de outra espécie de reivindicação, com efeitos diferentes daqueles que atendem aos interesses da propriedade corpórea. É um instituto específico destinado pela lei especial a atender a propriedade industrial.

Na mesma linha, não se pode admitir a aquisição de uma marca por usucapião ou mesmo a defesa de sua posse por uma demanda possessória, pois tais institutos não estão previstos no diploma especial.

Não é pelo fato de se ter atribuído à marca a natureza de direito de propriedade que se poderá pensar em recorrer aos institutos próprios do direito de propriedade geral, pois, na verdade, se está diante de um regime específico do direito de propriedade industrial, para o qual a própria lei especial estabelece regras protetivas próprias, adequadas às especificidades do bem seu objeto.

É sabido, porém, que algumas demandas de caráter protetivo vêm granjeando os tribunais brasileiros com arrimo nos institutos de direito de propriedade geral, como foram os casos examinados pelos Tribunais de Justiça do Rio Grande do Sul e de São Paulo.

No ano de 1994, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul entendeu ser juridicamente possível o pedido de usucapião de direito real de uso de marca industrial, consubstanciado o interesse econômico (artigo 76, do então Código Civil Brasileiro). A tese do usucapião do direito real sobre bem móvel (artigos 48 e 619, daquele diploma de 1916) possuía, no entender daquele Tribunal gaúcho, consistência, não sendo viável a extinção do processo sem julgamento do mérito, no seu limiar³¹.

³¹ Apelação Cível nº 193102621, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Alçada do RS, Relator: Des. Cláudio Caldeira Antunes, julgado em 24/05/94, Oitava Câmara Cível. **Revista de jurisprudência: Julgados TARGS** v. 91 p. 129.

E ainda o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, enfrentando a mesma questão, julgou procedente pretensão usucapienda de marca³².

Contudo, já há posicionamentos contrários neste sentido, sustentando a especificidade do direito industrial e a impossibilidade de se aplicar este instituto específico do direito de propriedade geral aos bens incorpóreos.

Dessa forma, quanto à proteção da propriedade industrial, há de se aplicar os instrumentos estabelecidos pelos Códigos de Propriedade Industrial, português e brasileiro, e apenas quando a própria lei remeter a outros diplomas é que se poderá fazer uso de outros instrumentos protetivos. Logo, não há de se aplicar subsidiariamente, na lacuna da lei, o Código Civil, mas, repita-se, apenas quando houver remissão expressa para aquele estatuto é que se poderá conduzir a defesa pautada pelos instrumentos nele estabelecidos, estando o titular da marca circunscrito aos instrumentos protetivos estabelecidos naqueles diplomas legais.

4.4 A Diretiva do Conselho 89/104 e a Marca de Prestígio

A Primeira Diretiva do Conselho em matéria de marcas, de 21.12.1988 (89/104), articulando a questão da proteção à marca de prestígio, conforme trabalhado na Convenção da União de Paris, através de seu artigo 5º, nº 2, instigou os Estados-membros a estipularem em favor do titular de uma marca a faculdade de este proibir que terceiros façam uso, na vida comercial, sem o seu consentimento, de qualquer sinal idêntico ou semelhante a marca para produtos ou serviços que não sejam semelhantes àqueles para os quais a marca foi registrada, desde que esta marca goze de prestígio no seu meio, além de que o uso desse sinal, sem justo motivo, tire partido indevido do caráter distintivo ou do prestígio da marca ou os prejudique.

A diretiva foi transposta para o direito português, resultando no atual artigo 191º, do Código de Propriedade Industrial.

Esse passo concernente à proteção alargada do direito à marca é resultado de um longo caminho trilhado por essa espécie de sinal que atingiu prestígio.

A primeira proteção dada à marca se deu com a notoriamente conhecida, mas apenas quanto ao seu uso para produtos idênticos ou semelhantes. A regra despontara inicialmente no direito interno de mui-

³² Apelação Cível nº 142.102-4 - São Paulo - 6ª Câmara de Direito Privado - Relator: Octávio Helene - 13.04.00 - V.U.

tos países signatários da Convenção da União de Paris, como medida de repressão à concorrência desleal.

Porém, os países (unionistas) ansiavam por uma proteção semelhante no plano internacional³³, vindo a idéia protetora a ser inserida em um artigo 6º bis da Convenção da União, quando da Conferência de Revisão de Haia, em 1925.

O referido artigo 6º bis - que estabelecia que “os países contratantes comprometem-se a recusar ou a invalidar, seja “ex officio”, se a legislação do país o permitir, seja a pedido do interessado, o registro de uma marca de fábrica ou de comércio que for uma reprodução ou uma imitação susceptível de produzir confusão, de uma marca que a autoridade competente do país do registro considerar que é **notoriamente conhecida** como já sendo a marca de uma cidadão de outro país contratante e utiliza para produtos do mesmo gênero ou de gênero semelhante”-, restou ligeiramente modificado na Conferência de Londres de 1934, mas manteve as bases anteriores, refletindo-se na legislação interna do Brasil, através do artigo 126, do Código de Propriedade Industrial e de Portugal, pelo artigo 190º, do Código de Propriedade Industrial/95.

Posteriormente, o citado artigo 6º bis foi desmembrado em artigo 6º bis e o *sexies*, vindo este último a estipular que a proteção prevista no artigo 6º bis aplica-se a outra categoria de marca, as de reputação excepcional. Contudo, ia mais longe, pois a proteção era extensível a produtos não idênticos ou não similares.

Portanto, além da proteção à marca notória ou notoriamente conhecida, ingressou na ordem legal a marca de reputação excepcional³⁴. Aqui, como reforça o Prof. J.P.Pointet³⁵, a proteção passou a qualquer coisa de excepcional e constituía mesmo um exagero concedê-la a todas as marcas notórias.

³³ COELHO, José Gabriel Pinto. “O problema da proteção da marca quando usada por terceiro para produtos não idênticos nem similares”. *BFDC*, v. XXX, 1954, ressalta que, na época, verificava-se com frequência, nos países em que o registro atribuía a propriedade da marca, o registro de marca estrangeira conhecida com o escopo de obter prioridade e impedir conseqüentemente o verdadeiro titular da marca de a utilizar neste país.

³⁴ Em documento de nº 450/68, o Prof. P. J. Pointet apresenta Nota à Comissão para a Proteção Internacional da Propriedade Industrial, aduzindo que a introdução da denominação marca de reputação excepcional representou a criação de uma terceira categoria de marca, podendo-se dizer que ao lado desta estão, agora, a marca ordinária ou comum e a notória.

³⁵ Ainda na sua Nota à Comissão.

Na verdade, diferentemente do artigo 6º *bis*, que busca coibir a concorrência desleal, o citado artigo 6º *sexies* tem por escopo tutelar interesses outros que emergem quando a marca é utilizada por terceiro para produtos não semelhantes³⁶. Trata-se, com efeito, da repressão a práticas que exorbitem os limites da honestidade profissional e dos usos leais do comércio, portanto práticas desleais que acabam por afetar o valor econômico da propriedade imaterial tratada³⁷.

Insta salientar que a medida repressiva esculpida na Convenção (artigo 6º *sexies*) serviu de base aos artigos 125, do Código da Propriedade Industrial Brasileiro, que denominou a marca de reputação excepcional da Convenção como *marca de alto renome*, e o artigo 191º, do Código de Propriedade Industrial Português/95, que a denominou como *marca de grande prestígio*.

A marca de reputação excepcional (ou de alto renome ou de grande prestígio) goza mesmo de proteção mais ampla que a marca notória, podendo-se dizer que não é qualquer marca notória que atinge a proteção pretendida para as de reputação excepcional. Referida marca tem um grau superior de notoriedade, resultante da maior profundidade do conhecimento que as pessoas têm dela, gozando de maior prestígio, de maior fama³⁸.

Mas será que com base nos reflexos dessa proteção alargada à marca de prestígio pode-se pretender o mesmo efeito para outras marcas que ainda não gozem desse adjetivo? Esse é o cerne do problema estudado e que se passa a discutir no capítulo seguinte.

³⁶ SILVA, Pedro Sousa e. **Direito Comunitário e Propriedade Industrial. O princípio do Esgotamento do Direito de Marca**, p. 52, ao comentar a função publicitária da marca, lembra que o que há a salvaguardar, neste âmbito, não é tanto a indicação da proveniência, pois pode não existir qualquer risco de confusão entre os produtos, mas sim, e primordialmente, o valor comercial da marca, ou o seu poder de atrair o público, mercê do prestígio que gozam os produtos em questão. O referido autor reforça a assertiva, exemplificando que se alguém passar a assinalar pastilhas elásticas com as marcas *Cartier* ou *Rolls Royce*, o consumidor não atribuirá certamente tais artigos aos titulares destas marcas. Não obstante, tal prática seria obviamente lesiva para estes, na medida em que iria banalizar ou mesmo desprestigiar símbolos de grande renome.

³⁷ COELHO, José Gabriel Pinto. "A proteção da marca notória e da marca de reputação excepcional", R. L. J., ano 92º, reforçando o propósito, sustenta que não há entre os produtos em causa uma relação de concorrência, requisito essencial deste instituto, mas sim comércio desleal.

³⁸ Ainda José Gabriel Pinto Coelho, em **O problema da proteção da marca.....**, p. 5, reforça que marcas reputação excepcional são marcas mundiais, como Kodak, Ford, Watermann, Yale, Longines etc., tendo sido para elas ampliada a proteção ao caso de emprego por terceiros para produtos não idênticos nem semelhantes.

5. A VIOLAÇÃO DA MARCA

Como já dito anteriormente, a marca constitui o primeiro e mais importante dos sinais distintivos do comércio, tendo por escopo identificar o produto ou o serviço proposto ao consumidor. Como direito, a violação faz parte da sua natureza. É por essa razão que as leis que cuidam da matéria se encarregam de estabelecer o âmbito de proteção a esse direito.

Os Códigos de Propriedade Industrial Português/95 e Brasileiro estabelecem proteção na esfera civil - estas consubstanciadas em, por exemplo, **a)** na recusa de registro (Código de Propriedade Industrial Português/95, artigos 5º, nº 3, 189º, nº 1, letras **l** e **m**, e Código de Propriedade Industrial Brasileiro, artigo 124, incisos XIX e XXIII); **b)** na oposição a que terceiros, sem o consentimento do titular, se utilizem da marca (Código de Propriedade Industrial Português/95, artigo 207 e Código de Propriedade Industrial Brasileiro, artigo 130, inciso III); **c)** na anulação do registro (Código de Propriedade Industrial Português/95, artigo 215 e Código de Propriedade Industrial Brasileiro, artigo 173) - e na esfera penal - quando têm em foco os ilícitos criminais, ao toque dos artigos 260º e 264º, do Código de Propriedade Industrial Português/95, e como crimes contra as marcas e cometidos por meio dela, artigos 189/191 e crimes de concorrência desleal, artigo 195, inciso IV, do Código de Propriedade Industrial Brasileiro.

Contudo, as hipóteses legais supra evidenciadas apenas contemplam a função distintiva da marca, ou seja, o próprio objeto do direito à marca, não considerando, porém, a possibilidade de que a marca venha a ser maculada no seu valor econômico, embora não resta dúvida de que a marca pode adquirir esse valor e que seja ele decisivo no ativo das empresas³⁹.

Assim, verifica-se que a marca pode se refletir em duas vertentes quando violada: **a)** pode macular a concorrência, praticando conduta

³⁹ CRUZ, António Côrte-Real. **O conteúdo e extensão do direito à marca:...**, p. 81, citando THOMAS D. DRESCHER, em **The transformation and evolution of trademarks – from signals to symbols to myth**, TMR, v. 82, 1992, p. 301-328, lembra que em 1986 a norte-americana The Coca-Cola Company estava avaliada na bolsa em 14 mil milhões de dólares, no entanto, calculava-se que os ativos corpóreos (propriedade, equipamentos etc.) valiam apenas 7 mil milhões, sendo os restantes o valor da marca Coca Cola. Acrescentando que a mesma marca é hoje considerada como a mais valiosa do mundo e avaliada em 47.99 mil milhões de dólares, conforme DEARLOVE/S. CRAINER, **As 50 maiores marcas**, Bibliot. Executive Digest, ACJ ed., p. 22).

desleal e **b)** pode macular o valor econômico da marca. Na primeira hipótese, o consumidor (ou mesmo o mercado), isto é, a quem se destina o produto ou o serviço, é o sujeito do direito, já na segunda, o sujeito do direito é o titular da marca. Aduza-se, ainda, quanto às hipóteses, que a repressão da concorrência desleal guarda distinção com a disciplina dos direitos privativos⁴⁰, entretanto, ambos convergem para o ordenação do funcionamento de um mercado que se pretende concorrencial pelos benefícios atinentes à melhor alocação de recursos que possibilita⁴¹.

Logo, a violação direta afeta a função da marca de distinguir a proveniência empresarial de produtos ou serviços, podendo ser total — hipóteses de usurpação e aplicação do sinal distintivo em produtos que não provêm do titular da marca (contrafacção, art. 264º, Código de Propriedade Industrial Português/1995 e art. 189, Código de Propriedade Industrial Brasileiro) - ou parcial - casos em que o sinal distintivo registrado é utilizado pelo próprio titular, porém, em produtos que não são provenientes desse titular (uso fraudulento da marca, art. 264º, f, Código de Propriedade Industrial Português/1995, e artigo 191, do Código de Propriedade Industrial Brasileiro), valendo frisar que a violação direta está associada à concorrência desleal.

Cumprido, agora, analisar a violação indireta, que afeta o valor econômico da marca, em prejuízo do seu titular.

5.1 A Exploração Econômica da Marca

O direito de propriedade garante ao proprietário o direito de usar e dispor do seu patrimônio de forma plena. A marca constitui um bem incorpóreo que tem por função precípua distinguir produtos ou serviços do seu titular. É através dela que o consumidor identifica a procedência do produto ou do serviço, sendo este aspecto de grande relevância jurídica, conforme conceituam quer o Código de Propriedade Industrial Português/95, art. 165º, quer o Código de Propriedade Industrial Brasileiro, art. 123.

⁴⁰ Conforme **Boletim do Ministério da Justiça**, nº 22, p. 347, desde o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de Portugal, de 21 de novembro de 1951, restou pacificado no meio jurídico português o entendimento de que a proteção contra atos de concorrência desleal tem um tratamento jurídico distinto da proteção dos direitos privativos da propriedade industrial, permitindo-se, assim, considerá-la como um instituto autónomo. Pode-se, portanto, dizer que poderá haver ato de concorrência desleal sem haver violação de direito privativo e vice-versa.

⁴¹ OLAVO, Carlos. **Propriedade Industrial...**, p. 31.

A marca identifica o fabricante do produto ou o fornecedor do serviço, utilizando-se o empresário dela para otimizar as necessidades qualitativas e até quantitativas do consumidor. Logo, a marca, como elemento constitutivo do fundo empresarial, tem um valor econômico, cuja proteção compete ao direito assegurar ao seu titular.

Entre as utilidades do seu perfil econômico, SOUSA E SILVA destaca que as marcas constituem instrumentos de diferenciação entre produtos e serviços semelhantes, permitindo assim que se realize uma associação, na mente do consumidor, entre a marca que assinala um produto ou serviço e as diversas características que lhe venha a atribuir⁴². O que, na opinião do citado autor, representa um mecanismo de associação de idéias que permite a uma empresa, mediante o recurso às marcas, promover as suas vendas através de políticas de qualidade ou campanhas publicitárias, vendo, assim, fixar-se uma clientela em torno da marca ou mesmo em torno da própria empresa.

Mas se é certo que a marca tem tal potencial, é mais certo ainda que esse expoente dado à marca (valor econômico) só é atingido em razão do esforço intelectual que o seu titular exerce sobre ela. De outra forma, não há falar em valor econômico de marca apenas registrada sem qualquer implementação por parte de seu titular. Na verdade, se assim for, a marca pode até acabar caindo no esquecimento do consumidor, deixando de ter a força atrativa que pode possuir.

Acresça-se que essa atividade intelectual em prol da valorização econômica da marca, como instrumento propulsor da própria atividade econômica que encampa, está reservada ao titular, sendo mesmo reconhecida pelo artigo 207º, do Código de Propriedade Industrial Português/95, que estabelece poder o titular da marca impedir o uso para produtos ou serviços de qualquer sinal confundível com essa marca, e também pelo artigo 130, do Código de Propriedade Industrial Brasileiro, que assegura ao titular o direito de zelar pela integridade material e reputação de sua marca.

5.2 Da Violação Indireta da Marca: da Diluição

Na busca de uma solução para a questão do enfraquecimento da força atrativa da marca e a conseqüente perda do seu valor eco-

⁴² SILVA, Pedro Sousa e. **Direito Comunitário e Propriedade Industrial**. Studia Iuridica 17, BFDUC, p. 46.

nômico, vai-se encontrar a teoria da diluição da marca. A luta contra a diluição de uma marca é, por princípio, uma questão pura de Direito, encontrando embasamento na preservação de um bem jurídico.

Ao conceito tradicional de marca está ligado o princípio da especialidade. Uma marca é, por princípio, um sinal que distingue determinados produtos ou serviços e a sua proteção é um direito de ocupação com base nesse princípio da especialidade.

A teoria da diluição vem em socorro da marca quando a proteção calcada apenas no princípio da especialidade não é suficiente para protegê-la de per si. Com base histórica nos Estados Unidos, a teoria da diluição ganhou força com a entrada em vigor da Federal Trademark Dilution Act of 1995, com vigência a partir de 16.1.1996, criando um verdadeiro aparato defensivo para direito de propriedade da marca.

Se por um lado a marca pode ser diretamente atingida quando adotada por alguém com o propósito de confundir o consumidor, ela também pode vir a ter a sua capacidade distintiva enfraquecida, com lesão à sua própria razão de existir. E isto pode acontecer até mesmo sem levar o consumidor a erro no que toca aos produtos ou serviços que conhece pela marca afetada. A lesão à marca se manifesta não em prejuízo do consumidor, mas sim à própria marca, à sua singularidade e à sua capacidade de identificar uma determinada categoria de produtos ou serviços. Em síntese, a diluição da marca é uma ofensa à integridade de um signo distintivo, com efeito direto na diminuição do seu poder atrativo, seja pela lesão à sua unicidade, seja pela ofensa à sua reputação.

No direito norte-americano, com base no referido Act of 1995, a doutrina reconhece dois tipos de diluição: a maculação (ou *tarnishment*) e a ofuscação (*blurring*).

A maculação ocorre quando uma marca é relacionada a produtos de baixa qualidade, ou divulgada num contexto em que o público poderá associá-la à falta de qualidade ou à falta de prestígio daquele produto ou serviço que detém a marca atrativa.

Para esta hipótese de maculação, FILIPE FONTELES CABRAL aponta dois exemplos interessantes de ações judiciais propostas nos Estados Unidos. A primeira pela American Express Co. em face de Vibra Approved Laboratories (10U.S.P.Q.2d 2006-SDNY, 1989), quando o slogan de seu cartão de crédito amplamente difundido, *não saia de*

casa sem ele” (*don't leave home without it*), estava sendo usado nas caixas de preservativos sexuais fabricados e comercializados pela demandada. A segunda pela Anheuser-Busch, Inc. em face da Chemical Corporation of América (306 F2d433-5th Cir. 1962, cert. Denied, 372 U.S. 965-1963), quando a cervejaria titular da marca Budweiser e criadora do slogan “*where there's life...there's bud*”(onde há vida..há bud) acionou a empresa de pesticidas domésticos pelo uso da expressão de propaganda “*Where there's life...there're bugs*”⁴³.

A ofuscação ocorre quando uma marca atrativa é usada em conexão com uma outra não competitiva, de forma a que uma mesma marca passa a identificar produtos de fontes diversas. Essa modalidade constitui a diminuição do poder de venda de uma marca em razão da perda de sua unicidade, ou seja, o enfraquecimento de sua capacidade distintiva.

Exemplificando a modalidade, tem-se o caso da Ringling Bros.-Barnum & Bailey Combined Shows, Inc. em face de Celozzi-Ettelson Chevrolet, Inc. (855 F2d 480-7th Cir. 1988), quando a autora, que é proprietária de um circo de renome, o qual identifica seus espetáculos com a marca “*the greatest show on earth*” (o maior show da terra), insurge-se contra ao réu, um revendedor de automóveis novos e usados, que passou a adotar o sinal “*the greatest used car show on earth*” (o maior show de carros usados da terra) em seu salão de exposições, exatamente com o mesmo tipo estilizado de letra da autora e com adornos circenses, tendo sido judicialmente reconhecido que tal conotação ao slogan da autora ofuscava a associação que o público faz da sua marca, causando-lhe prejuízo.

Presente na realidade legal americana essa possibilidade de análise das questões de violação indireta da marca, cumpre verificar o ordenamento jurídico português e brasileiro no tema.

Na legislação portuguesa ainda em vigor (Código de Propriedade Industrial/1995) não se vai encontrar qualquer dispositivo que acolha a pretensão de diluição da marca, ainda que a matéria tivesse sido enfrentada pelo Tribunal de Relação de Lisboa ao arrepio da base legal⁴⁴.

⁴³ CABRAL, Filipe Fonteles. “Diluição de marca: uma teoria defensiva ou ofensiva?”. **Revista da ABPI**, nº 58, maio/jun. 2002, p. 24.

⁴⁴ O caso pioneiramente julgado se deu em 8.2.2001, pelo Tribunal de Relação de Lisboa – 8ª Secção, referindo-se a recurso interposto contra a sentença proferida na acção ordinária –

Contudo, no novel diploma reitor da matéria, Código de Propriedade Industrial – Decreto-Lei n.º 36/2003 de 5 de Março, com vigência para 1º de julho deste mesmo ano, vai-se encontrar na Secção II, dos Ilícitos criminais, o artigo 323.º, letra e, que, ao tratar de Contrafacção, imitação e uso ilegal de marca, estabelece que “É punido com pena de prisão até três anos ou com pena de multa até 360 dias quem, sem consentimento do titular do direito: (...) e) Usar, ainda que em produtos ou serviços sem **identidade** ou **afinidade**, marcas que constituam tradução ou sejam iguais ou semelhantes a marcas anteriores cujo registo tenha sido requerido e que gozem de prestígio em Portugal, ou na Comunidade Européia se forem comunitárias, sempre que o uso da marca posterior procure, sem justo motivo, tirar partido indevido do carácter distintivo ou do prestígio das anteriores ou possa prejudicá-las”. O que leva a inferir que o legislador contemplou a figura da violação indireta, ainda que de forma truncada, no rol das violações diretas, estendendo a ela o manto do uso ilegal da marca.

Processo n.º 10060/2000, entre as partes *CHIQUITA BRANDS INC.* e *CHIQUITA BANANA – ESTÚDIO DE APOIO À PUBLICIDADE LTDA.*. A autora (*CHIQUITA BRANDS*) pretendeu que a ré (*CHIQUITA BANANA*) fosse impedida de continuar a usar a denominação social que registrou, porquanto esta pode gerar prejuízo à imagem de sua marca, com o consequente enfraquecimento do seu poder impressivo. A ré, ao seu turno, alinhou em sua defesa a caducidade do pedido, com base no artigo 5º n.º 4 do CPI, entendendo, assim, que o pedido autoral tinha como suporte a questão da confundibilidade da marca, o que poderia gerar tanto a recusa ao registro - o que não ocorreu - como a própria anulação deste, na forma do n.º 3 do mesmo artigo. Esse argumento restou prestigiado na decisão de primeira instância, tendo o julgador entendido que o remédio processual adequado teria sido o da acção de anulação, já tendo o prazo para a sua propositura escoado. Portanto, padeceu a pretensão autoral da improcedência logo no saneador. Contudo, a irresignação da autora deu ensejo ao recurso, cujo síntese do acórdão transcreve-se a seguir: Vale transcrever a síntese da fundamentação: “I. A diluição da marca é fenómeno distinto da confundibilidade de marcas, pois enquanto esta figura contempla os casos em que duas ou mais marcas se podem confundir provocando erro no julgamento do consumidor, na primeira está em causa apenas a perda ou diminuição da eficácia distintiva de uma marca pelo uso de outra marca ou designação social. II. Essa perda ou diminuição da eficácia distintiva pode ser provocada por um efeito de enevoamento ou embaciamento da marca e/ou pelo efeito do seu deslustre ou desdouro resultantes de um uso imprudente de certa marca semelhante à primeira embora não confundível com esta. III. A diluição da marca é fenómeno relativamente novo entre nós, mas é já reconhecido por outras legislações, designadamente a norte-americana, que a apelida de “trademark dilution”. IV. A acção que tenha por fundamento a diluição da marca não se confunde com aquela em que se pede a anulação de um registro de marcas por confundibilidade, ao abrigo do Código de Propriedade Industrial, nem sofre os mesmos prazos de caducidade. V. Justifica-se que uma acção fundada na diluição da marca siga para julgamento, proporcionando-se à parte a oportunidade de produzir prova sobre o efeito de tal figura na marca de que é detentora.”

Donde se poder, finalmente, concluir que o ordenamento jurídico português já deu um primeiro passo na esfera criminal para a adoção da teoria da diluição. Mas ainda que pequeno o passo, tal já é suficiente para se admitir na esfera cível que haja um enfraquecimento da marca, passível de indenização em caso de diluição.

Na legislação reitora da matéria no Brasil (Código de Propriedade Industrial) encontra-se um dispositivo que, pela sua vasta abrangência, permite comportar a proteção aos titulares de marcas contra a sua diluição. Trata-se do artigo 130, inciso III, que reza: *“Ao titular da marca ou ao depositante é ainda assegurado o direito de: (...) III – zelar pela sua integridade material ou reputação”*.

Com efeito, o referido artigo, pela sua abrangência, fornece meios para que se evite o enfraquecimento da marca e, ao mesmo tempo, garanta a tutela da integridade material dos sinais distintivos, isto é, combate a maculação e a ofuscação da marca.

Mas como se resolver a questão no caso concreto?

É certo que se está no domínio do direito industrial, estabelecendo a lei reitora da matéria o regime específico de proteção à marca. Porém, ambas as legislações especiais, nos seus artigos 257º, do Código de Propriedade Industrial Português/95 e 316º do novo Código de Propriedade Industrial Português, e 207 combinado com o 208, do Código de Propriedade Industrial Brasileiro, apregoam que "o titular da marca pode intentar as ações cíveis que considerar cabíveis, sendo a indenização determinada pelos benefícios que o prejudicado teria auferido se a violação não tivesse ocorrido".

Tal permite concluir pela possibilidade de se levarem às barras do Judiciário insatisfações da espécie.

5.3 Ato Ilícito

Diferentemente do Código de Propriedade Industrial Português (quer a lei atual, vigente, quer a futura), que não prevê a responsabilidade civil para violação do direito à marca⁴⁵, o Código de Propriedade Industrial Brasileiro (Lei nº 9.279/96) ressalva, no seu artigo 209, nas disposições gerais, que o prejudicado tem o direito de haver perdas e danos em ressarcimento de prejuízos causados por atos de violação de

⁴⁵ O que fazia o Código de 1940, nos artigos 215º §§ 1º e 2º, 222º e 224º.

direitos de propriedade industrial (...) tendentes a prejudicar a reputação ou os negócios alheios.

Mas, no que toca à legislação portuguesa, ante a ausência de expressa menção à responsabilidade civil no que diz com as marcas⁴⁶, insta indagar se o fato de o novel estatuto, no seu artigo 323º, letra e, ter contemplado a violação indireta como ilícito criminal, não serviria de condão à concepção do reconhecimento do ilícito civil?

Sabe-se que as jurisdições cível e criminal intercomunicam-se. A segunda repercute de modo absoluto na primeira quando reconhece o fato ou a sua autoria. Neste caso, o ilícito penal subsume o ilícito civil. Ademais, o princípio geral estatuído na ordem jurídica portuguesa (e também na brasileira) é de que o ato ilícito impõe a reparação dos danos perpetrados. Donde se poder concluir que, embora não reconheça expressamente a ocorrência de ilícito civil passível de indenização no diploma reitor da matéria (Código de Propriedade Industrial), há de se aplicar aos casos da espécie a regra geral, no caso o artigo 483º do Código Civil Português.

Contudo, no que toca à violação indireta da marca, a orientação acima não lhe socorre. E isto porque, partindo-se do pressuposto legal⁴⁷ de que a responsabilidade funda-se na conduta negligente que, além de violar direito, cause dano a outrem, tem-se que na violação indireta da marca não há ato ilícito.

A uma, porque a violação indireta vai ocorrer não em razão de uma conduta ilícita por parte do interventor, mas sim de uma ação lícita, o exercício regular de um direito, qual seja, o de também ter registrada uma marca para produto não semelhante nem idêntico àquele do titular da marca indiretamente violada. Logo, uma excludente de ilicitude.

A duas, porque a violação indireta pode não chegar a causar dano direto ao seu titular, o dano hipotético não é indenizável, sequer é reconhecido. Mas poderá haver um enriquecimento sem causa por parte daquele que enfraquece uma marca, ainda que de produtos ou serviço diferente do seu. Onde terá lugar a restituição do indevidamente auferido, mas não a reparação do dano.

⁴⁶Já que o artigo 59º, do novo Código de Propriedade Industrial Português, fala da responsabilidade civil quanto à titularidade de patente.

⁴⁷Artigos 45º do Código Civil Português e 186 do Código Civil Brasileiro.

5.4 Abuso do Direito

Será, contudo, possível de se enquadrar a violação indireta como abuso do direito?

Da mesma forma que a lei reconhece um direito, de forma abstrata e extensível a todos, ela estabelece o modo de seu exercício, com o escopo de evitar conflitos de interesses com base no mesmo direito.

O artigo 334, do Código Civil Português aduz que é ilegítimo o exercício de um direito, quando o titular exceda manifestamente os limites impostos pela boa-fé, pelos bons costumes ou pelo fim social ou económico desse direito. A seu turno, o artigo 187, do Código Civil Brasileiro pontua que comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim económico ou social, pela boa-fé e pelos bons costumes.

Esses dois dispositivos legais, de teor similar, levam à consideração de que a ilegitimidade pode acontecer pelo exercício disfuncional de um direito, mas não a ilicitude, pois pode estar ausente o dolo ou a intenção de prejudicar outrem.

Na hipótese legal brasileira, vai-se encontrar a excludente dessa ilicitude no artigo 188, inciso I, do Código Civil, quando o exercício regular de um direito reconhecido não constitui exercício disfuncional do seu direito.

Na mesma esteira procede o direito português, pois a ilegitimidade evidenciada no referido dispositivo não deposita ao intérprete a presunção de ilicitude, pois pode não estar presente o dolo. Portanto, não se pode atribuir a violação indireta de uma marca a abuso de direito, devendo-se buscar outra motivação.

5.5 Enriquecimento sem causa

O enriquecimento sem causa é um dos pilares combativos do direito atual, que se empenha em obrigar a restituição daquilo indevidamente auferido. Em geral, todos os ordenamentos jurídicos vêem no enriquecimento sem causa um mal que deve ser combatido, sob pena de pôr em risco todo o arcabouço do princípio da igualdade.

Não é diferente em Portugal⁴⁸, não é diferente no Brasil⁴⁹.

⁴⁸ Código Civil, art. 44°.

⁴⁹ Código Civil, art. 884.

No direito à marca, esse enriquecimento vai estar presente quando restar provada a sua violação indireta, mas não há nos diplomas reitores da matéria, quer português quer brasileiro, qualquer preceito expresso no qual se possa fundar esse reconhecimento, havendo de ser haurido da ordem jurídica geral. É nela que está coroado o princípio da proibição do enriquecimento sem causa.

Contudo, reconhecer que há o enriquecimento sem causa, mas não conceder ao titular da marca aquilo que foi auferido com o seu esforço na formação do bem incorpóreo que possui, representa dar voto de ineficácia ao próprio Direito.

OLIVEIRA ASCENSÃO sugere que se apliquem à hipótese as regras da propriedade, voltando-se ao regime dos frutos percebidos para o possuidor⁵⁰. Neste caso, aquele que, de boa-fé, obtiver vantagem, faz seus os frutos percebidos até ao dia em que souber que está a lesar com a sua posse o direito de outrem (artigo 1270º, do Código Civil Português e parágrafo único do artigo 1.214, do Código Civil Brasileiro).

Essa sugestão de fato bem atende ao interesse do titular da marca, que da mesma forma que tem a faculdade de permitir que ela caduque, também pode se insurgir quanto à violação indireta de sua marca.

Portanto, tomada a iniciativa por parte do titular da marca de protegê-la de uma violação desta espécie, exteriorizando essa inconformação por qualquer meio em direito admitido⁵¹, pode, a partir de então, estabelecer-se o marco restitutivo uma vez provado o enriquecimento em detrimento da marca alheia.

Mas ainda aqui, lembra o professor que se deve levar em consideração que a marca admite a utilização plúrima, o que não ocorre com a propriedade, ficando difícil demonstrar que o interventor teria impedido o exercício do direito de propriedade do titular, absorvendo todo o proveito que a coisa poderia prestar⁵².

⁵⁰ **Direito Comercial...**, p. 376.

⁵¹ No caso brasileiro pode-se ter a notificação extrajudicial, na forma do artigo 867, do Código de Processo Civil: "Art. 867. *Todo aquele que desejar prevenir responsabilidade, prover a conservação e ressalva de seus direitos ou manifestar qualquer intenção de modo formal, poderá fazer por escrito o seu protesto, em petição dirigida ao juiz, e requerer que do mesmo se intime a quem de direito*".

⁵²ASCENSÃO, **Direito Comercial...**p. 378.

Nesses casos, a restituição, que não deverá ficar inviabilizada, deverá pautar-se em outros meios, podendo o julgador, considerado o caso concreto, valer-se do critério mais favorável ao titular da marca, dentre eles os benefícios que o titular teria auferido se a violação não tivesse ocorrido, ou os benefícios que foram auferidos pelo interventor, ou, ainda, a remuneração que o interventor teria pago ao titular da marca pela concessão de uma licença que lhe permitisse legalmente explorar o bem, conforme sugere o artigo 210, do Código de Propriedade Industrial Brasileiro.

6. CONCLUSÃO

Como produto conclusivo do presente estudo emergem algumas notas conclusivas.

É inegável que a marca, como sinal distintivo que é, possui um valor, valor ao qual vão se agregando tantos outros elementos que servem para dar amplitude à sua função distintiva.

Na atualidade, toda empresa empenha-se na proteção desse bem incorpóreo que tanto pode promover o seu desenvolvimento econômico, como arruiná-lo. Por isso, qualquer impacto que possa provocar um estremecimento nesse bem, traz conseqüências para o seu titular.

E é nessa esteira que surgem questões como aquelas evidenciadas no capítulo 2. Respondendo àqueles questionamentos iniciais, tem-se que uma marca, devidamente registrada, utilizada por terceiro em produtos não idênticos nem semelhantes, pode causar o seu desprestígio comercial ou mesmo a sua ridicularização, afetando, por essa ordem, o seu valor econômico. O domínio é a da violação indireta da marca.

Contudo, não se pode imputar ilicitude a essa ação praticada pelo interventor, que age, ao registrar sua marca em classe diferente daquela, nos estritos limites do seu direito, valendo relevar que a proteção da marca está, num primeiro momento, ligada ao princípio da especialidade.

Também não se pode considerar que esteja o interventor exercendo de modo disfuncional o seu direito à marca, pois pode não estar presente o elemento dolo, ou a intenção deliberada de se valer da marca de outrem.

Por outro lado, essa violação indireta poderá representar um enriquecimento sem causa para o interventor, que poderá “pegar carona” na reputação da marca alheia para promover os seus produtos ou serviços.

Nesse caso, a questão deve ser resolvida no campo da restituição daquilo auferido indevidamente, pois se estará diante do enriquecimento sem causa, tão alvejado pelos princípios gerais do direito e, até por isso, presente nas legislações tanto de Portugal como do Brasil.

A análise da violação indireta da marca não se restringe às questões apresentadas nas poucas páginas do presente estudo, já que se está trazendo à baila matéria que vem de larga data preocupando os juristas e doutrinadores ante o fato concreto de sua existência.

Porém, o objetivo de trazê-la à luz ante os diplomas do direito português e brasileiro, com as nuances evidenciadas, restou cumprido, ainda que não em caráter definitivo, pois um trabalho acadêmico nunca se exaure nas mãos de seu realizador, sendo, em verdade, um degrau do longo edifício do conhecimento que muitos devem trilhar para avançar e consolidar o seu conteúdo. ◆

Responsabilidade Contratual: Cláusula Penal e Comportamento Abusivo do Credor*

ANTÔNIO PINTO MONTEIRO

Professor Catedrático da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

1. O tema que me traz aqui hoje é o da “Cláusula penal e comportamento abusivo do credor”. É uma figura, esta, da cláusula penal, bem antiga, beneficiando de uma larga tradição; bastará, a esse respeito, recordar a *stipulatio poenae* do Direito Romano, para não recuar ainda mais, para podermos comprovar a *longevidade* da figura.

E é uma figura que se reveste de *grande importância prática*, dificilmente encontraremos contratos de vulto que não contenham cláusulas penais. Pois apesar disso, apesar da longevidade da figura, apesar da grande importância prática da figura, ou talvez por isso mesmo, a verdade é que são muitos os *problemas* que a cláusula penal continua a suscitar em todo o lado.

Problemas de regime, sem dúvida, mas problemas, também, de *delimitação* da figura, problemas que têm que ver com a *própria identificação da figura*, eu diria, a cláusula penal sofre de uma *crise de identidade*. Eu não irei tratar aqui desse aspecto, aludirei apenas a ele, mas ele está na ordem do dia, em todo o lado, tendendo a *distinguir-se* a cláusula penal de outras figuras que, outrora, estavam incluídas no conceito de cláusula penal, e não se fazia qualquer distinção¹.

É, por isso, uma crise de identidade da própria cláusula penal a que assistimos nos tempos que correm, mas não é desse aspecto que vou tratar; vou tratar de um aspecto de *regime*, de um aspecto clássico, tradicional, apesar disso, também aqui, de um aspecto fundamental. Um autor alemão, o Professor Dieter Medicus, diz mesmo que *proteger*

*Texto que reproduz a intervenção oral gravada, e depois revisto pelo Autor. XXII Congresso Internacional de Direito Comparado, realizado na EMERJ em 05/09/2003.

¹ Esses e outros aspectos são tratados, desenvolvadamente, na nossa dissertação de doutoramento sobre **Cláusula penal e indemnização**, Coimbra, Almedina, 1990 (reimpressa em 1999).

o devedor perante cláusulas penais abusivas constitui o principal problema de regime que hoje a cláusula penal suscita².

Pois bem, é esse o tema que eu irei privilegiar na minha exposição, e faço-o por três ordens de razões: por um lado, por isso mesmo que acabo de dizer, pela *importância* que a proteção do devedor assume em face de cláusulas penais abusivas. Mas, por outro lado, ainda, privilegio esse tema porque ele constitui uma *novidade*, isto é, trata-se de um aspecto novo do atual Código Civil Brasileiro: o artigo 413 do Código Civil vem consagrar a redução de cláusulas penais manifestamente excessivas, o que constitui uma *novidade* em face do Código anterior, do Código Civil de 1916. Por isso é uma *novidade*, e pensei que contribuiria para este debate tão importante que o Instituto de Direito Comparado Luso-Brasileiro e a EMERJ promoveram sobre o novo Código Civil se trouxesse aqui, à discussão, este aspecto que é novo no regime jurídico do atual Código Civil e que é muito importante, como iremos ver. Mas, por último, ainda, um outro aspecto, uma outra razão por que privilegio este tema: é que esta problemática da cláusula penal abusiva toca em aspectos fundamentais a que o novo Código Civil, de 2002, dá particular relevo e que têm sido aqui tratados desde o primeiro dia: *autonomia privada*, princípio da *boa-fé*, proibição do *abuso do direito*.

Recordo-me de que, logo na abertura deste Congresso, o Professor Miguel Reale, como depois o Ministro José Carlos Moreira Alves, salientaram a importância que esses princípios assumem no Código Civil Brasileiro actual. Ontem tivemos brilhantes exposições aqui, a respeito dos mesmos princípios. A Professora Judith Martins-Costa, com o princípio da boa-fé, o Professor Francisco Amaral, com o princípio da autonomia privada, o Professor Fachin, com a *eticidade*, o Professor Antônio Junqueira de Azevedo, com a chamada de atenção para a importância que o Direito Privado tem para a realização dos direitos da personalidade e a desnecessidade de recorrer à Constituição para este efeito, visto que o Direito Privado sempre foi, por excelência, o campo da realização da personalidade do homem; e, hoje mesmo, o Professor Rui de Alarcão acabou, há pouco, de sublinhar também a importância do princípio da boa-fé.

Pois bem, esta problemática do controlo da cláusula penal abusiva

² DIETER MEDICUS, *Schuldrecht I. Allgemeiner Teil*, 4 ed., München, 1988, p. 205 (§ 39, II).

tem que ver com esses princípios da autonomia privada, da boa-fé, do abuso do direito.

Basta lembrarmos, numa palavra, o seguinte: a cláusula penal é *fruto da liberdade contratual*; a sua raiz é a *autonomia privada* e, todavia, a autonomia privada, como sabemos hoje, tem *limites* vários, por razões várias. Por razões de proteção do contraente débil, por razões de solidariedade social, por razões de justiça material, há os limites da *boa-fé*, da *ordem pública*, dos *bons costumes*, da proibição do abuso do direito.

2. Pois bem, também aqui, repito, *controlar as cláusulas contratuais abusivas não é mais do que controlar uma manifestação abusiva da autonomia privada*. E, por isso, pareceu-me que teria interesse, por essas três ordens de razões, trazer esse tema a debate. Mas, antes de entrar nele, dois ou três passos prévios eu iria dar, para nos situarmos e podermos compreender melhor essa figura. É claro que não me dirijo aos senhores Magistrados, muito menos aos Colegas e aos Advogados; penso mais nos estudantes, naqueles que talvez tenham menos familiaridade com essa figura, para vos dizer que a cláusula penal é uma estipulação através da qual qualquer das partes, ou uma delas apenas, se obriga a cumprir determinada prestação — normalmente essa prestação é em dinheiro — em caso de não cumprimento, ou de não cumprimento perfeito (designadamente em casos de mora) da obrigação.

Por exemplo, A e B celebram um contrato e estipulam uma cláusula, nos termos da qual, aquele que não cumprir, ou que não cumprir devidamente, ou que não cumprir adequadamente, incorrerá numa pena de um milhão de dólares, ou de um milhão de reais. A cláusula penal pode referir-se ao não cumprimento definitivo — cláusula penal *compensatória* —, pode referir-se à mora — cláusula penal *moratória* —, ou pode, naturalmente, abranger qualquer cumprimento *defeituoso* da obrigação.

O vosso Código Civil, o novo Código Civil, chama expressamente a atenção para isso, no artigo 409; diz o atual Código Civil Brasileiro: “A cláusula penal, estipulada conjuntamente com a obrigação, ou em ato posterior, pode referir-se à inexecução completa da obrigação...” — cláusula *compensatória* —, “...à de alguma cláusula especial ou simplesmente à mora” — cláusula penal *moratória*, ou por qualquer vicissitude que afete o cumprimento da obrigação.

Por outro lado, só incorre o devedor na pena se o não cumprimento for *culposo* – a culpa é um pressuposto essencial do direito do credor, quer dizer, exigida a pena, provando o devedor que não teve culpa, deixa a pena de ser devida, afasta a pena, portanto. A cláusula penal pressupõe o não cumprimento culposo. Isso mesmo diz também o vosso Código Civil, no artigo 408: “*Incorre de pleno direito o devedor na cláusula penal, desde que, culposamente, deixe de cumprir a obrigação ou se constitua em mora*”. Portanto, isto significa que a cláusula penal, como é evidente, se distingue da *cláusula de garantia*. Esta última sim, a cláusula de garantia faz com que alguém deva algo independentemente de culpa; não assim na cláusula penal. Só incorre o devedor na cláusula penal, só é devida a pena, se ele tiver tido culpa, se o não cumprimento lhe for imputável, como expressamente o vosso artigo 408 chama a atenção, repito.

3. A importância da cláusula penal é grande, dizia eu há pouco, e é grande porque tem que ver com as *funções* que a cláusula penal está apta a desempenhar. E essas funções são *múltiplas* – a Professora Judith Martins-Costa fala, a esse respeito, e eu concordo inteiramente, da *multifuncionalidade* ou *plurifuncionalidade* da cláusula penal³. A cláusula penal, realmente, presta-se a desempenhar inúmeras funções, de acordo com o interesse das partes ao estipulá-la, e por isso é freqüente, na prática ver num contrato diferentes cláusulas penais, múltiplas cláusulas penais, para as diversas vicissitudes que os contraentes vão autonomizar.

Pois bem, apesar disso, apesar dessa plurifuncionalidade ou multifuncionalidade da cláusula penal, há duas funções que ela está especialmente apta a desempenhar: a *função indenizatória* e a *função compulsória*.

Via de regra, quando se estipula uma cláusula penal, *visa-se fixar antecipadamente o montante da indenização* – e aí está a função indenizatória, com vantagens evidentes, porque se A e B, por ex., acordam previamente que, em caso de não cumprimento, a consequência será uma das partes entregar à outra um milhão de reais, o devedor sabe antecipadamente quanto lhe custa o incumprimento, e o credor sabe o que pode exigir. Ora, esse *saber antecipado com o que se pode*

³ **Comentários ao Novo Código Civil, Do Inadimplemento das Obrigações**, v. V, tomo II, Coordenador Sálvio de Figueiredo Teixeira, Editora Forense, Rio de Janeiro, 2003, p. 413.

contar é fundamental na vida dos negócios, na economia de um país e em geral; isso tem que ver com a certeza do direito, que é um dos aspectos importantes a considerar; evitam-se indagações posteriores, evitam-se delongas, complexidades, demoras, atrasos e incertezas – nunca se sabe como é que o juiz procederá relativamente ao cálculo da indenização, ao cálculo do dano, e assim já se sabe, antecipadamente, quanto é essa indenização. Isto, repito, quanto à função indenizatória da cláusula penal, na medida em que ela constitui uma indenização predeterminada, convencionalmente predeterminada.

Mas há uma outra função que a cláusula penal está especialmente apta a desempenhar, e que é a função compulsória, ou coercitiva, isto é, a cláusula penal é ou pode constituir um *instrumento importante de coerção*, de pressão, de ameaça sobre o devedor: se não cumpre, incorre nessa sanção – é uma *sanção convencional*, estipulada pelas partes. E é esta sanção, aliás, que está mais de acordo com a índole da figura, desde a *stipulatio poenae* do direito romano, a estipulação da pena. Savigny chegou a dizer que a cláusula penal, no direito romano, era uma pena em ponto pequeno, embora fundada no acordo das partes, era um instituto criminal em ponto pequeno⁴. A *poena* era devida independentemente de culpa, não era permitida a redução, etc. Todavia, enfim, por circunstâncias várias ao longo da História, que não vale a pena agora estar aqui a recordar, a cláusula penal foi acentuando cada vez mais a componente indenizatória⁵.

Mas dizia-vos eu que estas duas funções – a função indenizatória por um lado, e a função compulsória, por outro lado — vieram constituir um dos pilares da *construção tradicional da figura*; tradicionalmente, vingou, em todo lado, a chamada *tese da dupla função*: a cláusula penal seria um instrumento que desempenharia, *simultaneamente*, uma função indenizatória e uma função compulsória.

Devo dizer-vos que esse modelo está a ser fortemente contestado - é o mínimo que se pode dizer a esse respeito. Hoje, no direito comparado, distingue-se a cláusula penal de outras figuras próximas, que outro-

⁴ SAVIGNY, **Das Obligationenrecht als Theil des heutigen Römischen Rechts**, zweiter Band, Berlin, 1853, p. 273.

⁵ Para essa evolução histórica pode ver-se ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, **Cláusula penal e indemnização**, *cit.*, p. 349-418.

ra estavam abrangidas no conceito de cláusula penal e que hoje se distinguem. Distingue-se, no direito anglo-americano, a *penalty clause* da *liquidated damages clause*, isto é, distingue-se uma cláusula penal em que há o intuito compulsório, de uma cláusula meramente indenizatória. No direito alemão, distingue-se a *Vertragsstrafe* da *Schadensersatzpauschalierung*; no direito francês, distingue-se a *clause pénale* da *clause de dommages-intérêts*; e distingue-se, no direito italiano, a *clausola penale* da *liquidazione convenzionale del danno*⁶.

Quando eu digo distingue-se, sejamos rigorosos; isto não é inteiramente pacífico, isso está em discussão, é um processo em curso, há diálogo, debate, entre a jurisprudência e a doutrina, mas há passos seguros que já foram dados; no direito anglo-americano é tradição distinguir a *penalty clause* da *liquidated damages clause*, isto é, só será cláusula penal quando há o intuito compulsório. Se as partes tiverem visado liquidar antecipadamente a indenização, e apenas isso, então isso não é, em rigor, uma *penalty clause*, isso é uma *liquidated damages clause*, isso é uma cláusula meramente indenizatória. No direito alemão essa distinção está feita também, foi feita pela jurisprudência alemã e foi acolhida, depois, pelo legislador, desde logo, pela Lei das Cláusulas Contratuais Gerais, isso já em 1976 (a famosa *AGB-Gesetz*). E em França essa distinção verdadeiramente vem já no *Code Civil* de 1804, embora a doutrina francesa só tenha despertado para ela após a reforma de 1975.

Bom, no direito brasileiro, esse problema pode pôr-se, também no novo Código Civil Brasileiro. Devo dizer-vos — não quero, não vou entrar por aí, mas vou deixar a provocação — que o sentido desta distinção entre uma cláusula penal propriamente dita, e uma cláusula meramente indenizatória, ou se quiserem, de acordo com os passos que eu tenho dado nesse campo, entre uma *cláusula penal em sentido estrito*, e uma mera *cláusula de fixação antecipada da indenização*, o sentido prático fundamental dessa distinção de regime é o seguinte: a cláusula penal é devida *independentemente do dano*, enquanto que, no caso de uma cláusula meramente indenizatória, *provando o devedor que não há dano*, deixa de incorrer na pena.

⁶ Para uma visão de conjunto de todos estes direitos v. o nosso **Cláusula penal e indemnização**, cit., p. 499-571, com indicações desenvolvidas da doutrina alemã, anglo-americana, francesa e italiana, designadamente, em que se fundamentam e apoiam essas distinções.

Ora, a tradição é que a cláusula penal é independente do prejuízo – isso está no vosso artigo 416 do Código Civil; diz assim o artigo 416: “Para exigir a pena convencional, não é necessário que o credor alegue prejuízo.” A minha pergunta é esta: de acordo, não é necessário que o credor alegue prejuízo, mas e se o devedor vier defender-se alegando e provando que não houve nenhum prejuízo para o credor, a pena é devida? A isso não responde o artigo 416 do Código Civil Brasileiro. Diz a lei que, para exigir a pena convencional, “...não é necessário que o credor alegue prejuízo”. Repito, de acordo. O credor exige o pagamento da pena, não alega nem prova prejuízo, mas o devedor contesta, defende-se, dizendo “é verdade, senhor juiz, que estipulamos uma cláusula penal e é verdade que eu não cumpri; todavia, eu provo que não houve prejuízo nenhum para o credor”. A pena é devida ou não é? Bom, de acordo com a tradição, ela seria devida, e era assim no direito romano, com a *stipulatio poenae* .

Mas, como vos disse, a *stipulatio poenae* era uma figura concebida em termos completamente diferentes, e o que eu entendo é que depende do que as partes tiverem pretendido; se as partes tiverem estipulado uma sanção, ela será devida *independentemente do dano*; mas já se as partes tiverem tido a preocupação de fixar antecipadamente o montante da indenização *no pressuposto de que haveria dano*, a prova, pelo devedor, de que não há dano, *afasta o direito do credor à pena*⁷. É discutível, é contestável, é uma provocação que vos faço, mas era um apelo também que eu deixava para que a comunidade jurídica brasileira, em face, designadamente, desta regra do artigo 416, e em conformidade com o debate que se vem travando no direito comparado, pudesse pensar nisso. De resto, o vosso art. 416 é semelhante ao art. 1382 do *Codice Civile* italiano (embora este seja mais explícito ao afirmar que “a pena é devida *independentemente da prova do dano*”), onde o problema da distinção entre essas várias espécies de cláusulas penais se vem igualmente debatendo.

4. Bom, mas eu ia entrar, agora sim, no último ponto da minha intervenção e que é, ao fim e ao cabo, o ponto que eu quis privilegiar, que é o da utilização abusiva da cláusula penal e o seu controle. Ora

⁷ Pode ver-se, de novo, para uma fundamentação desenvolvida desta nossa tese, A. PINTO MONTEIRO, **Cláusula penal e indemnização**, cit., p. 577, ss, 601, ss e 619, ss.

bem, a cláusula penal pode controlar-se de dois modos; eu diria: há um *controle geral* e um *controle especial*.

O controle geral da cláusula penal é aquele que se efetua através dos mecanismos gerais do direito civil. Reparem que a cláusula penal assenta no consentimento das partes – para haver uma cláusula penal tem que ter havido consentimento do devedor. Pois bem, esse consentimento, como qualquer manifestação negocial, pode estar *viciado*, pode estar inquinado, pode ter havido erro, pode ter havido dolo, pode ter havido coação moral e, portanto, a própria cláusula, em si mesma, pode ser *inválida*, pode ser anulada. Ou então, estipula-se uma cláusula penal num domínio em que a lei não permite cláusulas penais, porventura no direito do trabalho – nesse caso, é nula; ou a própria cláusula penal pode, no conjunto, configurar um contrato opressivo, contrário aos bons costumes.

Continuamos a recorrer a mecanismos de controle da cláusula penal de alcance geral, que estão no Código Civil – os vícios da vontade, os bons costumes, a ordem pública etc., proibições contra leis, além de inclusão de cláusulas penais em domínios, em áreas em que ela é proibida etc. – isto é o controle geral, que leva à invalidade da cláusula.

Mas há, depois, um *controle especial*, para fazer face a *penas excessivas*; esse controle já não é o controle geral dos vícios da vontade etc., é um controle especial. Ora bem, a esse respeito, houve aqui uma evolução no mundo, e também no direito civil brasileiro⁸.

É claro que a cláusula penal cumpre funções várias, como dissemos. Se as partes recorrem à cláusula penal, têm determinado objetivo. Ora, o cumprimento desse objetivo, o respeito pelo objetivo das partes, implicaria que a cláusula penal não fosse revista. Isso justificou, durante muitos anos, em todo o lado, a *imutabilidade* da pena – o chamado *princípio da imutabilidade da pena*. A pena, uma vez estipulada livremente pelas partes, é para cumprir-se, porque senão frustram-se as razões que levaram os contraentes a recorrer à cláusula penal, pois eles quiseram, porventura, evitar discussões acerca do *montante da indenização*, quiseram furtar-se ao juiz, ao tribunal, por acordo disseram que a indenização seria de um milhão de reais. Se, afinal de contas, permi-

⁸ Acompanhamos, também aqui, a nossa **Cláusula penal e indemnização**, cit., p. 717, ss e 724, ss; no direito brasileiro, em face do novo Código Civil, pode ver-se JUDITH MARTINS-COSTA, **Comentários**, cit., p. 457,ss.

timos que o juiz venha agora aqui discutir o montante do dano, então, para que é que se recorre à cláusula penal?

Ou então, quis estipular-se, quis criar-se uma sanção, um instrumento de compulsão ao cumprimento. Ora, se se permite a revisão, então essa ameaça não surte efeito; o devedor sabe, antecipadamente, que vai recorrer ao Tribunal, e o Tribunal vai reduzir a pena e, portanto, a ameaça não surte efeito. Em suma, o respeito pelas funções da cláusula penal, bem como o respeito pela autonomia privada, que justifica a cláusula penal, impõem que a pena não seja suscetível de revisão.

Bom, isso justificou, repito, ao longo da história, o princípio da imutabilidade da pena, princípio esse que não era desrespeitado quando – quer no direito antigo português, quer no vosso Código Civil anterior, de 1916 – se permitia a redução proporcional no caso de haver cumprimento parcial, porque essa redução proporcional (no caso de ter havido descumprimento parcial) *funda-se ainda na vontade das partes*. As partes previram uma pena de um milhão de reais, por ex., para o não cumprimento; houve cumprimento parcial; presume-se que as partes teriam estipulado uma redução proporcional se tivessem previsto que o devedor cumpriria parcialmente.

Portanto, a redução proporcional da pena, no caso de ter havido incumprimento parcial, fundava-se, ainda, na vontade das partes. Ora, essa posição era a do Código Civil brasileiro anterior, assim como foi a do Código Português antigo, de 1867, e como foi em França, até 1975, ou seja, a cláusula penal não era suscetível de ser revista, a pena não era suscetível de ser reduzida, salvo no caso de ter havido cumprimento parcial, caso em que haveria redução proporcional.

Isto foi alterado, desde logo pelo BGB – o Código Alemão – em 1896; o BGB consagrou, no parágrafo 343, a possibilidade de redução de penas quando elas forem manifestamente excessivas ou, de acordo com a lei alemã, quando forem desproporcionalmente elevadas. Foi o primeiro passo que se deu nesse campo.

Vieram depois, entre outros, o Código Italiano, em 1942, no art. 1384, o Código das Obrigações suíço, no art. 163,3, e o Código Civil Português de 1966, no artigo 812, permitir, expressamente, a redução de penas quando elas forem manifestamente excessivas; em França, apenas em 1975, no termo de uma *querrela*, muito viva, muito intensa,

veio permitir-se, finalmente, através de uma alteração legislativa ao art. 1152º do Code Civil, a redução da cláusula penal quando ela for manifestamente excessiva, assim como veio, finalmente, também no Brasil, o Código Civil Brasileiro, no artigo 413, estabelecer o mesmo princípio: “A penalidade deve ser reduzida eqüitativamente pelo juiz se a obrigação principal tiver sido cumprida em parte, ou se o montante da penalidade for manifestamente excessivo, tendo-se em vista a natureza e a finalidade do negócio”. Esta é a novidade que o artigo 413 do novo Código Civil introduz no Direito Brasileiro, pelo menos a nível de Código Civil, evidentemente. E é uma novidade que vem no bom caminho, de acordo com outros passos dados, como já vos disse, na Alemanha, em 1896, em França, em 1975, em Portugal em 1966, em Itália em 1942 etc.

5. Pois bem, dito isto, mais dois ou três aspectos de regime a tal respeito. Em primeiro lugar, qual é o âmbito de aplicação do artigo 413 do Código Civil? A lei permite a redução de penas manifestamente excessivas. Qual é o âmbito? Eu tenho entendido que esse artigo 812, em Portugal, e, neste caso, o artigo 413, no Brasil, deve-se poder aplicar a todas as espécies de cláusulas penais, quer às cláusulas penais meramente indenizatórias, quer às cláusulas penais compulsórias, quer às cláusulas penais exclusivamente compulsórias. E vou mais longe; tenho defendido e escrito que se deve poder aplicar esse artigo a outras figuras como, por exemplo, o sinal.

De resto, em Portugal houve dois importantes acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça — correspondente aqui ao Superior Tribunal de Justiça — que aplicaram o artigo 812, portanto, o equivalente ao vosso artigo 413, ao sinal: à restituição em dobro do sinal. Claro, é necessário que os pressupostos se verifiquem, que seja manifestamente excessivo etc.

E eu tenho defendido essa posição porque entendo que o artigo 812, em Portugal, tal qual o vosso artigo 413, constitui um princípio de alcance geral, destinado a corrigir excessos ou abusos do exercício da liberdade contratual, ao nível da fixação das conseqüências do não cumprimento das obrigações. Trata-se, pois, de um princípio de alcance geral, que não deve restringir-se, apenas, à cláusula penal.

Por outro lado, outros pontos que vou tratar, de acordo com o sumário que distribuí, é o dos pressupostos, e aqui há alguns problemas quanto a eles.

Primeiro pressuposto: quando é que o juiz está justificado a reduzir cláusulas penais manifestamente excessivas? Um problema se põe: só quando o devedor tiver solicitado essa redução? Ou pode o Tribunal intervir oficiosamente? Temos respostas num e noutro sentido no Direito Comparado. O Código Civil Alemão resolve o problema expressamente. Diz assim: “O Tribunal só pode reduzir a pena no caso de o devedor o ter solicitado”. Exatamente o oposto está no Direito Francês. O Código Civil Francês, o Código de Napoleão, voltou a ser alterado em 1985: primeiro, em 1975, foi permitida a redução, depois, em 1985, o legislador francês voltou a alterar esse preceito da cláusula penal, permitindo ao Tribunal a redução oficiosa da pena. Diz a lei francesa: “*même d’office*” — pode a pena ser reduzida mesmo oficiosamente. O Direito Italiano é omissivo a esse respeito, o Direito Português também, assim como o Direito Brasileiro, embora, no caso do Direito Brasileiro haja aqui, enfim, alguma pista. Diz a lei, no artigo 413: “*A penalidade deve ser reduzida eqüitativamente pelo juiz...*”. Parece que com isto está o legislador brasileiro a apontar, a abrir o caminho para uma *redução oficiosa*.

Outra questão que se põe, a respeito dos pressupostos, é saber como é que se procede no caso de cumprimento parcial: tendo havido cumprimento parcial, é forçosa a redução, ou não? No vosso Código antigo, dizia-se que a redução era proporcional; hoje, não se diz isso, e a meu ver, bem (também aqui uma alteração no bom sentido).

A lei diz: “*A penalidade deve ser reduzida eqüitativamente pelo juiz se a obrigação principal tiver sido cumprida em parte...*” — portanto, tendo havido cumprimento parcial, a redução é eqüitativa. Isso significa, a meu ver, que pode ter havido cumprimento parcial e não se justificar redução nenhuma, porque esse cumprimento não tem interesse nenhum para o credor. O devedor cumpriu e é como se não tivesse cumprido; do ponto de vista do interesse do credor, as coisas mantiveram-se exatamente na mesma. A redução não é proporcional; deve fazer-se de acordo com a eqüidade — é esse o critério a que recorre o legislador brasileiro, tal como é esse o critério a que recorre o legislador português: a penalidade deve ser reduzida eqüitativamente pelo juiz, se a obrigação principal tiver sido cumprida em parte.

Por outro lado, já vimos, e é a grande novidade também no Direito Brasileiro, “...ou se o *montante da penalidade for manifestamente excessivo*”. Ora bem, há dois fundamentos para a redução: por um lado, *cum-*

primimento parcial, desde que a eqüidade justifique a redução, por outro lado, a pena ser *manifestamente excessiva* — não é qualquer excesso de pena que justifica a intervenção do juiz, mas só o excesso manifesto.

Deste modo, poder-se-á dizer que há uma intervenção *excepcional* do Tribunal. Não é por qualquer excesso da pena que esta vai imediatamente reduzir-se, senão anulava-se a cláusula penal, senão seriam frustradas as funções da cláusula penal, estar-se-ia a intervir excessivamente na autonomia privada. O respeito à autonomia privada, e o respeito pelas funções da pena, levam a que esta só seja suscetível de revisão *quando for manifestamente excessiva* — é o que está na lei; é o que está, e é o que está bem.

E é assim também, até para não se confundir a cláusula penal com uma outra figura que as partes podem estipular, naturalmente: a *cláusula de inversão do ônus da prova do prejuízo*. Nada impede que as partes estipulem uma cláusula nos termos da qual, em caso de não cumprimento, a indenização seja de um milhão de reais, sem prejuízo, todavia, de o devedor provar um montante inferior, caso em que a indenização não poderá ir além disso.

Pronto, isso não é uma cláusula penal; isto será uma cláusula de inversão do ônus da prova do prejuízo, quer dizer, não é o credor que tem que provar o dano — de acordo com as regras gerais é o credor quem tem que provar o dano —, mas se beneficiar desta cláusula ele não tem que provar o dano. O devedor é que pode ir ao Tribunal e dizer que o seu prejuízo não foi de um milhão de reais, foi apenas de quinhentos mil reais e então, de acordo com esta cláusula, o Tribunal deve reduzir até quinhentos mil reais — isso não é uma cláusula penal, isso é uma cláusula de inversão do ônus da prova do prejuízo; a cláusula penal não vai a esse ponto; a *cláusula penal só pode ser reduzida quando for manifestamente excessiva*.

Ora bem, e para entrar nesse ponto do *critério de redução*, e telegraficamente dizer-vos que o *pressuposto* de intervenção do Tribunal, que é o *excesso manifesto*, é simultaneamente, digamos, o *critério de redução*: o Tribunal deve intervir *a fim de eliminar esse excesso*, a fim de *corrigir* esse excesso. Não posso deixar, para o efeito, de lembrar que isto implica um *juízo de valor*. A pena pode ser superior ao dano e não ser manifestamente excessiva. Para apurarmos se ela é manifestamente excessiva, temos que atender a vários fatores, a várias circunstâncias, às particularidades do caso concreto, ao interesse das partes,

à natureza do contrato, à finalidade da pena, se é uma cláusula penal indenizatória, se é uma cláusula penal compulsória, à boa ou má-fé das partes, ao grau de culpa do devedor etc.

Aliás, também aqui o vosso 413 foi feliz, quando disse, na parte final: “...*tendo-se em vista a natureza e a finalidade do negócio*” - tendo em vista a natureza do negócio, tendo em vista a finalidade do negócio, a finalidade da pena, o grau de culpa das partes etc. Há, aqui, uma série de fatores a ter em consideração para apurar se a pena é ou não manifestamente excessiva, e qual é o critério que deve nortear o juiz nessa redução.

6. Para concluir, vejamos qual é o *fundamento* desta redução. E concluo como comecei; disse-vos que esse artigo 413 está em consonância, em conformidade com outras dimensões que avultam no Código Civil Brasileiro atual. O princípio da *autonomia privada*, enquanto fonte da cláusula penal, mas também o princípio da *boa-fé* em sentido objetivo, artigos 421 e 422 do Código Civil Brasileiro, com a *proibição do abuso do direito*, art. 187 etc.

Portanto, a redução da pena está em conformidade com os limites à autonomia privada, com os limites à liberdade contratual, e isto porque a autonomia privada, enquanto meio de realização da personalidade humana, implica, efetivamente, que se combata qualquer desvirtuamento. *Não pode a autonomia privada, enquanto instrumento de realização da personalidade do homem, converter-se em instrumento de abuso.* É este, a meu ver, o fundamento do controlo da cláusula penal.

Aliás, eu diria que se não existisse o artigo 812 em Portugal, ou o artigo 413 no Brasil, pela *proibição do abuso de direito* - no caso do direito português, artigo 334, no caso do direito brasileiro, artigo 187 - poder-se-ia lá chegar; e é engraçado, é interessante, é curioso dizer-vos o seguinte: no Código Português anterior - o Código antigo era de 1867 -, em que não havia um preceito semelhante a este, a melhor doutrina portuguesa, designadamente o Professor Manuel de Andrade, dizia que só pelo instituto do abuso de direito é que se poderiam combater cláusulas penais manifestamente excessivas, isto porque estávamos ainda na vigência do Código antigo, quando não era permitida a redução de penas manifestamente excessivas. Ora bem, tenho para mim que a consagração do artigo 413 no Brasil, e do art. 812º em Portugal, vai nesta linha de *proibir atuações abusivas do credor*.

E como as Senhoras e os Senhores não cometeram qualquer *ilícito* para eu causar este dano à vossa paciência em querer me ouvir, é *manifestamente excessiva esta pena* que estou a impor-vos, para não dizer que ela é de todo injustificada, de modo que estão mais do que autorizados para pedir ao Tribunal que *reduza* esta pena, pondo termo de imediato à minha intervenção. E eu só posso em minha defesa alegar a minha boa-fé! Muito obrigado. ◆

Justiça, Segurança, Bem Comum e Propriedade - Uma Breve Introdução ao Direito de Propriedade e à sua Função Social

JOSÉ ROBERTO DE CASTRO NEVES

Advogado. Professor de Direito Civil da Pontifícia Universidade Católica (PUC/RJ).

I. INTRODUÇÃO

O homem é, por natureza, egoísta. Deseja ter para si as coisas ao seu redor. Deseja porque precisa delas para sobreviver, ou, ainda, porque tem prazer em tê-las. As coisas, por sua vez, são escassas, de sorte que a pretensão natural do homem - de ser senhor das coisas - está em conflito com o interesse dos demais homens membros da sociedade, que também aspiram pelos mesmos bens.

Robson Crusoe, na sua ilha deserta, era o senhor de todas as coisas, e fazia com os bens disponíveis o que bem entendia. No momento em que aparece Sexta-Feira, o bom aborígena, nasce, naturalmente, um conflito: qual dos dois dominará as coisas encontradas naquela ilha. Afinal, a noção de propriedade - ter algo para si - é intuitiva e não admite, salvo excepcionalmente, divisão. Em regra, a propriedade é exclusiva. Ao notarmos que mesmo os animais possuem senso de propriedade, chegamos à conclusão de que esse conceito rompe as barreiras da racionalidade.

Assim, é natural o desejo de assenhorar-se de determinado bem. Essa vontade acompanha o homem desde o início da civilização. Utilizo a palavra "natural" propositalmente, para antecipar a noção dos jusnaturalistas, segundo a qual o direito de se apropriar de um bem era um direito natural, derivado da própria essência humana.

A relação entre o homem e as coisas sempre existiu. Ao poder absoluto de uma pessoa sobre certo bem denomina-se propriedade.

Diante da sua importância econômica, há grande interesse social na regulamentação da propriedade. De fato, a forma como o Estado irá tratar a propriedade constitui um importantíssimo instrumento de controle social. Através dessa escolha do legislador, averigua-se, por exemplo, “se a economia será livre ou dirigida pelo Estado, se a sua base é formada pela propriedade privada ou por uma forma de propriedade coletiva e quais os objetivos da política econômica”¹.

Alterada a ideologia dominante, modifica-se a forma como o Direito cuida da propriedade. Por isso mesmo, esse instituto modificou-se radicalmente no curso da civilização: seja em decorrência de crenças ideológicas, seja porque constatou-se que a forma de utilização dos bens tem fundamentais consequências econômicas. O poder dado ao direito de propriedade modifica-se, ora se restringindo, ora se alargando. Nas civilizações mais remotas, nos momentos históricos turbulentos e de incertezas, as diversas organizações sociais, cada qual com as suas orientações econômicas, deram significados distintos à propriedade.

No estágio atual da civilização ocidental, defende-se o “*welfare state*”, o Estado preocupado com o bem-estar social, referido, entre nós, no art. 3º, I, da Constituição Federal de 1988, como um dos objetivos fundamentais da República: construir uma sociedade justa, livre e solidária.

Isso, entretanto, só será possível se esse domínio que o homem tem sobre as coisas, esse direito intuitivo natural de se assenhorar dos bens, seja feito de uma forma razoável, visando atingir um bem-estar social e em sintonia com os interesses da sociedade. Apenas essa propriedade deve ser privilegiada, apenas essa está de acordo com a ideologia em vigor (consoante, aliás, expressamente referido no art. 1.228 do Código Civil de 2002 e seus parágrafos).

Essa nova aceção faz com que a propriedade deixe de ser apenas um direito, para se tornar também um dever. Isso, aliás, já dizia o art. 153 da Constituição de Weimar, de 1919: “A propriedade obriga. O seu exercício deve ser também um exercício prestado ao bem comum”. A propriedade com finalidade social representa, então, um novo conceito do instituto. Do ponto de vista dos poderes que confere ao seu

¹ Ernst Benda, “Função da Garantia da Propriedade na Constituição Moderna”, in **Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política**, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1992, p. 242.

titular, esse novo conceito é evidentemente mais restrito do que o anterior. É certo, ainda, que essa modificação deu origem a uma crise do conceito da propriedade, uma incerteza que afeta a sua própria identidade.

A crise se manifesta de duas formas: primeiro, porque, historicamente, a função social que a propriedade deveria respeitar era vista apenas do lado passivo, indireto e muito eventual. Agora, essa proteção da função social é direta, positiva, pulsante. Trata-se de uma ordem, emanada da própria Constituição, no art. 5º, XXIII.

Em segundo lugar, a crise de identidade está em que o instituto da propriedade nunca se justificou pela sua função social, mas nas suas razões mais profundas e tragicamente humanas, na natureza egoísta do homem.

A propriedade encontra a sua justificativa na noção, reconhecida pela sociedade, de ser justo que o homem se aproprie de certas coisas e que o Estado deve propiciar uma segurança, uma garantia a esse domínio. O primeiro interesse, ao menos cronologicamente, era de o Estado proteger essa propriedade, como uma vantagem do titular do direito. Somente depois surgiu o interesse de regular a propriedade, criando uma série de deveres ao proprietário. Isso fica claro diante da própria letra da Constituição Federal, que garante, primeiro, o direito de propriedade (art. 5º, XXII), e, depois, no inciso imediatamente seguinte (art. 5º, XXIII), fala de sua função social.

Como a justificação clássica da propriedade jamais se amparou na função social, há, agora, viva dificuldade em visualizar a função social em todas as propriedades. Afinal, é forçoso reconhecer que o direito à propriedade nem sempre estará inserido em uma função social, e nem por isso o ordenamento jurídico deixará de ampará-lo.

Em um país de profundas desigualdades sociais, abundam os exemplos de propriedade sem qualquer destinação social, que, ainda assim, são respeitadas. Tome-se o exemplo extremo de um enorme campo de golfe encrustado no perímetro urbano de uma cidade brasileira, onde há crônico problema de habitação. Apesar de entender que essa propriedade deva ser respeitada e defendida, é forçoso reconhecer que ela apenas traz prazer a poucos, representando uma afronta ao bem comum, ao interesse da comunidade. Conclui-se, assim, que a propriedade nem sempre terá função social, e ainda assim será digna de proteção.

Tome-se, ainda, o exemplo da velha senhora, proprietária de muitas jóias preciosas, que as guarda em um cofre jamais aberto. Difícil, nessa hipótese, apontar a função social dessas preciosidades, mas é certo, também, que esse domínio será tutelado.

Cabe, então, o questionamento: se a norma constitucional diz que toda a propriedade deverá cumprir a sua finalidade social, como o ordenamento jurídico irá tratar daquelas propriedades que não possuem qualquer fim social, ou cujo aproveitamento social seja, diante de seu potencial, péssimo?

A propriedade está de tal forma inserida nos alicerces do sistema, que a crise de sua identidade talvez possa ser melhor analisada se apreciadas as finalidades últimas das regras sociais. As normas de conduta se fundamentam em três valores: a justiça, a segurança e o bem comum². Esse trabalho pretende examinar, ainda que sucintamente, a propriedade diante desses três valores, a fim de encontrar caminhos para superar a atual crise de identidade do instituto³.

II. HISTÓRICO

A noção de propriedade é intuitiva e nasceu com o homem. Nas primeiras tribos, no alvorecer da civilização vigorava a concepção de que os bens pertenciam a toda a comunidade de um clã ou aldeia. Havia, então, certa promiscuidade em relação aos pertences. Apenas com a maior organização da sociedade, com o surgimento desse conceito primitivo de individualidade, passou-se a admitir a propriedade individual.

Registre-se, na oportunidade, que, mesmo nos primórdios, havia a propriedade individual de vestuário, de armas, que pertenciam a apenas uma pessoa.

² Gustav Radbruch, **Filosofia do Direito**, Coimbra, Armênio Amado - Editor, 1974, p. 417.

³ Nesse passo, transcreva-se a lição de Eusebio Fernandes, acerca da necessidade de se apreciar os valores que fundamentam as normas:

“La teoría de la Justicia o axiología jurídica tendría como objeto de estudio los valores generadores y fundamentadores del Derecho y los fines que éste pretende y desea alcanzar, así como el análisis crítico-valorativo del Derecho positivo y a discusión racional sobre los valores éticos que se desean ver reflejados en el Derecho para que éste sea considerado como Derecho justo.

Se refiere tanto a los valores del Derecho existente o vigente en una sociedad como a los del Derecho ideal, teniendo en cuenta que el Derecho se mueve dentro de la dialéctica entre lo legal y lo justo.” (**Teoría de la Justicia y Derechos Humanos**, Madrid, Editorial Debate, 1984, p. 30/31).

Direito romano

Qualquer menção histórica acerca da evolução do direito deve começar por Roma. Outras referências podem ser interessantes, mas são apenas curiosidades, na maioria dos casos sem relevância.

Os romanos conheceram, relativamente cedo, a propriedade absoluta, denominada de propriedade quirítária, que significava o poder mais completo que uma pessoa poderia exercer sobre certo bem. O seu titular tinha o poder de usar, fruir e dispor do bem como desejasse. Essa propriedade era reservada aos cidadãos romanos, aos *quirites*, daí o seu nome.

No começo, somente os bens situados em Roma estavam sujeitos à apropriação. Posteriormente, admitiu-se a propriedade sobre bens situados na Península Itálica. No final da república admitiu-se a propriedade sobre bens fora da península.

A propriedade dos estrangeiros (*peregrini*) era, a princípio, limitada. Posteriormente, o conceito de propriedade quirítária acabou prevalecendo também para os não romanos.

Convém notar que mesmo na Lei das XII Tábuas já havia a noção de limitação do direito de propriedade, a fim de proteger o interesse público e a vizinhança. Embora, para os romanos, o conceito de propriedade era o de um direito individual, absoluto e perpétuo.

Idade Média

A noção de plenitude da propriedade ultrapassou a ruína da civilização romana, para ser abraçada pelos Francos. De fato, os proprietários de terra na Gália conservaram o seu direito, mesmo com a queda do Império Romano. John Gilissen anota que “a terra, assim possuída, chama-se *proprium*, terra propria ou *proprietas*”⁴.

Apenas na época de Carlos Magno passa-se a denominar a *proprietas* de alódio, termo que vai dominar a Idade Média. O alódio é, pois, a propriedade plena.

Ao lado do alódio, havia as terras dadas em arrendamento. Essa transferência da posse para permitir a exploração do imóvel transformou-se no grande instrumento social da Idade Média. Eram as relações vassaláticas. No princípio, essas relações não eram vitalícias, mas,

⁴ **Introdução Histórica do Direito**, Lisboa, Calouste Gulbenkian, 1979, p. 640.

a partir de 877, Carlos, o Calvo, rei dos Francos, consagrou o costume da hereditariedade do benefício vassalático.

A exploração das terras na Idade Média se confunde com o instituto da vassalagem, do arrendamento vitalício. O arrendador era denominado suserano e o arrendante, vassalo. As terras eram dadas em arrendamento e o arrendadante, por sua vez, dividia o seu feudo, concedendo o mesmo direito a outros sub-arrendantes, que agiam da mesma forma, de sorte que a terra se encontrava fragmentada, com inúmeros possuidores. Dessa forma, os membros daquela sociedade quedavam entrelaçados, em uma cadeia de suseranos e vassalos, tendo, em uma ponta, o monarca, o maior dos senhores feudais, e, na outra, os mais humildes camponeses⁵.

Por volta dos séculos X e XI, esses benefícios de vassalagem tomaram o nome de *feodum*. O vassalo deveria ocupar o feudo e oferecer ao suserano uma remuneração. A forma de pagamento do vassalo consistia não apenas em dar ao suserano parte considerável da colheita, mas também compreendia o dever de fidelidade militar.

Todos os vassalos, independentemente da posição que ocupavam na cadeia de relações, tinham direito de propriedade sobre sua fração da terra, assim como assumiam obrigações com seu suserano, o que limitava o seu direito.

O vassalo tinha o domínio direto, enquanto que o suserano dispunha do domínio indireto. Acúrcio, famoso glosador, em anotação feita em 1250, já mencionava a distinção entre domínio indireto, que tinha o senhor feudal, do domínio útil exercido pelo vassalo, que estava na posse do bem.

Como consequência do aspecto personalíssimo da forma como o feudo era concedido, os benefícios da vassalagem eram inalienáveis. Apenas no século XI admitiu-se a venda dos feudos, sendo necessário, contudo, a vênua do suserano. Nos séculos seguintes, a permissão do senhor feudal perdeu a importância e, em consequência, o feudo adquiriu maior valor econômico, pois passou a ser negociável. Convém notar, contudo, que o senhor sempre teve direito a receber parte do valor da compra do terreno de seu vassalo, que, normalmente, era de um quinto.

⁵ No século X, havia na França 70.000 detentores de feudos, dos quais menos de 200 possuíam atribuições de cunhar moedas, impor taxas, decretar leis e distribuir justiça.

Um fenômeno notável, principalmente a partir do século XII, é a diminuição dos poderes do suserano, a ponto de, no século XIV ser costume considerar o vassalo como o proprietário. O suserano, então, não tinha mais a propriedade, mas apenas o direito de exigir algumas prestações.

De fato, o sistema vassalático de propriedade imóvel representava séria limitação ao direito do titular, que era forçado a conviver com restrições, entre elas a de pagar uma contribuição ao suserano, ou a de necessitar da permissão do senhor para alienar o bem.

O Código Napoleão

A Revolução Francesa representou a vitória da burguesia sobre a monarquia decadente e trouxe profundas alterações ao ordenamento legal, principalmente ao conceito de propriedade.

O art. 2º da Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, coloca a propriedade, ao lado da liberdade, como um direito natural, e, mais adiante, no art. 17, qualifica o direito de propriedade como inviolável e sagrado. Fica, pois, muito nítido o interesse da burguesia em garantir o direito sobre os seus bens.

Essa preocupação se justifica ao se notar que, antes da Revolução, os membros da nobreza sentiam-se como titulares de regalias, tais como entrar nas casas dos camponeses, ou a de se servir do trabalho dos “homens bons”, sem qualquer remuneração. Tudo pelo simples fato de serem nobres. Evidentemente, a burguesia, que não possuía qualquer título, pretendia acabar com essa desigualdade.

Registre-se, ademais, que, com a Revolução, os bens da Igreja e dos estrangeiros foram confiscados e vendidos para a própria burguesia, que tinha interesse em legitimar essas aquisições (razão pela qual o “Code” Napoleão prestigiou imensamente o contrato. Aliás, o contrato e a propriedade são os seus institutos dourados).

Na noite de 4 de agosto de 1789, a Assembléia Constituinte Francesa decretou o fim do feudalismo. Era o término de um sem fim de encargos sobre os vassalos e o reconhecimento da propriedade como vista pelos romanos: plena e individual.

Na realidade, o fim do feudalismo na França deu-se em dois momentos distintos. O primeiro foi o que se mencionou, a declaração do término das propriedades vassaláticas. Ocorre que naquela ocasião

foi criada uma comissão para regulamentar o processo de resgate, uma indenização que deveria ser paga pelos vassallos aos seus suseranos. O trabalho dessa comissão foi sofrível e, finalmente, em julho de 1793, foi decretada a supressão total de todos os direitos resgatáveis⁶.

A Revolução Francesa representou a vitória burguesa. A burguesia precisava de um sistema jurídico em sintonia com as suas aspirações. A resposta a isso foi o Código de 1804, que prestigiava o indivíduo e a sua liberdade de atuar. A propriedade era o aspecto externo da individualidade.

○ “Code” estava em harmonia com a idéia vigente de codificação das normas jurídicas em um só documento. Antes dele - no que se convencionou denominar de “*ancien droit*” -, a França era regulada por dois sistemas distintos: o costumeiro no norte e o direito romano, acrescido de alguns costumes territoriais adaptados, no sul.

Pode-se afirmar, sem medo de errar, que o Código de 1804 é o código da propriedade: de sua definição, aquisição e circulação. Apenas o primeiro livro trata das pessoas, enquanto o restante cuida da propriedade. Dos 2283 artigos, apenas 515 não se referem à propriedade⁷.

○ art. 544 explica que a propriedade é o direito de fruir e dispor da coisa da forma mais absoluta possível. O dispositivo informa, de modo claro e direto, que o proprietário poderia utilizar a coisa como desejasse.

Entretanto, há uma leve incongruência no texto da lei, pois ele fala da propriedade como poder absoluto e, na verdade, há limitações referidas no próprio Código de 1804, nos casos de violação às leis e regulamentos.

○ “Code” instaurou, ou melhor, ele reintroduziu o conceito absoluto de propriedade. Essa idéia foi absorvida pelas demais legislações que o tomaram por base. O Código Civil Italiano de 1865, por exemplo, no art. 436, estatuiu que a propriedade era o direito de gozar e dispor do bem de forma absoluta.

A propriedade na União Soviética

As desigualdades geradas pelo sistema burguês desencadearam inúmeras críticas, que viam nele uma forma de legitimar a exploração

⁶ Nos demais países europeus, o sistema medieval, de múltiplas relações de arrendamento nas terras, sobreviveu até o séc. XIX. Na Inglaterra, ele só terminou em 1922, com leis específicas que deram fim aos institutos feudais.

⁷ Marcelo Roberto Ferro, “A Propriedade Privada no Código de Napoleão”, in **Revista do Direito Civil**, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1994, p. 51

do homem pelo homem. A liberdade extremada criou uma sociedade com reduzida preocupação social.

Os primeiros críticos do modelo liberal (como Saint Simon, Robert Owen, Louis Blanc e Proudhon), ficaram conhecidos como socialistas utópicos. Essa alcunha - socialistas utópicos - foi dada por Marx, diante da simplicidade de teoria, pois, segundo o autor de *O Capital*, estes buscavam a justiça social sem qualquer embasamento histórico e por meio de críticas desprovidas de fundamentos científicos. Tinham como bandeira uma verdadeira ojeriza pela propriedade, a ponto de Proudhon declarar que “a propriedade privada é roubo”.

A crítica mais radical foi a baseada nos ensinamentos no Manifesto Comunista de Marx, de fevereiro de 1848. Opondo-se frontalmente à noção de propriedade adotada pelo Código de Napoleão, a idéia central de Marx e Engels, em apertada síntese, é a de que a história da sociedade está na luta de classes. A classe dominante seria aquela que possui os meios de produção. O Estado, para aplacar a opressão de uma classe sobre a outra, deveria assumir os meios de produção, terminando com a exploração entre os homens.

Convém, nesse passo e rapidamente, mencionar a experiência da União Soviética, paradigma dos países comunistas, informando como funcionava o seu direito, em relação à propriedade.

Com a Revolução de 1917, foi anulada, “para sempre e sem direito a indenização”, a propriedade latifundiária, pondo fim à servidão. Em fevereiro de 1918, as terras, bem como as fábricas, bancos, entre outros bens, foram declarados de propriedade do Estado. A Constituição de 1936 previu quatro formas de propriedade: duas propriedades socialistas - a do Estado e a da cooperativa (“kholkoziã”) - e duas pessoais - familiar e individual.

A propriedade do Estado - a mais importante - engloba as terras, os meios de produção, os meios de transporte, os prédios públicos etc. O art. 11 da Constituição de 1977 diz que esses bens são da “propriedade comum de todo o povo soviético”⁸.

A segunda forma de propriedade é aquela das cooperativas agrárias, os kholkozos. Estes detêm o usufruto das terras aráveis, cuja propriedade pertence ao Estado.

⁸ O roubo de bens do Estado era, na época, punível com a pena de morte.

A propriedade familiar camponesa consiste na possibilidade de a família ser dona de pedaço de terra diminuto, ao lado de sua casa no campo, onde deve explorar a agricultura. A Constituição de 1936 dizia que essa propriedade familiar poderia, ainda, abranger utensílios de menor importância, três vacas e vinte e três ovelhas.

Finalmente, há a propriedade individual, fruto do trabalho e da poupança. O trabalhador urbano pode ter uma pequena casa de campo (“*datcha*”), para plantar hortaliças.

III. A PROPRIEDADE MODERNA

Uma característica da propriedade moderna é o aumento dos bens sobre os quais ela pode incidir. Desde o Código de Napoleão de 1804, observou-se um alargamento do conceito de propriedade, que passou a incidir sobre uma maior variedade de bens; como, por exemplo, a propriedade industrial, científica, artística, literária.

Ao mesmo tempo, verificou-se a insuficiência do modelo liberal, resultando na busca de uma sociedade mais justa, com evidentes reflexos no conceito do direito de propriedade. É nítida a tendência de humanização do direito, originada como reação à noção individualista de propriedade. Trata-se do caminho do individualismo para o solidarismo.

A Igreja deu importante contribuição para a nova dimensão do conceito da propriedade. Como resposta às teorias marxistas, a Igreja lançou a sua doutrina social, através de várias encíclicas, como a **Rerum Novarum**, do Papa Leão XIII, e, mais recentemente, a **Populorum Progressio**, de Paulo VI. Para os teóricos da Igreja, a propriedade é vista como direito natural. Defende-se a propriedade privada, mas afirma que ela deve ser utilizada em benefício dos demais membros da sociedade⁹.

A Igreja não estava só. Muito ao contrário. Na própria França, berço do “Code”, Léon Duguit estruturou, no começo do século XX, a teoria da função social da propriedade¹⁰.

⁹ Luiz Roldão de Freitas Gomes, em “O Estatuto da Propriedade Perante o Novo Ordenamento Constitucional Brasileiro” (in **Revista de Direito Civil**, nº 64, 1993, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, p. 50), discorre de forma esclarecedora sobre a influência do cristianismo no conceito de propriedade.

¹⁰ “...la propriété individuelle cesse d’être un droit de l’individu pour devenir une fonction sociale...” (Léon Duguit, **Les Transformations Générales du Droit Privé Depuis le Code Napoléon**, Paris, Librairie Félix Alcan, 1912, p. 149)

O indivíduo deixou de ser um fim para ser o meio de atingir uma sociedade mais justa. A propriedade individual, por conseqüência, perdeu o valor defendido no século anterior e passou a ser vista como uma função.

Segundo Duguit, a liberdade do proprietário é garantida para que ele cumpra a sua função social¹¹. Diante disso, o direito de propriedade será respeitado uma vez que o seu titular lhe esteja dando uma função em sintonia com o interesse da coletividade.

Essa idéia da função social da propriedade foi adotada pela Constituição de Weimar de 1919 e, posteriormente, repetida por diversos outros ordenamentos.

A propriedade no ordenamento nacional

As Ordenações Filipinas, de 1604, resguardavam a noção de propriedade romana. Havia, contudo, referências à propriedade vassalática.

O Brasil foi povoado através da concessão de sesmarias, uma idéia feudal de ocupação das terras, em harmonia com as ordenações então vigentes.

O Código Civil brasileiro não definiu o conceito de propriedade - como fez o Código Civil alemão, v.g. -, mas indicou as suas qualidades. O art. 524 do Código Civil de 1916 diz que "a lei assegura ao proprietário o direito de usar, gozar e dispor de seus bens, e de reavê-los de quem quer que injustamente os possua". A redação do atual art. 1.228, *caput*, é seguramente mais técnica. Agora, fala-se em faculdade de usar, fazer e dispor.

Principalmente após a Revolução de Trinta, surge, no país, a tendência de proteger, por lei, a indústria nacional nascente, os bens naturais e o bem-estar social. É desta época o Código de Águas (Dec. 24.643, de 10.07.34), o Código de Minas (Dec. 24.642, de 10.07.34) - hoje substituído - e o Código Florestal (Dec. 23.793, de 23.01.34).

A Constituição Federal de 1934 já separava a propriedade do solo das riquezas encontradas no subsolo, e o seu aproveitamento pas-

¹¹ "D'abord, dis-je, le propriétaire a le devoir et le pouvoir d'employer la richesse qu'il détient à la satisfaction de ses besoins individuels. Mais il va de soi qu'il ne s'agit que des actes qui correspondent à l'exercice de la liberté individuelle telle que je l'ai définie précédemment, c'est-à-dire au libre développement de l'activité individuelle. Les actes faits en vue de ce but sont protégés. Ceux qui n'ont pas ce but et qui d'autre part, ne poursuivent pas un but d'utilité collective, seront contraire à la loi de la propriété et pourront donner lieu à une répression ou à une réparation." (*op. cit.*, p. 166).

sou a depender de autorização do Estado. As Constituições Federais de 1824 e de 1891, na esteira da Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão, tratavam da propriedade, mas nada mencionavam acerca de sua função social. A de 1934, por sua vez, muito influenciada pelas Constituições de Weimar e da República Espanhola de 1931, registrava, no artigo 113, nº 17, a propriedade entre os direitos e garantias individuais, informando que ela não poderia ser exercida contra o interesse social ou coletivo.

Essa determinação dada pela Constituição de 1934 foi mantida pelas de 37, 46 e 67. A Constituição Federal de 1988 coloca a propriedade como direito fundamental (artigo 5º, XXII). No inciso imediatamente subsequente, informa que a propriedade deve atender à sua função social.

É certo que a atual Constituição está inserida dentro do fenômeno da visão social do direito, e, por conseqüência, requer da propriedade o cumprimento de uma função social. Entretanto, a Carta de 88 revela um avanço, como bem nota Gustavo Tepedino:

“O que diferencia o texto atual em relação ao anterior é que a propriedade e a função social tornaram-se princípios fundamentais do ordenamento, garantias individuais, e não apenas princípios da ordem econômica”¹².

Com efeito, o art. 170 da Carta, relativo aos princípios gerais da ordem econômica, arrola a propriedade privada (II) e, logo após (III), destaca a sua função social¹³.

Seguindo a orientação da CF, o *caput* e os incisos do art. 1228 do Código Civil de 2002 explicitou o conceito de que a propriedade deve ser exercida em atenção às suas finalidades econômicas e sociais.

A questão, assim, consiste em aferir o que é a função social da propriedade, ou, de outra ponta, o que restou da propriedade, já que não é mais a forma de domínio absoluto de uma pessoa sobre um bem.

¹² "Premissas Metodológicas para a Constitucionalização do Direito Civil", in **Revista da Faculdade de Direito da UERJ** nº 5, Rio de Janeiro, Renovar, 1997, p.33.

¹³ A repetição do legislador constitucional revela a sua intenção de reforçar a idéia de função social da propriedade, pois a menção renovada é, a rigor, desnecessária. Afinal, quando se fala em propriedade no art. 170, II, já se sabe que, por força do art. 5º, XXIII, ela deve exercer uma função social. A ênfase, revela a deliberada intenção de o legislador constitucional de reforçar a idéia de função social.

Em última análise, cabe aferir se a propriedade se justifica, caso não cumpra qualquer função social.

IV. O CONTEÚDO DA PROPRIEDADE

A propriedade privada pode ser vista sob dois ângulos: interno ou externo. O primeiro é estrutural, enquanto o segundo, funcional.

A propriedade, do ponto de vista estrutural, é aquela examinada pelo Código Civil. Cuida dos atributos do domínio, referidos no art. 1228. Trata-se das faculdades de usar, fruir, dispor e, ainda, do poder de reivindicá-la de terceiros. Para alguns, a propriedade não é um direito, mas um feixe de direitos, pois, na realidade, engloba todas essas faculdades, que podem ou não ser exercidas. Por essa razão é denominado também de direito real matriz¹⁴, pois através de seu desdobramento se criam todos os demais direitos reais, de fruição ou de garantia.

A propriedade é um direito perpétuo, não se perdendo pelo não uso - salvo se terceiro a adquiriu por usucapião. Cuida-se de um direito subjetivo absoluto, oponível contra todos.

Ao lado do conteúdo interno encontra-se o externo. O conteúdo externo diz respeito à função que a propriedade cumpre no mundo econômico e no jurídico. O conteúdo interno encontra-se mais sujeito a disputas ideológicas e onde, segundo Gustavo Tepedino, vai alojar-se a aferição da função social¹⁵.

A função social da propriedade

É no aspecto externo da propriedade que se irá avaliar o atendimento à função social. Para Luiz Edson Fachin, a função social relaciona-se com o uso da propriedade¹⁶.

Mas, afinal, em que situações deve a propriedade ser considerada como cumpridora de sua função social? Quais os casos em que o aspecto externo da propriedade se irá adequar à função desejada pela sociedade? José Acir Lessa Giordani traz um conceito bem amplo:

¹⁴ Ricardo Cesar Pereira Lira, "A Propriedade Urbanística", in **Revista Forense**, v. 300, Rio de Janeiro, Forense, 1987, p. 53.

¹⁵ "A Nova Propriedade (o seu conteúdo mínimo, entre o Código Civil, a legislação ordinária e a Constituição)", in **Revista Forense**, v. 306, Rio de Janeiro, Forense, 1989, p. 73.

¹⁶ "Da Propriedade como Conceito Jurídico", in **Revista dos Tribunais**, v. 621, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1987, p. 23.

“Na realidade, a função social instituída constitucionalmente visa, simplesmente, a fazer com que a propriedade seja utilizada de maneira normal, cumprindo o fim a que se destina, o que não gera contraposição entre os interesses individuais e coletivos; ao contrário, compatibiliza-os e representa, outrossim, uma harmonização da instituição com os fins legítimos da sociedade”¹⁷.

Em recente decisão do Tribunal de Justiça de São Paulo, entendeu-se que o abandono de certo terreno já importa, por si só, em afronta à função social da propriedade:

“Ação Reivindicatória

Lotes de terreno transformados em favela dotada de equipamentos urbanos - Função social da propriedade - Direito de indenização dos proprietários - Lotes de terreno urbanos tragados por uma favela deixam de existir e não podem ser recuperados, fazendo, assim, desaparecer o direito de reivindicá-los. O abandono dos lotes urbanos caracteriza uso anti-social da propriedade, afastado que se apresenta do princípio constitucional da função social da propriedade. Permanece, todavia, o direito dos proprietários de pleitear indenização contra quem de direito (TJSP – 8ª Câm.; Ap. Cível nº 212.726-1-8 São Paulo; Rel. Des. José Osório; j. 16.12.1994; v.u.)” (BAASP, 1896/137-j, de 26.04.1995).

Fabio Konder Comparato apresenta a seguinte definição de função social da propriedade:

“Quando se fala em função social da propriedade não se indicam as restrições ao uso e gozo dos bens próprios. Estas últimas são limites negativos aos direitos do proprietário. Mas a noção de função, no sentido em que é empregado o termo nesta matéria, significa um poder, mais especificamente, o poder de dar ao objeto da propriedade destino determinado, de vinculá-lo a certo objetivo. O adjetivo social mostra que esse objetivo corresponde ao interesse coletivo e não ao interesse próprio do dominus; o que não significa que não possa haver harmonização entre um e outro. Mas, de qualquer modo, se se está diante de um interesse coletivo, essa função social da propriedade

¹⁷ Propriedade Imóvel: seu Conceito, sua Garantia e sua Função Social na Nova Ordem Constitucional”, in **Revista dos Tribunais**, v. 669, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1991, p. 50.

*corresponde a um poder-dever do proprietário, sancionável pela ordem jurídica*¹⁸.

Já Oliveira Ascensão¹⁹ sustenta que dentro da função social podem haver intervenções limitadoras e impulsionadoras. No primeiro caso, haveria um interesse em impedir que o titular agisse de determinada forma, enquanto no segundo haveria um fomento, um impulso para que o titular do domínio atuasse em certo sentido. Essa segunda acepção já fora alcu-nhada por Norberto Bobbio como a função promocional do direito.

A mencionada distinção é notável ao se analisar a evolução das preocupações do Estado legislador. No século XIX, a lei limitava as atividades do proprietário, hoje a lei intervém impulsionando o proprietário a tomar atitudes positivas, com o propósito de garantir o proveito social, revelando a tendência de propriedade-função. De fato, hodiernamente não se fala apenas em limitações, mas pretende-se que o proprietário assuma encargos, tudo a fim de garantir uma destinação social do seu direito.

Entretanto, apenas uma referência de que a propriedade deva cumprir a sua função social, sem definir o que seria esse dever, criaria uma incerteza. A Constituição Federal de 88 deu um grande passo ao expor, de forma objetiva, as situações nas quais as propriedades dos imóveis rurais e urbanos estariam cumprindo as funções sociais. Esse cuidado com a propriedade imóvel demonstra uma justa preocupação do legislador, decorrente da importância social representada por esses bens.

O artigo 182, §§ 1º e 2º, da Constituição trata da propriedade urbana:

“Art. 182 - A política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público Municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes.

§1º - O plano diretor, aprovado pela Câmara Municipal, obrigatório para cidades com mais de vinte mil habitantes, é o instrumento básico da política de desenvolvimento e de expansão urbana.

§ 2º - A propriedade urbana cumpre a sua função social quando atende às exigências fundamentais da ordenação da cidade expressas no plano diretor”.

¹⁸ Função Social da Propriedade dos Bens de Produção, **Revista de Direito Mercantil Industrial, Econômico e Financeiro**, nº 63, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1986, p. 75).

¹⁹ **Direitos Civil - Direitos Reais**, 4ª edição, Coimbra, Coimbra Editora, 1987, p. 188.

A Constituição, assim, dispõe que a função social da propriedade urbana seja estabelecida em lei Municipal, constando em seu plano diretor, no qual se apresentarão exigências mínimas de “ordenação da cidade”. Esse plano, consoante o § 1º acima transcrito, é facultativo para as cidades com população menor do que 20.000 pessoas e obrigatória para as demais.

O § 4º do artigo 182 da Carta permite ao Estado requisitar certas atitudes do proprietário, nos seguintes termos:

“§ 4º - É facultado ao Poder Público municipal, mediante lei específica para área incluída no plano diretor, exigir, nos termos da lei federal, do proprietário do solo urbano não edificado, subutilizado ou não utilizado, que promova seu adequado aproveitamento, sob pena, sucessivamente, de:

I - parcelamento ou edificação compulsórios;

II - imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana progressivo no tempo;

III - desapropriação”.

O § 4º é um bom exemplo daquilo que Oliveira Ascensão qualificou como efeito impulsionador da norma, a fim de que o proprietário atuasse de determinada forma.

Adotando a linha fornecida pelo Estatuto da Terra (Lei nº 4.504, de 30.11.64, artigo 2º, §1º), o artigo 186 da Constituição oferece os critérios para averiguar a função social da propriedade rural:

“Art. 186 - A função social é cumprida quando a propriedade rural atende, simultaneamente, segundo critérios e graus de exigência estabelecidos em lei, aos seguintes requisitos:

I - aproveitamento racional e adequado;

II - utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente;

III - observância das disposições que regulam as relações de trabalho;

IV - exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores.”

Pretende-se, assim, garantir um aproveitamento racional e adequado do solo rural.

O fundamento jurídico da propriedade

Como se adiantou no início deste trabalho, a propriedade atravessa uma crise de identidade, que bem pode ser resumida na seguinte assertiva de Antônio Junqueira de Azevedo:

“o ‘proprietário’, que deve usar a sua propriedade de acordo com a função social, quer dizer, que deve usar a sua propriedade no interesse social, já não tem um direito, tem um dever. Ele é alguém que cumpre uma função (é um ‘funcionário’, e, não, o ‘proprietário’, o ‘dono’ (‘eu sou o dono!’), com toda a conotação que essas palavras têm”²⁰.

Talvez a razão dessa falta - ou aparente falta - de identidade esteja na incerteza quanto ao fundamento último que justifique a proteção da propriedade pelo ordenamento jurídico.

Convém notar, nesse passo, a viva discussão acerca do fundamento jurídico da propriedade, valendo mencionar algumas das principais teorias a respeito:

(a) Em ordem cronológica, a primeira a ser mencionada é a teoria da ocupação, segundo a qual a propriedade individual se funda no ato de ocupação primária. Essa tese foi adotada por Grotius e Kant. A propriedade seria transferida de um sujeito para o outro, sempre legitimada pelo primeiro proprietário.

Beviláqua²¹ critica essa corrente. Para ele, essa teoria cometeria o equívoco de fundamentar o instituto em um fato, e não em uma doutrina.

(b) Outra teoria de relevo é a do trabalho, defendida por Locke. Relaciona a propriedade à sua função econômica. Aquele que, através do trabalho, v.g., torna produtivo certo pedaço de terra, deve ser seu proprietário. Essa tese, levada às suas mais extremas interpretações, fez com que alguns defendessem que a terra não deveria estar sujeita ao domínio. A teoria do trabalho, contudo, entende que a propriedade se verificava quando o seu titular defendia a coisa. Averigua-se, nesse ponto, o conceito de proteção e utilidade. Locke não opunha nenhuma restrição ao direito de propriedade. Não havia, para ele, qualquer preocupação coletiva.

²⁰ O Direito Civil tende a desaparecer?, in **Revista dos Tribunais**, v. 427, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1975, p. 20.

²¹ **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado por Clóvis Beviláqua - Direito das Coisas**, v. III, Livraria Francisco Alves, 1958, p. 116.

(c) Uma terceira teoria é a de que a propriedade está fundada na lei, isto é, a propriedade deve ser respeitada porque a norma assim estipulou. Hobbes, Rousseau, Montesquieu e Bentham eram partidários dessa concepção. Para eles, tanto isso era verdade que o conceito de propriedade iria variar de acordo com a lei. A lei, assim, justificaria a propriedade.

(d) Por fim, registre-se a teoria de propriedade como direito natural. A noção de domínio visa a atender as exigências da natureza humana, limitada pela moral e pelas normas jurídicas. A propriedade é um estímulo para o desenvolvimento do homem²².

Beviláqua, filiando-se a essa corrente, fala do natural instinto de conservação, "que leva a criatura humana a se apoderar das coisas, que lhe servem, a princípio, para satisfazer a fome, e, depois, as múltiplas necessidades de ordem física e moral"²³.

Este conceito do fundamento da propriedade - como sendo uma aspiração natural do homem - parece ser o mais adequado.

V. O ENTRONCAMENTO: A CRISE DE IDENTIDADE DA PROPRIEDADE

Como referido no início deste trabalho, todas as normas jurídicas devem apegar-se a três valores: a justiça, a segurança jurídica e o bem comum.

Em breves palavras, o bem comum é aquilo que interessa à comunidade. É a felicidade que os cidadãos desejam e o Estado deve propiciar.

A segurança jurídica - um desdobramento da segurança social - consiste na certeza de estabilidade de uma certa situação. O Estado não irá alterar as regras de que se utiliza para regular a vida social. Trata-se, assim, da previsibilidade que a pessoa tem sobre a resposta do Estado à determinada situação.

A justiça, dos três valores, é o conceito mais fugidio, sujeito a mutações. Ulpiano ofereceu uma conhecida definição: dar a cada um o que é seu. A justiça pode ser definida como o que for moralmente

²² Sobre o tema, merece ser lido Norberto Bobbio, em **Direito e Estado no Pensamento de Emanuel Kant**, 4ª edição, Brasília, Editora Unb, 1997, p. 103/107.

²³ *Op. cit.*, p. 18.

aceitável, como razoável, como harmônico, proporcional e bom. Trata-se, inevitavelmente, de um conceito cambiante, que acompanhará os valores da sociedade, pois atrelado às variações dos *ethos*, isto é, dos costumes, do temperamento.

Em regra, todas as normas devem estar impregnadas desses três valores, que as justificam. Seria intolerável encontrar uma regra social que, ao mesmo tempo, negue a justiça, a segurança jurídica e o bem comum.

Em um determinado momento histórico, em função de uma ideologia vigente, pode-se preferir um desses três valores e deixar os demais em segundo plano.

No início da civilização, o direito era revelado pelo soberano, que julgava de acordo com o que ele considerava justo, independentemente de indagações acerca do bem comum e sem que os jurisdicionados tivessem previsibilidade sobre o seu julgamento. Não havia, pois, segurança jurídica.

Os jusnaturalistas se agarram a valores abstratos, dando ênfase à justiça, que importa em incerteza, pois, afinal, a justiça é conceito subjetivo.

O movimento positivista, por outro lado, colocava a segurança jurídica acima de todos os demais valores, a ponto de entender que a melhor lei era aquela posta, ainda que fosse injusta e trouxesse algum prejuízo para a coletividade. *Dura lex, sed lex*.

Evidentemente, as regras positivadas pretendiam, ao menos ideologicamente, atender à justiça e ao bem comum. Entretanto, no conflito entre os três valores, a norma positiva iria sobressair e a segurança estaria sempre resguardada.

Como o positivismo partia do pressuposto de que um desses valores - a segurança - deveria sempre prevalecer, ele se mostra, por vezes, incapaz de garantir a justiça e o bem comum. O positivismo, reconheça-se, representou um avanço diante da arbitrariedade e da incerteza, mas não se trata de um sistema perfeito. O sonho de Bentham, de um sistema positivo sem lacunas que previsse todas as situações, é, evidentemente, utópico.

O ideal, talvez impossível, seria que os três valores fossem sempre harmonizados, conjugados, e, juntos, apresentem respostas aos cidadãos e garantam o bem estar.

Note-se que, a princípio, entre os três, não há uma prevalência, mas equilíbrio. Entretanto, certas situações, sempre de forma excepcio-

nal, colocam em conflito esses valores. Nessas hipóteses, então, o legislador irá avaliar qual desses princípios deve ser privilegiado em detrimento do outro.

Tomemos exemplos que possam colorir o exposto. Veja-se o caso do terceiro de boa-fé que adquire um bem de que não é proprietário. Diz a norma do art. 879 do Código Civil (antigo art. 968 do CC de 1916) que esse terceiro fica com o bem, enquanto o verdadeiro proprietário recebe uma indenização. Essa norma não está fundamentada na justiça - do ponto de vista do "verdadeiro proprietário" a orientação legal é altamente injusta -, mas visa a garantir a segurança de quem adquiriu de boa-fé e pagou preço justo, permitindo que ele fique com o bem.

Examine-se a prescrição. Esse instituto não se alinha com a justiça ou com o bem comum, mas com a segurança jurídica, pois pretende-se evitar a existência de situações incertas.

No caso de responsabilidade sem culpa pelos objetos que despenquem de um prédio - os antigos *effusum et dejectum* e *positum et suspensum* -, não é justo que o proprietário arque com os danos resultantes do fato, que, muitas vezes, ele em nada contribuiu. Todavia, a norma privilegiou a segurança, e apontou alguém que sempre responderá pelas perdas decorrentes da situação, independentemente de culpa.

Nos exemplos acima mencionados, distinguiu-se a segurança jurídica, deixando-se o bem comum e a justiça em segundo plano. Mas nem sempre é assim. Em São Paulo, os proprietários de automóvel com determinada placa são impedidos de trafegar alguns dias da semana, com a finalidade de diminuir o congestionamento e a poluição. Essa regra, que limita o uso da propriedade, não se ampara na justiça e nem na segurança, mas vai prestigiar o bem comum.

A desapropriação tampouco se sustenta na justiça ou na segurança, mas no bem comum. Não é justo que o proprietário perca o seu domínio porque o Estado deseja construir uma estrada. É o interesse coletivo, que justificará a desapropriação.

Por fim, eis alguns exemplos nos quais o valor da justiça é destacado: a anulação de um ato jurídico pela verificação de um vício - como o erro ou a coação - pode causar uma enorme insegurança social, ser contrário ao bem comum. O ato será anulado, pois não seria justo que alguém fosse obrigado, v.g., a alienar um certo bem mediante coação.

Ainda falando em justiça, um ato aparentemente válido pode ser considerado ineficaz porque o seu agente agiu com abuso de direito. Não é justo que o ordenamento ampare atos emulativos, ainda que isso afete a segurança jurídica (cf. art. 1.228, § 2º, CC).

Certas situações colocam em conflito esses valores: justiça, segurança jurídica e bem comum. Às vezes, eles se encontram em oposição radical, cabendo ao legislador tomar importantes decisões. Se existe embate entre a justiça, o bem comum e a segurança jurídica, o legislador deve ponderar qual dos três, na hipótese específica, é o mais afetado, a ponto de sua obliteração causar maior dano à sociedade. Nesse momento, o legislador deve intervir, prestigiando um ou dois deles em detrimento do(s) outro(s).

Na prescrição, v.g., se o que aparentemente for justo prevalecer - o titular do direito manter seu domínio apesar do decurso do tempo -, haverá uma gigantesca insegurança do outro lado. O legislador, nesse caso, entendeu ser melhor evitar a insegurança.

Cumprido ao jurista, então, indagar em qual desses três valores está fundamentado o direito de propriedade, ou se esse direito se justifica em todos eles. Parece que a propriedade está perigosamente perto dos três, ora desafiando, ora confirmando esses valores, de forma que o jurista e o legislador terão sempre que fazer uma escolha entre prestigiá-los ou reprimi-los analisando o fato específico.

Aparentemente, não é o conceito do bem comum que justifica o direito de propriedade. Contudo, pode-se defender - e com razão - que a propriedade privada propicia um estímulo à produção, à comunhão de determinado grupo, como a família, em torno de um bem, ou, até mesmo, o prazer de se assenhorar de alguma coisa, de sorte que a proteção da propriedade está justificada pela garantia de um interesse comum.

Por outro lado, a ausência do bem comum pode justificar a desapropriação.

A justiça também pode fundamentar a propriedade. Afinal, parece justo que uma pessoa possa manter seus bens. Interessante notar que, ao menos do ponto de vista legal, não se questiona a justiça da origem da propriedade, como se faz, *mutatis mutandi*, da posse. Irrelevante se a propriedade foi adquirida com o esforço do trabalho, por herança, ou por sorte. A causa da propriedade, desde que lícita, é irrelevante para a sua legitimação.

A justiça como fundamento da propriedade sofre crítica permanente em um país repleto de desigualdades como o Brasil. Afinal, as abissais diferenças de patrimônio entre os brasileiros definitivamente não são justas.

A propriedade está ligada à segurança, pois espera-se que esse direito seja respeitado. Entretanto, a propriedade pode, como nos casos da usucapião, ser desconsiderada exatamente para defender a segurança jurídica.

Evidente, assim, a turbulência em torno do instituto da propriedade, que pode ou não ser justa, que pode ou não representar um bem comum e que pode ou não importar segurança.

Quanto mais hermético e objetivo for o conceito, melhor para a segurança. A propriedade do Código Napoleão, absoluta e plena, primava pela segurança que ela garantia. Na medida em que a sociedade procura prestigiar a função social, elevando a importância dada ao valor bem comum, há mais um abalo na já conturbada justificativa da propriedade.

○ legislador, de antemão, elevou um desses três valores referidos, em detrimento dos demais. Nesse intuito, ele não criou apenas uma restrição, mas impôs um dever, uma função, alterando as características do instituto. Em outras palavras, o legislador restringe o conteúdo interno de propriedade, em função do externo. Pode-se usar, fruir, dispor e reivindicar desde que isso seja feito com uma função social.

○ interesse social, o bem comum, na utilização da propriedade é exigido. Eis a grande alteração relativa à noção de propriedade plena. O bem comum, a função social que historicamente não justificava a propriedade e que agora serve como seu fundamento, segue sem condição de ser utilizado sozinho. Buscar a razão da propriedade apenas na função social gera um certo vazio no instituto, pois são inúmeros os exemplos nos quais a propriedade não cumpre função social, embora deva ser protegida.

Apenas entendendo que o instituto vai fundar-se também em outros valores é que se poderá concluir que nem toda propriedade tem função social, e nem por isso essa propriedade deixará de encontrar amparo e proteção do Estado. A senhora, por exemplo, que guarda as suas jóias em um cofre, a coleção de discos velhos, a casa de campo usada apenas bissextamente, o quadro esquecido e guardado, não

cumprem, em regra, funções sociais, pois não estão relacionados ao bem comum. Entretanto, o Direito deve proteger seus proprietários, seja porque é justo, seja em função da segurança. Ademais, a propriedade, por si só e antes de qualquer adjetivação, é protegida constitucionalmente, no art. 5º, XXII.

A propriedade, assim, não pode ser analisada apenas como função, pois isso anularia o indivíduo, que, segundo Clóvis “passaria da condição de homem livre a mero gestor de instrumento manejado à vontade dos dirigentes”²⁴. Mais adiante, nesse mesmo trabalho, Beviláqua ressalva o perigo de sairmos do egoísmo individual para o egoísmo social.

Como bem coloca Perlingieri, a idéia de examinar a função social da propriedade “deve ser entendida não como uma intervenção ‘em ódio’ à propriedade privada, mas torna-se a própria razão pela qual o direito de propriedade foi atribuído a um determinado sujeito”²⁵.

Logo se vê que a função social é um fundamento que justifica o domínio, mas não o único. Caso assim não fosse, a propriedade ficaria, por vezes, despida de qualquer alicerce.

O interesse individual deve ser respeitado, cabendo ao interesse social, ao bem comum, prevalecer quando a situação específica apresentar um conflito entre os valores a ponto de causar um dano considerável ao interesse da coletividade.

VI. CONCLUSÃO

Existem três valores nos quais as normas vão buscar as suas justificativas: segurança, justiça e bem comum.

Esses três valores se interpenetram e há situações nas quais elas são conflitantes. Nestas situações, avalia-se qual será a maior perda social, isto é, a ausência de qual deles causará maior dano à sociedade.

O fundamento da proteção jurídica da propriedade pode variar. Diante da atual tendência do Direito, o ordenamento informa que, no caso de eventual conflito desses valores no âmbito da propriedade, deve-se privilegiar a função social, o bem comum, o interesse da comunidade.

²⁴ *Op. cit.*, p.118.

²⁵ **Perfis do Direito**, 3ª edição, Rio de Janeiro, 1997, p. 266.

Isso, contudo, não significa que a propriedade deva sempre e sempre estar cumprindo uma função social, porque tal fato não se verifica na vida. É certo, entretanto, que, no conflito de valores, o bem comum, a função social, tem posição preponderante.

A necessidade da função social não é, portanto, absoluta, e, mesmo ela, só poderá ser compreendida se aferida conjuntamente com a justiça e com a segurança. A análise isolada da função social deixa a propriedade órfã, sem uma justificativa consistente.

Com a prevalência da função social, a propriedade não deve apenas deixar de ser usada contrariamente ao bem comum (aspecto passivo), mas também cumpre ao proprietário agir em busca da função social positiva.

A extensão do conteúdo interno do direito de propriedade dependerá da conjugação dos três valores acima referidos, permitindo uma maior ou menor autonomia privada no seu exercício. ◆

A Corrupção. Uma Visão Jurídico-Sociológica

Emerson Garcia

Membro do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Sob o prisma léxico, múltiplos são os significados do termo corrupção. Tanto pode indicar a idéia de destruição como a de mera degradação, ocasião em que assumirá uma perspectiva natural, como acontecimento efetivamente verificado na realidade fenomênica, ou meramente valorativa.

Etimologicamente, corrupção deriva do latim *rumpere*, equivalente a romper, dividir, gerando o vocábulo *corrumpere*, que, por sua vez, significa deterioração, depravação, alteração, sendo largamente coibida pelos povos civilizados.

Como já tivemos oportunidade de afirmar¹, a corrupção, tal qual o câncer, é um mal universal. Combatida com empenho e aparentemente controlada, não tarda em infectar outro órgão. Iniciado novo combate e mais uma vez sufocada, pouco se espera até que a metástase se implemente e mude a sede da afecção. Este ciclo, quase que inevitável na origem e lamentável nas conseqüências deletérias que produz no organismo social, é tão antigo quanto o homem. “O primeiro ato de corrupção pode ser imputado à serpente seduzindo Adão com a oferta da maçã, na troca simbólica do paraíso pelos prazeres ainda inéditos da carne”.²

A inevitabilidade do fenômeno não passou despercebida à própria Bíblia, sendo encontrada no Êxodo, Capítulo XXIII, Versículo 8, a seguinte passagem relativa às testemunhas: “Também presente não tomarás: porque o presente cega os que têm vista, e perverte as palavras dos justos.” No Deuteronomio, Capítulo 16, Versículo 18, na disciplina concernente aos deveres dos juizes, está dito que “não torcerás o

¹ Cf. **Improbidade Administrativa**, 1ª parte, 1ª ed., 2ª tiragem, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 131.

² Cáo Tácito, “Moralidade Administrativa” (RDA 218/2, 1999).

juízo, não farás acepção de pessoas, nem tomarás peitas; porquanto a peita cega os olhos dos sábios, e perverte as palavras dos justos". Em Isaías, Capítulo 1, Versículos 21 a 23, é analisada a corrupção na polis: "Como se prostituiu a cidade fiel, Sião, cheia de retidão? A justiça habitava nela, e agora são os homicidas. Tua prata converteu-se em escória, teu vinho misturou-se com água. Teus príncipes são rebeldes, cúmplices de ladrões. Todos eles amam as dádivas e andam atrás do proveito próprio, não fazem justiça ao órfão e a causa da viúva não é evocada diante deles".

Por ser a corrupção um fenômeno universal, nos pareceu relevante uma análise, ainda que breve, de alguns de seus principais aspectos. Além disso, o termo corrupção, aos olhos do leigo e de não poucos operadores do direito, é o elemento aglutinador das condutas mais deletérias à função pública, isto sem olvidar a degradação de caráter que indica ao mais leve exame.

Especificamente em relação à esfera estatal, a corrupção indica o uso ou a omissão, pelo agente público, do poder que a lei lhe outorgou em busca da obtenção de uma vantagem indevida para si ou para terceiros, relegando a plano secundário os legítimos fins contemplados na norma. Desvio de poder e enriquecimento ilícito são elementos característicos da corrupção.

No Brasil, como se sabe, a corrupção configura tão-somente uma das faces do ato de improbidade, o qual possui um espectro de maior amplitude, englobando condutas que não poderiam ser facilmente enquadradas sob a epígrafe dos atos de corrupção. Improbidade e corrupção relacionam-se entre si como gênero e espécie, sendo esta absorvida por aquela.³

Tratando-se de tema que apresenta dimensões oceânicas, procuraremos realizar, a título meramente ilustrativo, um breve esboço de sistematização das causas da corrupção e dos efeitos deletérios produzidos por sua proliferação no âmbito da atividade estatal.

³ A Lei nº 8.429/92, regulamentando o art. 37, § 4º, da Constituição da República, considerou atos de improbidade as condutas praticadas por agente público, no exercício da função, que importem em enriquecimento ilícito, dano ao patrimônio público ou violação aos princípios regentes da atividade estatal. Praticando tais atos, de natureza cível e que serão apreciados por um órgão jurisdicional, estará o agente sujeito às sanções cominadas no art. 12 da denominada Lei de Improbidade: suspensão dos direitos políticos, perda da função pública, perda dos bens adquiridos ilicitamente, dever de reparar o dano, proibição de contratar com o Poder Público ou receber incentivos fiscais ou creditícios e multa.

2. CORRUPÇÃO E DEMOCRACIA

A democracia, na medida em que permite a ascensão do povo ao poder e a constante renovação dos dirigentes máximos de qualquer organização estatal, possibilita um contínuo debate a respeito do comportamento daqueles que exercem ou pretendem exercer a representatividade popular, bem como de todos os demais fatos de interesse coletivo.

A partir dessa singela constatação, é possível deduzir que os regimes ditatoriais e autocráticos⁴, por serem idealizados e conduzidos com abstração de toda e qualquer participação popular, mostram-se como o ambiente adequado à aparição de altos índices de corrupção.

A debilidade democrática facilita a propagação da corrupção ao aproveitar-se das limitações dos instrumentos de controle, da inexistência de mecanismos aptos a manter a administração adstrita à legalidade, da arbitrariedade do poder e da conseqüente supremacia do interesse dos detentores da *potestas publica* face ao anseio coletivo.

Esse estado de coisas, longe de se diluir com a ulterior transição para um regime democrático, deixa sementes indesejadas no sistema, comprometendo os alicerces estruturais da administração pública por longos períodos. Ainda que novos sejam os mecanismos e as práticas corruptas, os desvios comportamentais de hoje em muito refletem situações passadas, das quais constituem mera continuação.

O sistema brasileiro, como não poderia deixar de ser, não foge à regra. Os intoleráveis índices de corrupção hoje verificados em todas as searas do poder são meros desdobramentos de práticas que remontam a séculos, principiando-se pela colonização e estendendo-se pelos longos períodos ditatoriais com os quais convivemos.

A democracia, longe de ser delineada pela norma, é o reflexo de lenta evolução cultural, exigindo uma contínua maturação da consciência popular. O Brasil, no entanto, nos quatro séculos que se seguiram ao seu descobrimento pelo “velho mundo”, por poucas décadas conviveu com práticas democráticas.

⁴ O regime autocrático se distingue do liberal na medida em que seus lineamentos básicos advêm de um grande número de normas, produzidas de forma livre pelo poder político e que regem todos os domínios da esfera social, de modo que os mecanismos de controle da produção normativa e a margem deixada à autonomia, individual ou coletiva, englobando os direitos, liberdades e garantias, é em muito enfraquecida. Cf. Francis Hamon, Michel Tropper e Georges Burdeau, **Droit Constitutionnel**, 27^o ed., Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 2001, p. 87.

Como desdobramento dessas breves reflexões, é possível afirmar, com certa tristeza, que a ordem natural das coisas está a indicar que ainda temos um longo e tortuoso caminho a percorrer. O combate à corrupção não haverá de ser fruto de mera produção normativa, mas, sim, o resultado da aquisição de uma consciência democrática⁵ e de uma lenta e paulatina participação popular, o que permitirá uma contínua fiscalização das instituições públicas, reduzirá a conivência e, pouco a pouco, depurará as idéias daqueles que pretendem ascender ao poder. Com isto, a corrupção poderá ser atenuada, pois eliminada nunca o será.

Essa observação se faz necessária na medida em que a maior participação popular, inclusive com um sensível aumento do acesso aos meios de comunicação, pode conduzir à equívoca conclusão de que, não obstante os ventos democráticos que atualmente arejam o país, a corrupção tem aumentado. A corrupção, em verdade, sempre existiu. Em regimes autoritários, no entanto, poucos se atreviam a retirar o véu que a encobria, mostrando-lhe a face. Os motivos, aliás, são de todos conhecidos. Assim, é preciso não confundir inexistência de corrupção com desconhecimento da corrupção.

A corrupção está associada à fragilidade dos padrões éticos de determinada sociedade, os quais se refletem sobre a ética do agente público. Sendo este, normalmente, um mero “exemplar” do meio em que vive e se desenvolve, um contexto social em que a obtenção de vantagens indevidas é vista como prática comum pelos cidadãos, em geral, certamente fará com que idêntica concepção seja mantida pelo agente nas relações que venha a estabelecer com o Poder Público. Um povo que preza a honestidade terá governantes honestos. Um povo que, em seu cotidiano, tolera a desonestidade e, não raras vezes, a enaltece, por certo terá governantes com pensamento similar.

⁵ Segundo Eduardo A. Fabián Caparrós (“La Corrupción Política y Económica: Anotaciones para el Desarrollo de su Estudio”, in **La Corrupción: Aspectos Jurídicos y Económicos**, org. por Eduardo A. Fabián Caparrós, 2000, p. 18), “por todo ello, la dimensión política de la corrupción no cabe resolverla tan sólo desde las garantías formales, sino, sobre todo, desde el fomento entre el cuerpo social de una democracia militante. Recordando a Löwenstein, si no se trasciende desde lo meramente semántico al ámbito de lo normativo, los mecanismos de control carecerán de contenido y, por ello, de eficacia. Frente a esa contracultura, es preciso edificar una cultura de la participación ciudadana que no se resigne a convivir día a día con el cohecho, favoreciendo la intervención de particulares y colectivos comprometidos en la lucha contra la corrupción”.

É importante ressaltar que o próprio regime democrático possui vertentes que propiciam, ou mesmo estimulam, a prática de atos de corrupção. Em que pese à pureza de seus ideais, a democracia, muitas vezes, tende a ser deturpada por agentes que pretendem se perpetuar no poder. Um dos instrumentos comumente utilizados para esse fim é o ilegítimo repasse de recursos financeiros aos partidos políticos ou àqueles que prestigiem a postura ideológica (!?) sustentada por tais agentes, o que pode se dar de múltiplas formas: repasses de verbas às vésperas da eleição, realização de obras com a nítida intenção de promoção político-partidária e admissão de correligionários do partido em cargos em comissão, com a ilegítima permissão de que busquem sua promoção pessoal no exercício da função etc.

A corrupção é a via mais rápida de acesso ao poder. No entanto, traz consigo o deletério efeito de promover a instabilidade política, já que as instituições não mais estarão alicerçadas em concepções ideológicas, mas, sim, nas cifras que as custearam.⁶

3. CORRUPÇÃO E PROCEDIMENTO ELETIVO

Não raro, os desvios comportamentais dos gestores do patrimônio público, especificamente daqueles que ascenderam ao poder por meio de um mandato político, são meros desdobramentos de alianças que precederam à própria investidura do agente.

Por certo, ninguém ignora que o resultado de um procedimento eletivo não se encontra unicamente vinculado às características intrínsecas dos candidatos vitoriosos. O êxito nas eleições, acima de tudo, é reflexo do poder econômico, permitindo o planejamento de uma estratégia adequada de campanha, com a probabilidade de que seja alcançada uma maior parcela do eleitorado. Esta receita, por sua vez, advém de financiamentos, diretos ou indiretos, de natureza pública ou privada.

O dinheiro público é injetado em atividades político-partidárias com a utilização dos expedientes de liberação de verbas orçamentárias, de celebração de convênios às vésperas do pleito etc, fazendo com que

⁶ De acordo com o Relatório Nolan, elaborado no Reino Unido a partir de informações colhidas nos anos de 1994 e 1995, em virtude de inúmeros escândalos veiculados pelos meios de comunicação, o paulatino aumento da desconfiança da população nos agentes públicos é um fator de desestabilização do próprio sistema democrático, o que torna imperativo que práticas corruptas sejam severamente perquiridas e punidas.

o administrador favorecido auferir maior popularidade, que reverterá para si, caso seja candidato à reeleição, ou para a legenda partidária a que pertença, alcançando os candidatos apoiados por esta.

Tratando-se de financiamento privado, a imoralidade assume perspectivas ainda maiores. Estas receitas, em regra de origem duvidosa, não consubstanciam um mero ato de benevolência ou um abnegado ato de exteriorização de consciência política. Pelo contrário, podem ser concebidas como a prestação devida por um dos sujeitos de uma relação contratual de natureza sinalagmática, cabendo ao outro, tão logo seja eleito, cumprir a sua parte na avença, que normalmente consistirá na contratação de pessoas indicadas pelos colaboradores para o preenchimento de cargos em comissão, na contratação de obras e serviços sem a realização do procedimento licitatório, ou mesmo com a realização deste em caráter meramente formal, com desfecho previamente conhecido etc.⁷

Nessa linha, é inevitável a constatação de que a imoralidade detectada no financiamento da campanha permite projetar, com reduzidas perspectivas de erro, o comportamento a ser adotado pelo futuro agente público.⁸

⁷ Esse fenômeno, evidentemente, não é setorial. Dworkin (Sovereign Virtue, **The Theory and Practice of Equality**, 4ª tiragem, London: Harvard University Press, 2002, p. 351), ao discorrer sobre “política americana e o século que termina”, não exitou em afirmar que “nossos políticos são uma vergonha, e o dinheiro é a raiz do problema. Nossos políticos precisam, angariam e gastam mais e mais dinheiro em cada ciclo de eleições. O candidato que tenha ou angarie mais dinheiro, como as eleições do período de 1998 demonstraram mais uma vez, quase sempre vence. Funcionários começam a angariar dinheiro para a próxima eleição no dia seguinte à última, e freqüentemente dispensam mais tempo e dedicação a essa tarefa do que àquela para a qual foram eleitos. Além disso, eles gastam a maior parte do dinheiro que arrecadaram com publicidades na televisão, que são normalmente negativas e quase sempre inertes, substituindo slogans e canções como argumento. De mais dinheiro precisam os políticos para serem eleitos, e mais eles precisam de ricos contribuintes, e mais influência cada contribuinte terá sobre suas decisões políticas uma vez eleito”.

⁸ No direito brasileiro, as exceções certamente existem, mas sua ocorrência é tão insignificante que dispensa comentários que desbordem do mero registro, motivo pelo qual nos limitaremos a ele. Para evitar esses efeitos deletérios, é imprescindível que seja conferida maior efetividade aos mecanismos de proteção à moralidade previstos na legislação eleitoral, os quais, infelizmente, são cuidadosamente preparados para que poucos efeitos possam gerar. Citando-se apenas um exemplo, pode-se mencionar o lapso de três anos de inelegibilidade previsto na Lei Complementar nº 64/90, a que estão sujeitos aqueles que incorrerem em abuso de poder político ou econômico praticado em detrimento do procedimento eletivo. Levando-se em conta que as eleições são quadriênis, não são necessárias maiores divagações para se concluir que caso o agente concorra sempre a determinado cargo, a sanção de inelegibilidade nunca será aplicada, pois os três anos começam a fluir a contar da eleição em que o abuso fora praticado, o que torna a aplicação da sanção restrita às situações em que o agente pretenda concorrer a cargo diverso, cuja eleição seja realizada no triênio.

4. CORRUPÇÃO E DIVISÃO DOS PODERES

Em que pese não ser imune a críticas, a democracia é o sistema político que com maior probabilidade preserva o interesse público. A democracia, no entanto, deve estar cercada de mecanismos aptos à preservação das instituições e à prevenção da ilicitude. Nesse particular, merece realce o relevante papel desempenhado pelo sistema dos *checks and balances*, o qual permite que o poder venha a conter os excessos do próprio poder.

O poder de decisão, sempre que outorgado a um agente público, trará consigo a semente do abuso, que pode ou não florescer. A manutenção desse poder nos limites da lei e da razão constitui uma das finalidades a serem alcançadas pelo sistema da divisão dos poderes, evitando-se a disseminação do arbítrio e da corrupção. A partir de um controle recíproco entre as diferentes funções estatais, maior será a possibilidade de contenção dos desvios comportamentais dos agentes públicos.

O sistema dos *checks and balances*, em linhas gerais, possui relevância ímpar na produção normativa, permitindo a confluência de forças entre Executivo e Legislativo na edição da norma mais adequada à contenção da corrupção. É igualmente relevante no controle da execução da norma por parte da administração, que se subdivide nas vertentes judicial e legislativa, neste último caso com a possibilidade de responsabilização política dos agentes públicos.

A exemplo do que se verifica em qualquer vertente da atividade estatal, também a separação de poderes deve estar direcionada à consecução do interesse público. Assim, merecem total reprovação as normas editadas pelo Poder Legislativo com o fim, único e exclusivo, de desautorizar decisões judiciais e beneficiar agentes que integram a classe dominante.⁹

⁹ No Brasil, país de democracia incipiente e opinião pública embrionária, os desvios da função legislativa ainda são freqüentes. Para citarmos apenas um exemplo, merece ser lembrado o caso do Senador da República que utilizou o serviço gráfico do Senado Federal para confeccionar calendários contendo a sua imagem, com ulterior envio aos cidadãos do Estado no qual possuía domicílio eleitoral, tudo em pleno ano eleitoral. Reconhecido o abuso de autoridade pelo Tribunal Superior Eleitoral (Caso *Humberto Lucena*, RO nº 12.244, rel. Min. Marco Aurélio, j. em 13/09/1994, RJTSE vol. 7, nº 1, p. 251) e mantida a decisão pelo Supremo Tribunal Federal (STF, Pleno, RE nº 186.088/DF, rel. Min. Néri da Silveira, j. em 30/11/1994, DJ de 24/02/1995, p. 3696), o Legislativo pouco tardou em praticar um dos mais deploráveis atos surgidos sob a égide da Carta de 1988. Trata-se da Lei nº 8.985, de 7 de fevereiro de 1995, diploma que merece ser transcrito por bem representar a degradação moral da classe dominante à época: "Art. 1º É concedida anistia especial aos candidatos às eleições gerais de 1994, processados ou condena-

5. CORRUPÇÃO E DEFICIÊNCIAS NA ORGANIZAÇÃO ESTATAL

A ineficiência estatal, quer seja na esfera legislativa, administrativa ou jurisdicional, é um importante fator de desenvolvimento das práticas corruptas.

Como manifestações inequívocas das falhas do aparato estatal, podem ser mencionadas: a) as decisões arbitrárias, que resultam de uma excessiva discricionariedade dos agentes públicos e desvirtuam o uso do poder, estimulando as práticas corruptas e o seu uso em benefício de terceiros; b) as conhecidas mazelas no recrutamento dos ocupantes dos cargos comissionados, que relegam a plano secundário a valoração da competência e prestam-se ao favorecimento pessoal, o que termina por estimular a corrupção em razão dos desvios comportamentais de tais agentes; c) o corporativismo presente em alguns setores do Poder, em especial no Judiciário e no Legislativo, isto sem olvidar o Ministério Público - que, no Brasil, apesar de não ostentar esse designativo, tem prerrogativas próprias de um Poder - o que em muito dificulta a investigação de ilícitos praticados pelos setores de maior primazia nesses órgãos; d) a quase que total ineficiência dos mecanismos de repressão aos ilícitos praticados pelos altos escalões do poder; e) a concentração, em determinados funcionários, do poder de gerenciar ou arrecadar elevadas receitas; e f) a tolerância, em especial na estrutura policial, das práticas corruptas.

Os desvios comportamentais que redundam em estímulo à proliferação da corrupção, na medida em que se apresentam como práticas rotineiras, ainda possuem uma dimensão mais deletéria e maléfica à organização estatal: ensejam o surgimento de um código paralelo de con-

dos ou com registro cassado e conseqüente declaração de inelegibilidade ou cassação do diploma, pela prática de ilícitos eleitorais previstos na legislação em vigor, que tenham relação com a utilização dos serviços gráficos do Senado Federal, na conformidade de regulamentação interna, arquivando-se os respectivos processos e restabelecendo-se os direitos por eles alcançados. Parágrafo único. Nenhuma outra condenação pela Justiça Eleitoral ou quaisquer outros atos de candidatos considerados infratores da legislação em vigor serão abrangidos por esta lei. Art. 2º Somente poderão beneficiar-se do preceituado no *caput* do artigo precedente os membros do Congresso Nacional que efetuarem o ressarcimento dos serviços individualmente prestados, na conformidade de tabela de preços para reposição de custos aprovada pela Mesa do Senado Federal, excluídas quaisquer cotas de gratuidade ou descontos. Art. 3º Esta lei entra em vigor na data de sua publicação, aplicando-se a quaisquer processos decorrentes dos fatos e hipóteses previstos no art. 1º desta lei. Art. 4º Revogam-se as disposições em contrário". Um país cuja classe política tem a coragem (ou o desatino!) de idealizar, discutir, votar, aprovar, sancionar e publicar uma lei como essa, certamente ainda tem um longo caminho a percorrer.

duta, à margem da lei e da razão, que paulatinamente se incorpora ao *standard* de normalidade do *homo medius*. Uma vez iniciado esse processo, difícil será a reversão ao *status quo*, fundado na pureza normativa de um *dever ser* direcionado à consecução do bem de todos.

Além disso, a corrupção no ápice da pirâmide hierárquica serve de fator multiplicador da corrupção dentre aqueles que ocupam posição inferior, desestimulando-os a ter conduta diferente.

Um outro fator de estímulo à corrupção pode ser identificado na própria substância de certas normas de conduta. Como se sabe, o legislador deve ter uma visão prospectiva, pois a norma, em regra, é editada com o fim de regular situações futuras. Absorvendo as regras de experiência e valorando de forma responsável o presente, poderá o legislador estabelecer o regramento das situações que se formarão na linha de desdobramento da evolução da sociedade. A partir dessa singela equação, é possível afirmar que a produção normativa, em sua essência, não deve se afastar da realidade que pretende regular. Fosse de outro modo, bastaria transpor a legislação de um país com altos índices de desenvolvimento social e humano para outros que ressintam desses fatores para que, tal qual um passe de mágica, todos os problemas da humanidade fossem solucionados. Infelizmente, tal não é possível.

Considerando que a norma de conduta se destina a regular as relações jurídicas de determinado grupamento, em certo local e em dado período da história, sempre que o conteúdo formal da norma se distanciar da realidade que pretende regular, menores serão as perspectivas de sua efetividade. Em consequência, vendo-se impossibilitado de adequar seu comportamento às exigências do ordenamento jurídico, maiores serão as perspectivas de que o indivíduo trilhe o caminho da corrupção. O legislador, assim, ao dispor sobre o que *deve ser*, terá de atentar para o que *é possível ser*, isto sob pena de esvaziar o comando normativo - que se tornará inócuo ante a impossibilidade de cumprimento - e estimular a corrupção.

6. CORRUPÇÃO E PUBLICIDADE

Como decorrência lógica de sua natureza ilícita, não se costuma conferir publicidade aos atos de corrupção. Por tal razão, é tarefa assaz difícil a realização de um estudo estatístico a respeito desse desvio comportamental dos agentes públicos. Dificuldades à parte, é digna de

encômios a atividade desenvolvida pela organização não-governamental germânica, sem fins lucrativos, denominada *Transparência Internacional*, fundada em 1993 e que, desde 1995, estuda o problema utilizando o denominado “índice de percepção da corrupção”.

Anualmente, a *Transparência Internacional* divulga um quadro analítico contendo um amplo estudo da corrupção em inúmeros países do mundo. Para tanto, são colhidas informações junto a empresários, analistas, usuários de serviços públicos e a população em geral. Como é fácil perceber, as fontes de pesquisa são inaptas a fornecer um retrato preciso da corrupção, já que, além de variarem ano a ano, são distintos os padrões ético-morais dos entrevistados, o que inviabiliza seja traçado um critério de percepção uniforme em todo o mundo. Apesar disso, trata-se de índice que em muito reflete as imagens dos países no cenário mundial, merecendo ser respeitado e divulgado.

Tomando-se como parâmetro os estudos concernentes ao exercício de 1998, os resultados não são nada animadores. Com efeito, variando o “índice de percepção da corrupção” (CPI) em uma escala de 0 a 10¹⁰, dos 85 países avaliados, 50 receberam uma avaliação inferior a 5 e, 20 deles, não alcançaram sequer a nota 3. Em 1999, o estudo se estendeu por 99 países.¹¹ Em 2002, a pesquisa foi realizada em 102 países.¹²

¹⁰ O CPI (*Corruption Perception Index*) varia consoante a probabilidade de que os particulares, quando realizem negócios nos países estudados, sejam instados a entregar determinado número como suborno, sendo menor a pontuação obtida conforme aumente tal probabilidade.

¹¹ Como anota María Victoria Muriel Patino (“Economía, Corrupción y Desarrollo”, in **La Corrupción: Aspectos Jurídicos y Económicos**, org. por Eduardo A. Fabián Caparrós, 2000, pp. 27/28), o índice de percepção da corrupção “se basa en 17 encuestas y estudios diferentes realizados por 10 instituciones independientes, y sólo se incluyen en el índice aquellos países para los que existen datos procedentes de, al menos, 3 fuentes diferentes, razón por la que es posible que los países incluidos en los índices cambien de año en año. En 1999, los 10 países mejor situados fueron Dinamarca - con un CPI de 10 - Finlandia - 9.8-, Nueva Zelandia, Suecia -ambos 9.4-, Canadá, Islandia - 9.2-, Singapur -9.1.-, Países Bajos -9.0-, Noruega y Suiza - 8.9-. En el mismo año, los 10 peores resultados fueron para Camerún -su CPI fue de 1.5 -, Nigeria -1.6-, Indonesia, Azerbaiyán -ambos 1.7-, Uzbekistán, Honduras -1.8-, Tanzania -1.9-, Yugoslavia, Paraguay y Kenia -2.0-. En el número 22 de la tabla encontraríamos a España con un CPI de 6.6, al igual que Francia, por debajo de Chile - en el número 19, con un CPI de 6.9 - y por delante de otros países latinoamericanos como Perú -número 40, CPI 4.5-, Brasil -45 y 4.1-, México -61 y 3.4- o Colombia - número 72, CPI 2.9-”.

¹² O índice de percepção da corrupção (CPI) relativo ao ano de 2002 apresentou os seguintes resultados: 1º) Finlândia -9.7-, 2º) Dinamarca - 9.5-, 3º) Nova Zelândia - 9.5-, 4º) Islândia - 9.4-, 5º) Singapur e Suécia -9.3-, 7º) Canadá, Luxemburgo e Holanda -9.0-; 10º) Reino Unido -8.7-; (...) 40º) Costa Rica, Jordânia, Maurício e Coreia do Sul -4.5-, 44º) Grécia; 45º) Brasil, Bulgária, Jamaica, Peru e Polónia -4.0-; 50º) Gana -3.9-, 51º) Croácia -3.9-, (...) 98º) Angola, Madagascar e Paraguai -1.7-, 101º) Nigéria -1.6- e 102º) Bangladesh -1.2.

O objetivo principal desse estudo é expor, de forma sintética, aos dirigentes de cada um dos países pesquisados e à comunidade internacional, os diferentes graus de corrupção que degeneram suas estruturas organizacionais, o que, em um segundo momento, atuará como elemento estimulador de políticas públicas tendentes a atenuá-la.

O índice de percepção da corrupção indica a predisposição dos agentes públicos à percepção de vantagens indevidas, não indicando, com precisão, a freqüência com que tal ocorre. Isto é justificável na medida em que as empresas, por reconhecerem o caráter delituoso dessa prática, não colaboram com o fornecimento de informações dessa natureza. Por essa razão, somente em 1999 a Transparência Internacional divulgou o “índice de pagadores de suborno” (BPI), que alcança os 19 principais países exportadores do mundo e procura refletir a freqüência com que as empresas neles situadas pagam suborno, aumentando a pontuação, conforme diminuem os pagamentos.¹³

À probidade e à transparência está contraposta a corrupção. Por tal razão, o grau de corrupção também está diretamente relacionado ao denominado “fator opacidade”,¹⁴ que pode ser expresso pela seguinte fórmula: “ $O_i = 1/5 [C_i + L_i + E_i + A_i + R_i]$ ”. As variáveis da fórmula expressam as informações a seguir discriminadas:

O = aís;

O = pontuação final;

C = impacto de práticas corruptas;

L = efeito da opacidade legal e judicial;

¹³ Tomando-se como parâmetro o BPI (*Bribe Payers Index*) de 1999, os países com melhor colocação são os seguintes: Suécia -9.3 pontos-, Austrália, Canadá -8.1. para ambos-, Áustria -7.8-, Suíça -7.7- e Holanda -7.4. Os piores, por sua vez, são China -3.1-, Coréia do Sul -3.4, Taiwan -3.5-, Itália -3.7-, Malásia -3.9- e Japão -5.1. Em 2002, a linha de pesquisa foi ampliada e os índices foram os seguintes: 1º) Austrália -8.5-, 2º) Suécia e Suíça -8.4-, 4º) Áustria -8.2, 5º) Canadá -8.2-, 6º) Holanda e Bélgica -7.8-, 8º) Reino Unido -6.9-, 9º) Singapura -6.3-, 10º) Alemanha -6.3-, 11º) Espanha -5.8-, 12º) França -5.5-, 13º) Estados Unidos -5.3-, (...) 20º) China -3.5-, e 21º) Rússia -3.2. Quanto às atividades mais propícias à corrupção entre os funcionários públicos, eis os dados de 2002: obras públicas e construção -1.3-, armamento e defesa -1.9-, petróleo -2.7-, área imobiliária -3.5-, telecomunicações -3.7-, (...) e agricultura -5.9, sendo esta última a que apresenta a menor probabilidade de práticas corruptas.

¹⁴ Cf. estudo apresentado no Congresso Nacional de Jovens Lideranças Empresariais, Ética e Transparência para o Aperfeiçoamento Contínuo da Sociedade, *apud*, Lincoln Magalhães da Rocha, “Probidade Administrativa, Equidade, e Responsabilidade Fiscal e Social num Mundo Globalizado”, in **Revista do Tribunal de Contas da União** nº 92/312, 2002

E = efeito da opacidade econômica e política;

A = efeito da opacidade contábil; e

R = impacto da opacidade regulatória e incerteza e arbitrariedade”.

7. CORRUPÇÃO E DESESTATIZAÇÃO

Sendo a corrupção uma conseqüência assaz comum nas hipóteses de concentração de poder, um dos instrumentos utilizados para combatê-la é a descentralização de poder.

Especificamente no que concerne à intervenção do Estado no domínio econômico, abstraindo-nos de concepções ideológicas, é possível afirmar que a sua paulatina redução importará em proporcional diminuição dos poderes dos agentes públicos, o que acarretará o estreitamento de seu campo de ação e em muito restringirá o estímulo à prática dos atos de corrupção.

O estímulo à iniciativa privada é uma importante medida de combate à corrupção. Oferecendo-se facilidades, pouco espaço sobra para que o agente público venda dificuldades. Quanto menor for a intervenção do Estado no mercado, menor será a relevância do papel desempenhado pelo agente público, o que em muito reduzirá o espaço aberto à corrupção.

Não se ignora, no entanto, que a livre concorrência, apesar de apresentar os aspectos favoráveis acima referidos, não pode ser levada a extremos. Não raro será imperativa a intervenção do Estado no domínio econômico, o que preservará a igualdade de oportunidades e reduzirá a possibilidade de dominação de mercados.

Frise-se, ainda, que a própria redução da intervenção estatal no domínio econômico tem sido fonte de incontáveis atos de corrupção, em especial para a obtenção de informações privilegiadas e conseqüente limitação da competitividade nos respectivos leilões de privatização.

8. CORRUPÇÃO E RESPONSABILIDADE DO AGENTE PÚBLICO

Como derivação da própria noção de democracia, que congrega a idéia de representatividade de interesses alheios, deve ser prestigiada a possibilidade de responsabilização de todos aqueles que desempenhem esse *munus*.

Em sua essência, a responsabilidade do agente público pelos ilícitos que venha a praticar é conseqüência lógica da inobservância do dever jurídico de atuar em busca da consecução do interesse público.

Dessa concepção teleológica derivam o dever de transparência e o dever de prestar contas da gestão dos recursos públicos. Descumpridos os deveres, haverá de incidir a sanção correspondente. Inexistindo sanção, ter-se-á o enfraquecimento da própria concepção de dever.

A responsabilização dos agentes públicos pode se disseminar em múltiplas vertentes, assumindo um colorido administrativo, político, penal, cível ou mesmo moral. Tais vertentes, que acompanharão a natureza do ato e a sua potencialidade lesiva no contexto social, possibilitarão a aplicação de sanções extremamente variáveis, quer seja em grau ou em essência.

A inter-relação entre as responsabilidades política e judicial (*rectius*: penal ou cível) merece uma breve reflexão. Como ensinam as regras de experiência, na medida em que se ascende no escalonamento hierárquico, mais remotas se mostram as possibilidades de responsabilização do agente público. Tal constatação deriva das maiores prerrogativas que a lei concede ao agente, de sua ascendência política, da possibilidade de manipulação da opinião pública, da maior disponibilidade de recursos financeiros - o que lhe permitirá uma ampla defesa (quer seja lícita ou ilícita) - e de um possível direcionamento da estrutura administrativa à consecução de seus próprios interesses. No que concerne aos agentes políticos, que normalmente ocupam o ápice do escalonamento funcional, raros são os casos de responsabilização política, o que deriva da constatação de que a própria atividade partidária, a cada dia mais ampla e organizada, tende a evitar que o Chefe do Executivo tenha contra si uma forte oposição no Parlamento, isto sem olvidar os ajustes políticos de toda ordem que são diuturnamente realizados.

Ante a ínfima possibilidade de responsabilização política, que seria um eficaz mecanismo de prevenção e repressão à corrupção, resta a responsabilização perante os órgãos judiciais, o que pressupõe a tramitação de um demorado e custoso processo e o preenchimento de requisitos específicos, como o elemento subjetivo exigido pela norma (*dolo* ou *culpa*) e o enquadramento da conduta em uma tipologia específica. A distinção entre responsabilidade política e responsabilidade judicial, conquanto clara para o operador do direito, é quase que imperceptível à população em geral. Como consequência, uma possível condenação judicial pode ensejar, aos olhos do leigo, o surgimento de um sentimento de ilegitimidade em relação ao Poder Judiciário, pois o agente político contou com o beneplácito dos parlamentares, que são repre-

sentantes do povo, o que impossibilitou o simultâneo reconhecimento de sua responsabilidade política. Com isto, tem-se uma indesejável sempre de desprestígio do aparato judicial frente à população, já que a condenação jurídica não esteve atrelada a condenação política e a necessária responsabilização moral.

Especificamente em relação à responsabilidade moral, tem-se a projeção dos efeitos da publicidade do ato no organismo social, que os absorverá e formará um juízo crítico a respeito das virtudes e dos valores ético-morais do agente público. Sua conduta tanto poderá merecer o beneplácito como o repúdio de seus pares, o que terá grande relevância nas hipóteses em que o agente, por pretender exercer a representatividade popular, dependa dos votos daqueles que tiveram conhecimento de seus atos. O juízo crítico acima referido, elemento condicionante da própria responsabilidade moral, variará em graus semelhantes à capacidade de percepção do organismo social. A disseminação da informação pressupõe uma imprensa livre (e responsável), enquanto a sua assimilação exige uma população com níveis satisfatórios de desenvolvimento social e intelectual.¹⁵ Em um país de baixo desenvolvimento humano, como é fácil concluir, a responsabilização moral do agente é sensivelmente enfraquecida, terminando por se diluir com uma mistura infalível: o passar do tempo e um bom exercício de retórica. Frustrados os mecanismos de controle social, não resta outra alternativa senão buscar a efetividade dos instrumentos de persecução e de repressão à corrupção.

9. DOSIMETRIA DAS SANÇÕES E PERSPECTIVA DE EFETIVIDADE.

Além dos mecanismos de prevenção já mencionados, o combate à corrupção está diretamente entrelaçado à perspectiva de efetividade das sanções cominadas. A prática de atos de corrupção, dentre outros fatores, sofre um sensível estímulo nas hipóteses em que seja perceptível

¹⁵ Uma valoração responsável do comportamento do agente público exige breves reflexões em torno da noção de moral crítica. Enquanto a moral comum apresenta dissonâncias compatíveis com uma sociedade pluralista, não sendo divisada, em linha de princípio, qualquer compromisso com a justificação de seus conceitos, a moral crítica resulta de um *iter* procedimental destinado a conferir racionalidade às conclusões que dela defluam. Para maior desenvolvimento do tema, vide H. L. A. Hart, **Law, Liberty and Morality**, Stanford: Stanford University, 1997

ao corrupto que reduzidas são as chances de que sua esfera jurídica venha a ser atingida em razão dos ilícitos que perpetrou. Por outro lado, a perspectiva de ser descoberto, detido e julgado, com a conseqüente efetividade das sanções cominadas, atua como elemento inibidor à prática dos atos de corrupção.

Ainda que esse estado de coisas não seja suficiente a uma ampla e irrestrita coibição à corrupção, seu caráter preventivo é indubitável. Além das sanções de natureza penal, que podem restringir a liberdade individual, é de indiscutível importância a aplicação de reprimendas que possam, de forma direta ou indireta, atingir o bem jurídico que motivou a prática dos atos de corrupção: o patrimônio do agente.

Quanto maiores forem os prejuízos patrimoniais que o agente poderá suportar e mais aprimorados se mostrarem os meios de controle, menores serão os estímulos à corrupção. Essa afirmação, aparentemente simples, não deve ser interpretada como um mero exercício de retórica. À sua concreção no plano fático deve estar vinculada a efetiva existência de custo econômico para o agente que venha a sofrê-las. Esse custo econômico estará atrelado não só à perda patrimonial atual, como também à futura. A perda patrimonial futura refletirá, em especial, os ganhos que o agente deixará de receber caso venha a perder o cargo ocupado e a inabilitação para o exercício de outra função no prazo fixado em lei. Dessa constatação resulta a conclusão de que o receio do prejuízo patrimonial, verdadeiro elemento inibidor da corrupção, será tanto maior quanto mais elevada for a remuneração recebida pelo agente. Remuneração insignificante, além de atentatória à dignidade da função e comprometedora da subsistência do agente, é um indiscutível elemento de estímulo à corrupção.

Merece ser realçado que, além do aspecto jurídico das sanções, os agentes públicos, em especial aqueles que exercem função política, em muito prezam a reputação que ostentam e, uma condenação por corrupção, como se sabe, reduz sensivelmente as perspectivas de êxito em um futuro pleito.

Repete-se, uma vez mais, que é absolutamente inútil a cominação de severas sanções se os mecanismos de controle e de execução são ineficazes. O temor que reduzirá o ímpeto do agente para a prática do ilícito surge a partir da constatação de que uma sanção será inevitavelmente aplicada. Ao revés, não obstante a cominação legal, havendo a

certeza de que a sanção não se efetivará, o temor se transmuda em estímulo, em muito enfraquecendo os freios inibitórios do agente.

Além do aspecto preventivo, a sensação de efetividade das sanções terá como sucedâneo a lenta e paulatina diminuição dos próprios custos com os mecanismos de controle, pois, na medida em que se difunde a repulsa à ilicitude, em menor número serão aqueles que se aventurarão à sua prática.

10. CORRUPÇÃO E INTERESSE PRIVADO.

A corrupção, a partir da relação estabelecida entre corruptor e corrompido, busca minimizar os custos e maximizar as oportunidades. Nessa perspectiva, a corrupção se apresenta como um meio de degradação do interesse público em prol da satisfação do interesse privado. O agente público, apesar de exercer suas funções no âmbito de uma estrutura organizacional destinada à consecução do bem comum, se desvia dos seus propósitos originais e passa a atuar em prol de um interesse privado bipolar, vale dizer, aquele que, a um só tempo, propicia uma vantagem indevida para si próprio e enseja um benefício para o particular que compactuou com a prática corrupta. A questão, acaso dissociada de balizamentos éticos, sendo analisada sob uma ótica meramente patrimonial, permitirá concluir que, em inúmeras oportunidades, o particular tenderá a aceitar a prática corrupta para a satisfação mais célere ou menos custosa de seu interesse privado, ainda que o interesse público termine por ser prejudicado.

Essa ausência de consciência coletiva, com a correlata supremacia do interesse privado sobre o público, é, igualmente, um poderoso elemento de estímulo à corrupção, tornando-a socialmente aceitável. Seu combate está diretamente relacionado ao desenvolvimento dos padrões educacionais e da consciência cívica da população, fatores que exigem um processo contínuo de aperfeiçoamento e que somente apresentem resultados satisfatórios a longo prazo.

Deve-se afastar a vetusta concepção de que a coisa pública não é de ninguém, fruto indesejado do perverso ciclo de perpetuação da ignorância popular¹⁶: povo ignorante não se insurge contra o agente

¹⁶ Nas palavras de Konrad Hesse (*in* **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha**, 1998, p. 133), “em tudo, democracia é, segundo seu princípio fundamental, um assunto de cidadãos emancipados, informados, não de uma massa ignorante, apática, dirigida apenas por emoções e desejos irracionais que, por governantes bem-intencionados ou mal-intencionados, sobre a questão do próprio destino, é deixada na obscuridade

corrupto, o agente corrupto desvia recursos públicos e os afasta das políticas de concreção da cidadania, o povo fica mais ignorante e dependente daquele que o lesou, sendo incapaz de romper o ciclo – quando muito, altera os personagens.

Regra geral, a corrupção é deflagrada por grupos de pressão, os quais atuam de forma sistemática junto aos poderes constituídos para a consecução de seus objetivos, culminando em direcionar-se para aquela vertente sempre que não alcancem seus fins por meios diversos.

Sob a ótica empresarial, a corrupção, normalmente, é vista como um instrumento necessário à manutenção da própria competitividade entre aqueles que atuam em um meio reconhecidamente corrupto. Aqueles que abdicarem da corrupção se verão em uma posição de inferioridade em relação aos competidores que se utilizam desse mecanismo, sendo possível, até mesmo, sua exclusão da própria competição (v.g.: órgão público cujos agentes fraudam com freqüência suas licitações ou que exigem um percentual do objeto do contrato para a sua adjudicação, somente permitirá que o certame seja vencido por empresa que se adeque ao esquema de corrupção).

O contratante beneficiado pelos atos de corrupção, não raro, deixa de cumprir os requisitos técnicos exigidos para o caso e deixa de realizar a melhor prestação, isto porque o custo da corrupção haverá de ser transferido para a execução do contrato, o que redundará em prestação com quantidade ou qualidade inferior à contratada.

As formas de corrupção - não só toleradas como estimuladas no âmbito empresarial - apresentam múltiplas variações. Dentre as mais comuns, podem ser mencionadas: a) a entrega de presentes aos agentes públicos que de algum modo possam beneficiar a empresa no exercício da função; b) a desmesurada hospitalidade na recepção dos agentes públicos; c) o custeio de despesas que recaem sobre tais agentes; d) o fornecimento de viagens gratuitas etc.

A corrupção pode se manifestar, igualmente, como projeção das alianças que propiciaram ao agente público a ascensão ao poder. Em casos tais, os benefícios auferidos pelo agente antecederam o próprio exercício da função pública, mas gerarão reflexos na atividade finalística a ser por ele ulteriormente desenvolvida. Trata-se de verdadeira *corrupção diferida*, na qual a vantagem recebida no presente desvirtuará a atividade administrativa em momento futuro.

11. CUSTOS SOCIAIS DA CORRUPÇÃO

O regular funcionamento da economia exige transparência e estabilidade, características de todo incompatíveis com práticas corruptas. A ausência desses elementos serve de desestímulo a toda ordem de investimentos, que serão direcionados a territórios menos conturbados, o que, em conseqüência, comprometerá o crescimento, já que sensivelmente diminuído o fluxo de capitais.

Quanto maior for a relevância dos interesses que o agente público venha a dispor em troca das benesses que lhe sejam ofertadas, maior será o custo social de sua conduta.¹⁷

As políticas públicas, ademais, são sensivelmente atingidas pela evasão fiscal, que consubstancia uma das facetas dos atos de corrupção. Com a diminuição da receita tributária, em especial daquela originária das classes mais abastadas da população, diminui a redistribuição de renda às classes menos favorecidas e aumenta a injustiça social. Esse quadro ainda servirá de elemento limitador à ajuda internacional, pois é um claro indicador de que os fundos públicos não chegam a beneficiar aqueles aos quais se destinam.

Esse ciclo conduz ao estabelecimento de uma relação simbiótica entre corrupção e comprometimento dos direitos fundamentais do indivíduo. Quanto maiores os índices de corrupção, menores serão as políticas públicas de implementação dos direitos sociais.¹⁸ Se os recursos estatais são reconhecidamente limitados, o que torna constante a invocação da *reserva do possível*¹⁹ ao se tentar compelir o Poder Público a concre-

¹⁷ Conforme conclusões exaradas em estudo realizado pelo Banco Mundial, publicado na **Revista Veja** nº 1.491, de 14/03/2001, acaso diminuídos os níveis de corrupção pela metade, acarretariam eles a redução dos seguintes fatores de arrefecimento social: a) mortalidade infantil - 51%; b) desigualdade na distribuição de renda - 54% e c) porcentagem da população que vive com menos de dois dólares por dia - 45%. Além disso, ressalta que "a diferença básica entre os países não é a existência da corrupção, mas a forma de puni-la. Há, neste particular, diferenças culturais. No Japão, país opaco, políticos e empresários que são flagrados recebendo regalos em troca de benefícios se matam de vergonha. Na Itália, perdem o poder. Na Arábia Saudita, perdem a mão. Em Cingapura, paraíso da transparência, são condenados à morte."

¹⁸ Cf. Agostin Gordillo, "*Un Corte Transversal al Derecho Administrativo: La Convención Interamericana Contra la Corrupción*", in **LL 1997-E**, p. 1.091.

¹⁹ Vide Ernest W. Böckenförde, "Los Derechos Fundamentales Sociales en la Estructura de la Constitución", in **Escritos sobre Derechos Fundamentales**, trad. de Juan Luis Requejo Pagés, Baden-Baden: Nomos, 1993, p. 72 e ss.

tizar determinados direitos consagrados no sistema, essa precariedade aumentará na medida em que os referidos recursos, além de limitados, tiverem redução de ingresso ou forem utilizados para fins ilícitos.

Como os atos de corrupção normalmente não ensejam o surgimento de direitos amparados pelo sistema jurídico, já que escusos, a solução dos conflitos de interesses verificados nessa seara normalmente redundará na prática de infrações penais, o que estimula o aumento da própria criminalidade.

A corrupção, assim, gera um elevado custo social, sendo os seus malefícios sensivelmente superiores aos possíveis benefícios individuais que venha a gerar.²⁰

12. SIMULAÇÃO DA LICITUDE DOS ATOS DE CORRUPÇÃO

Não raro, a normatização de regência das relações intersubjetivas é utilizada como mecanismo de legitimação da vantagem indevida obtida com os atos de corrupção. Tal simulação pode revestir-se de inúmeras facetas. À guisa de ilustração, mencionaremos as seguintes: a) simulação de contratos de compra e venda, com objeto fictício ou com a fixação de preço superior ao valor real do bem, o que termina por conferir ares de legitimidade ao numerário que exceder o valor real; b) transferência de recursos para paraísos fiscais, nos quais a abertura das contas é realizada por meios eletrônicos, inexistindo prova contundente de que o agente é o seu titular; c) utilização de títulos ao portador ou de

²⁰ Como lembra María Victoria Muriel Patino (“Economía, Corrupción y Desarrollo”, in **La Corrupción: Aspectos Jurídicos y Económicos**, org. por Eduardo A. Fabián Caparrós, 2000, pp. 27/28), alguns sustentam a existência de aspectos positivos nas práticas corruptas: “Hay que destacar que no todos los analistas concluyen que la corrupción produce efectos indiscutiblemente negativos sobre la economía, si bien la postura que defiende que los efectos netos son positivos es cada vez más minoritaria. En este sentido, algunos autores señalan que la corrupción en ocasiones mitiga - aunque no elimina - el problema de la pobreza, al permitir que algunos ciudadanos escapen a legislaciones demasiado restrictivas que les impedirían todo acceso a determinados bienes y actividades - economía sumergida, construcción ilegal de viviendas... - que proporcionan un cierto bienestar. También se argumenta que la corrupción puede incluso dar lugar a un mayor crecimiento económico, dado que los individuos corruptos generalmente disponen de mayor renta y, por tanto, de mayor capacidad para realizar inversión productiva. En cualquier caso, no puede pasarse por alto el hecho de que ambos argumentos únicamente tienen un sentido parcial, no generalizable. Incluso aceptando que pequeños actos de corrupción puedan mejorar puntualmente el bienestar de algunos de los individuos más pobres, no cabe duda de que existen numerosas formas de afrontar el problema subyacente de distribución de la renta más adecuadas que la tolerancia de la corrupción.”

peças jurídicas - normalmente controladas por outras pessoas jurídicas sediadas no exterior e cujo acionista controlador é desconhecido; d) estabelecimento de relações fictícias entre pessoas jurídicas nacionais e estrangeiras, possibilitando a lavagem de dinheiro e a indevida remessa de divisas para o exterior; e) instrumentos procuratórios que propiciam a manipulação dos denominados "laranjas" ou "testas de ferro", em regra pessoas humildes e com reduzida capacidade intelectual que assumem, formalmente, a titularidade dos bens do corrupto; f) utilização de pessoas jurídicas, normalmente sem fins lucrativos (associações e fundações) para gerir os recursos captados com a corrupção, transmitindo a falsa impressão de que sua origem é lícita e de que se destinam à satisfação do interesse social.

A tendência é que tais mecanismos venham a se proliferar, tornando cada vez mais complexa a sua compreensão e conseqüente repressão. A contenção desse estado de coisas exige que aos agentes públicos seja dispensado um tratamento jurídico diferenciado em relação aos particulares, o mesmo devendo ser feito quanto aos particulares que pretendem contratar com o Poder Público. Em casos tais, as perspectivas de efetividade das posturas preventiva e repressiva dissentem entre si em grande intensidade, sendo esta nitidamente inferior àquela.

13. O REDIMENSIONAMENTO DE PRÁTICAS PRIVADAS COMO MECANISMO DE CONTENÇÃO DA CORRUPÇÃO

O agente público, na medida em que exerce uma função de igual natureza, deve ter uma conduta absolutamente transparente, daí a necessidade de serem amenizadas as regras que reduzem a publicidade de sua evolução patrimonial, em especial as concernentes aos sigilos bancário e fiscal.²¹ Devem ser instituídos órgãos responsáveis pelo efetivo monitoramento da evolução patrimonial do agente, sempre buscando analisar a compatibilidade entre o que fora informado e a realidade fenomênica. Com isto, evitar-se-ão situações que em muito contribuem para o enfraquecimento das instituições, como na hipótese de o agente

²¹ No Brasil, a Lei nº 8.730/93 - que dispõe sobre a obrigatoriedade de apresentação da declaração de bens e rendas para o exercício, no âmbito da União, de cargos nos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, bem como no Ministério Público - prevê, em seu art. 1º, § 2º, IV, que o Tribunal de Contas publicará, "periodicamente, no Diário Oficial da União, por extrato, dados e elementos constantes da declaração".

receber parca remuneração e usufruir de bens de consumo de alto custo, sem que nenhum órgão afira a desproporção entre esses dois vetores.

Determinadas operações deveriam ser necessariamente transparentes, ainda que oriundas de profissionais liberais, como os advogados, ou de instituições financeiras (v.g.: necessidade de comunicar a existência de depósitos superiores a valores que suportem o padrão médio, proscrição dos títulos ao portador e dos depósitos não identificados etc.). Como forma de proteção à intimidade, que em um Estado Democrático não pode ser concebida como um direito absoluto, o que legitima a sua ponderação com outros valores relevantes à sociedade, o acesso às informações poderia ser restrito a um órgão governamental, que seria responsável pelo cadastramento e batimento das informações coletadas.

O combate à corrupção, assim, longe de estar unicamente atrelado à existência de severas normas sancionadoras, em muito depende do redimensionamento de institutos regidos pelo direito privado, os quais, acaso utilizados com abuso de poder, inviabilizam a sua identificação e conseqüente coibição. Enfraquecidos os subterfúgios utilizados para simular a licitude do numerário obtido com a prática da corrupção, melhores perspectivas surgirão na atividade investigatória, já que sensivelmente reduzidos os meandros a serem percorridos na identificação do ilícito.

14. CORRUPÇÃO E GLOBALIZAÇÃO

Apesar de a corrupção estar presente em praticamente todas as fases do desenvolvimento humano, o aumento das transações comerciais internacionais e o constante fluxo de capitais entre os países em muito contribui para a sua proliferação.

Por estarem alheias aos prejuízos sociais que as práticas corruptas podem acarretar, as multinacionais delas se utilizam com freqüência, buscando obter informações privilegiadas, licenças de operação, facilidades no escoamento da produção etc.

Há poucos anos, era comum que países desenvolvidos, buscando aumentar a competitividade de suas empresas, autorizassem o pagamento de “comissões” a agentes públicos de países importadores, admitindo, inclusive, que tais valores fossem deduzidos dos tributos devidos ao fisco. Regra geral, o único elemento limitador dessa prática era

o de que os atos de corrupção deveriam ser praticados fora do território nacional.²²

Em relação ao comércio internacional, é extremamente delicada a situação das alfândegas, seara em que a corrupção, não raras vezes, é o mecanismo utilizado para encobrir inúmeras “práticas comerciais”, *verbi gratia*: a) a triangulação comercial, utilizada para fraudar o país de origem da mercadoria com o objetivo de submeter o produto a tratamento tributário mais favorável; b) o subfaturamento ou a aquisição de produtos novos como se usados fossem, influenciando na base de cálculo do tributo; c) a aquisição de produtos proibidos (contrabando); d) a aquisição de produtos permitidos sem o correspondente recolhimento do tributo (descaminho); e e) a obtenção de isenções sem o cumprimento dos requisitos essenciais do *drawback*.

A globalização também se apresenta como elemento estimulador da corrupção na medida em que realça e aproxima as desigualdades de ordem econômica, social, cultural e jurídica, o que permite a coexistência de realidades que em muito destoam entre si. Com isto, tem-se um campo propício ao oferecimento e à conseqüente aceitação de vantagens indevidas, em especial quando os envolvidos ocupam pólos opostos em relação aos mencionados indicadores.

15. O COMBATE À CORRUPÇÃO NO PLANO INTERNACIONAL

A corrupção, quer seja estudada sob o prisma sociológico ou jurídico, há muito deixou de ser concebida como um fenômeno setorial,

²² Essa prática foi acolhida por inúmeros países europeus na década de 70, podendo ser mencionados a Alemanha e a França. Neste último País, a exclusão do crédito tributário era precedida de um procedimento confidencial, instaurado no âmbito do Ministério das Finanças, no qual o exportador “negociava” a exclusão pretendida e fornecia, em obediência ao Código Geral de Impostos, o “nome, prenome, função e endereço do beneficiário” do pagamento (Christophe Guettier, **La Loi Anti-corruption**, Paris, Éditions Dalloz, 1993, p. 40). Nos Estados Unidos da América, esse tipo de comportamento foi proibido com a edição do **Foreign Corrupt Practices Act** de 1977, cuja Seção 162 (*Internal Revenue Code*) dispõe que os pagamentos efetuados a funcionários estrangeiros não poderão ser deduzidos nos casos em que a legislação do país de origem desses últimos os considerem ilegais. Esse diploma aperfeiçoou o sistema americano, que já contava com a lei sobre organizações corruptas e negócios ilícitos (RICO - *Racketeer Influenced and Corrupt Organizations*, 18 U.S.C. Secs. 1962 e ss.), que buscou combater a máfia, e com a lei que autorizava o confisco das vantagens auferidas com o suborno (18, U.S.C. Sec. 3.666). Em 1997, quase 40 países integrantes da Organização de Cooperação e Desenvolvimento Econômico subscreveram a Convenção de luta contra os subornos a funcionários públicos estrangeiros em transações comerciais de caráter internacional e que recomendava não fossem permitidas quaisquer reduções, em matéria tributária, das importâncias pagas a título de suborno.

que surge e se desenvolve de forma superposta aos lindes territoriais de determinada estrutura organizacional. Na medida em que a corrupção rompe fronteiras, expandindo-se de forma desenfreada, torna-se imperativa a existência de ações integradas e de mecanismos de cooperação entre os diferentes Estados.

Neste tópico, realizaremos uma breve referência a alguns acordos de cooperação que bem refletem a preocupação da comunidade internacional com esse deletério fenômeno. A enumeração, por evidente, não é exaustiva, e a abordagem é eminentemente ilustrativa. De qualquer modo, nos pareceu relevante a referência. Nos itens subseqüentes, analisaremos, de modo um pouco mais amplo, a Convenção da Organização dos Estados Americanos contra a corrupção e os instrumentos de combate à corrupção existentes na França.

Em 13 de novembro de 1989, foi editada, pelo Conselho das Comunidades Européias, a Diretiva sobre coordenação das normas relativas às operações com informação privilegiada, que alcança tanto o setor público como o privado.

O Conselho das Comunidades Européias editou, em 10 de junho de 1991, a Diretiva nº 91/308, relativa à prevenção da utilização do sistema financeiro para a lavagem de dinheiro. Essa diretiva, em linhas gerais, buscou combater tal prática assegurando o acesso a informações que permitissem identificar a realização de operações ilícitas com a intermediação de instituições financeiras.²³

A Declaração de Arusha sobre Cooperação e Integridade Aduaneira, celebrada na Tanzânia, em 7 de julho de 1993, sob a coordenação da Organização Mundial do Comércio, buscou adotar medidas de combate à corrupção na área aduaneira. Essa Declaração, observada por mais de 150 (cento e cinqüenta) países, estatuiu, dentre outras medidas, a necessária rotatividade entre os funcionários das alfândegas, a existência de critérios rígidos e objetivos de seleção, a redu-

²³ Na Espanha, a diretiva redundou na edição da Lei nº 19, de 28 de dezembro de 1993, que impôs inúmeras obrigações às instituições financeiras. No caso de descumprimento, a depender da gravidade da conduta, que pode ser grave ou muito grave, são previstas as sanções de advertência privada, advertência pública, multa, suspensão do empregado responsável pela prática indevida, inabilitação para o exercício de funções em instituições financeiras e revogação da autorização para operar. Essa Lei foi regulamentada pelo Real Decreto nº 925, de 9 de junho de 1995.

ção da esfera de discricionariedade de tais agentes, o pagamento de remuneração compatível com a importância do cargo e a existência de mecanismos efetivos de controle, em especial na órbita disciplinar.

O Convênio relativo à proteção dos interesses financeiros das comunidades européias, de 26 de julho de 1995, coíbe a participação de agentes públicos em fraudes fiscais, falsificações, desvios ou retenções indevidas de fundos, prática que evitaria a redução do ingresso de receitas tributárias, em especial aquelas originárias dos impostos aduaneiros.²⁴ Esse Convênio, firmado com base no artigo K-3 do Tratado da União Européia, foi integrado pelo Protocolo Adicional de 21 de setembro de 1996, direcionado ao combate à corrupção dos agentes públicos.

A Organização Mundial do Comércio difundiu critérios de ordem objetiva a serem observados pelo Poder Público na contratação de obras e serviços a nível internacional, todos direcionados à transparência do procedimento licitatório. Tais diretrizes foram veiculadas no Acordo plurilateral sobre contratação pública, celebrado em Marrakech, no ano de 1996.

Em 26 de maio de 1997, foi firmado, no âmbito da União Européia, com base na alínea c da cláusula 2 do artigo K-3 do Tratado da União

²⁴ Trata-se de Convênio composto por 13 artigos: art. 1º) elenca inúmeras condutas que consubstanciam fraude contra os interesses financeiros das Comunidades Européias e dispõe sobre a obrigação de os Estados membros trasladar-las ao direito penal interno; art. 2º) necessidade de as sanções penais serem efetivas, proporcionais e dissuasórias, devendo ser prevista, ao menos em relação à fraude grave, penas privativas de liberdade que possam dar lugar à extradição, sendo admissível, quanto às fraudes leves, sanções mais brandas; art. 3º) consagra a responsabilidade penal dos dirigentes de empresa, com poderes de decisão ou controle, ainda que a fraude seja praticada por uma pessoa submetida a sua autoridade, desde que atue em nome da empresa; art. 4º) estabelece regras de competência para a persecução das infrações; art. 5º) o Estado membro que não conceda a extradição deve adotar as medidas necessárias à coibição das infrações, ainda que praticadas fora do seu território; art. 6º) estabelece regras de cooperação quanto à investigação das infrações penais, ao cumprimento de diligências judiciais e à execução das sanções aplicadas; art. 7º) veda, ressalvadas algumas exceções (v.g.: fatos que constituam crime contra a segurança ou outros interesses essenciais do Estado membro e ilícito praticado por funcionário de Estado membro que importe em descumprimento das obrigações do cargo - sendo afastada a incidência das exceções no caso de processamento ou deferimento do pedido de extradição), a persecução do mesmo fato em Estados membros diferentes nos casos em que a sanção já tenha sido cumprida, esteja em vias de ser executada ou não possa ser executada segundo as leis do Estado que a impôs; art. 8º) dispõe sobre a competência do Tribunal de Justiça da União Européia; art. 9º) consagra a possibilidade de os Estados membros adotarem disposições cujo alcance seja maior que aquelas do convênio; art. 10) dispõe sobre o dever de comunicação, à União Européia, dos textos adotados no âmbito do direito interno em cumprimento ao convênio; art. 11) trata da entrada em vigor do Convênio, o que ocorrerá noventa dias após a notificação pelo Estado membro que, em último lugar, implemente, no âmbito do direito interno, as medidas necessárias à sua adoção; art. 12) contempla a possibilidade de adesão por outros Estados que venham a se tornar membros da União Européia; e art. 13) o depositário do Convênio será o Secretário-Geral do Conselho da União Européia.

Européia, o Convênio de luta contra atos de corrupção nos quais estejam envolvidos funcionários das Comunidades Europeias ou de Estados membros da União Européia.²⁵ Esse convênio já foi ratificado por inúmeros países, como França, Alemanha, Espanha, Suécia, Finlândia e Suíça.

As sucessivas medidas adotadas pela União Européia com o fim de depurar as relações mantidas entre os Estados membros, em especial aquelas estritamente relacionadas aos agentes públicos, ensejou a elaboração do *Corpus juris* 2000 de disposições penais para a proteção dos interesses financeiros da União Européia, sendo encontrados no texto oito tipos penais. Trata-se de uma proposta legislativa que busca unificar, no âmbito da União Européia, princípios comuns de direito penal dos Estados membros, com vistas a estatuir uma estrutura judicial comum. À guisa de ilustração, merece referência o art. 5.2 do *Corpus*

²⁵ Esse Convênio é integrado por 16 artigos: art. 1º) estabelece o conceito de funcionário, gênero que engloba os funcionários comunitários e nacionais; art. 2º) define o crime de corrupção passiva, que se consuma com o recebimento de vantagem ou com a mera promessa; art. 3º) define o crime de corrupção ativa; art. 4º) dispõe que a prática de crimes de corrupção por altas autoridades nacionais será perquirida de modo similar àquele relativo às autoridades da Comunidade Européia; art. 5º) dispõe que, sem prejuízo das medidas disciplinares, as sanções penais cominadas aos crimes de corrupção, além de poderem ser idênticas àquelas, o que reflete a independência entre as instâncias, deverão ser proporcionais e dissuasórias, incluindo, ao menos em relação aos casos graves, penas privativas de liberdade que podem dar lugar à extradição (o que não exclui, sequer, os nacionais); art. 6º) consagra a responsabilidade penal dos dirigentes de empresa, com poderes de decisão ou controle, ainda que o crime de corrupção seja praticado por uma pessoa submetida a sua autoridade, desde que atue em nome da empresa; art. 7º) estatui diretrizes para a fixação da competência do órgão jurisdicional; art. 8º) dispõe sobre a extradição, inclusive de nacionais; art. 9º) estabelece regras de cooperação quanto à investigação das infrações penais, ao cumprimento de diligências judiciais e à execução das sanções aplicadas; art. 10) veda, ressalvadas algumas exceções (v.g.: fatos que constituam crime contra a segurança ou outros interesses essenciais do Estado membro e ilícito praticado por funcionário de Estado membro que importe em descumprimento das obrigações do cargo), a persecução do mesmo fato em Estados membros diferentes nos casos em que a sanção já tenha sido cumprida, esteja em vias de ser executada ou não possa ser executada segundo as leis do Estado que a impôs, sendo garantida, nas hipóteses em que a persecução seja admitida, a detração da pena já cumprida; art. 11) consagra a possibilidade de os Estados membros adotarem disposições cujo alcance seja maior que aquelas do convênio; art. 12) dispõe sobre a competência do Tribunal de Justiça da União Européia; art. 13) trata da entrada em vigor do Convênio, o que ocorrerá noventa dias após a notificação pelo Estado membro que, em último lugar, implemente, no âmbito do direito interno, as medidas necessárias à sua adoção; art. 14) contempla a possibilidade de adesão por outros Estados que venham a se tornar membros da União Européia; art. 15) somente admite a formulação de reservas quanto ao art. 7º, cláusula 2 (normas de competência) e ao art. 10, 2 (situações que justificam a persecução de um mesmo fato mais de uma vez); e art. 16) o depositário do Convênio será o Secretário-Geral do Conselho da União Européia.

Juris, que tipifica os atos de corrupção ativa ou passiva que possam ocasionar prejuízos a interesses financeiros dos Estados membros.²⁶

Em relação às tendências verificadas no âmbito da União Europeia, já são múltiplas as vozes que sustentam a necessidade de se criar um “Fiscal Europeu Anti-corrupção”, que exerceria funções inerentes ao Ministério Público, em especial as de *ombudsman* e de investigação de infrações penais. Com isto, serão robustecidos os instrumentos atualmente existentes, como a “Oficina de Luta Anti-fraude”, que seria supervisionada pelo referido agente.

Em 5 de maio de 1998, o Comitê de Ministros do Conselho da Europa editou a Resolução nº 7, que autorizou a criação do “Grupo de Estados contra a Corrupção” (“GRECO - *Group of States against Corruption*”). O Conselho da Europa adotou, em 22 de dezembro de 1998, a ação comum “sobre a corrupção no setor privado”.²⁷ Em 27 janeiro de 1999, foi firmado, pelos países integrantes do Conselho da Europa, o Convênio de Direito Penal contra a corrupção.²⁸ Posterior-

²⁶ Além da pena privativa de liberdade, a condenação pela prática das infrações penais constantes do *Corpus Juris*, a depender da gravidade, pode ensejar a divulgação do decreto condenatório em publicações da União Europeia, a impossibilidade de receber subsídios, a vedação de contratar com o Poder Público, a proibição de exercer função pública por até cinco anos e a perda dos bens auferidos com o ilícito (art. 14 - *Penalties and measures*).

²⁷ A Ação Comum é composta de 10 artigos: art. 1º) define pessoa, pessoa jurídica e descumprimento das obrigações; art. 2º) define o crime de corrupção passiva no setor privado, que está associado ao recebimento de vantagem ou à promessa de recebê-la, em razão de uma ação ou omissão relacionada ao exercício da atividade empresarial; art. 3º) define o crime de corrupção ativa no setor privado; art. 4º) necessidade de as sanções penais serem efetivas, proporcionais e dissuasórias, devendo ser prevista, ao menos nos casos graves, penas privativas de liberdade que possam dar lugar à extradição; art. 5º) dispõe sobre a responsabilidade das pessoas jurídicas, sem prejuízo da responsabilidade penal das pessoas físicas, em relação aos atos de corrupção praticados por pessoa que ostente um cargo de direção ou que ostente poder decisório, bem como sobre a responsabilidade dos subordinados em relação aos atos de corrupção ativa advindos do descumprimento do dever de vigilância que recai sobre os superiores hierárquicos; art. 6º) as pessoas jurídicas poderão estar sujeitas, dentre outras sanções de caráter penal ou administrativo, à exclusão do recebimento de vantagens ou ajudas públicas, à proibição temporária ou permanente de desenvolver atividades comerciais, à vigilância judicial e à medida judicial dissolutória; art. 7º) estatui diretrizes para a fixação da competência do órgão jurisdicional; art. 8º) dois anos após a entrada em vigor da Ação Conjunta, os Estados membros apresentarão propostas visando à sua efetividade e, três anos após a sua entrada em vigor, o Conselho da União Europeia avaliará o seu cumprimento pelos Estados membros; art. 9º) a Ação Comum será publicada no Diário Oficial; e art. 10) entra em vigor na data da publicação.

²⁸ O Convênio é composto de 42 artigos. Dentre outras disposições, estatui alguns conceitos (art. 1º) e um rol de condutas que devem ser tipificadas como infrações penais pelos Estados partes (corrupção no setor público, corrupção em transações internacionais, corrupção no setor privado, corrupção de organizações internacionais, tráfico de influências e lavagem de dinheiro - arts. 2º usque 14) .

mente, em 4 de novembro de 1999, o Conselho da Europa editou o Convênio de Direito Civil sobre corrupção, segundo o qual os Estados partes deveriam adotar medidas legislativas em prol daqueles que tenham sofrido danos como resultado de atos de corrupção, permitindo a defesa de seus direitos, incluindo a possibilidade de compensação pelos danos sofridos.²⁹ Esses convênios, como é fácil perceber, buscavam estabelecer medidas preventivas e repressivas à corrupção em suas múltiplas vertentes, alcançando, inclusive, o setor privado, em regra o principal beneficiário de tal prática.

Trinta e três Estados integrantes da Organização de Cooperação e Desenvolvimento Econômico subscreveram, em 17 de dezembro de 1997, na Cidade de Paris, a “Convenção de Luta Contra a Corrupção de Agentes Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais de Caráter Internacional”, que considera infração penal o suborno de tais agentes.³⁰ Anteriormente, a OCDE já havia recomendado que não deveriam ser permitidas quaisquer deduções, em matéria tributária, das importâncias pagas a título de suborno.³¹

²⁹ A implementação do Convênio será monitorada pelo GRECO - *Group of States against Corruption* (art. 14).

³⁰ Dispõe o Convênio que os atos de corrupção devem sujeitar os envolvidos a penas privativas de liberdade, a extradição, a sanções pecuniárias e ao perdimento do que auferissem com o ilícito (art. 3, incisos 2 e 3). Além disso, poderiam os Estados partes, de forma adicional, cominar outras sanções cíveis ou administrativas. Por força desse Convênio, inúmeros Estados realizaram adequação em sua legislação penal. A Espanha, por meio da Lei Orgânica n° 3, de 11 de janeiro de 2000, alterou o Código Penal de 1995 para introduzir, após o Título XIX (“*Delitos contra la Administración Pública*”), o Título XIX BIS (“*Delitos de corrupción en las transacciones comerciales internacionales*”), constituído por um só artigo. O Brasil ratificou a convenção por meio do Decreto Legislativo n° 125, de 14 de junho de 2000, sendo posteriormente promulgada pelo Decreto n° 3.678, de 30 de novembro de 2000. Consoante o art. 1°, *caput*, desse último decreto, a convenção “*deverá ser executada e cumprida tão inteiramente como nela se contém*”, ressaltando, em seu parágrafo único, que “*a proibição de recusa de prestação de assistência mútua jurídica, prevista no Artigo 9, parágrafo 3, da Convenção, será entendida como proibição à recusa baseada apenas no instituto do sigilo bancário, em tese, e não a recusa em decorrência da obediência às normas legais pertinentes à matéria, integrantes do ordenamento jurídico brasileiro, e a interpretação relativa à sua aplicação, feitas pelo Tribunal competente, ao caso concreto*”. Incorporada a Convenção ao direito interno, foi editada a Lei n° 10.467, de 11 de junho de 2002, que acresceu o Capítulo II-A, intitulado “*Dos Crimes Praticados por Particular contra a Administração Pública Estrangeira*”, ao Título XI do Código Penal, sendo referido capítulo integrado por três artigos. Além disso, acresceu um inciso VIII ao art. 1° da Lei n° 9.613/98, que dispõe sobre os “*crimes de lavagem ou ocultação de bens, direitos e valores*”.

³¹ Tal recomendação foi expedida em 23 de maio de 1997: “*The Council, (...) I. Recommends that those Member Countries which do not disallow the deductibility of bribes to foreign public officials re-examine such treatment with the intention of denying this deductibility. Such action may be facilitated by the trend to treat bribes to foreign officials as illegal*”.

O Fundo Monetário Internacional, em 26 setembro de 1999, aglutinou inúmeras medidas de combate à corrupção, em matéria financeira, no “Código sobre Boas Práticas de Transparência em Políticas Monetárias e Financeiras”. Esse Código busca tornar acessíveis ao cidadão comum, de forma simples e objetiva, as medidas econômicas, monetárias e financeiras adotadas pelos governantes.³²

A Organização das Nações Unidas editou as Resoluções nº 50/106, de 20 de dezembro de 1995, 51/191, de 16 de dezembro de 1996, e 53/176, de janeiro de 1999, que veiculam medidas de combate à corrupção nas transações internacionais.

A Assembléia Geral das Nações Unidas, por intermédio da Resolução nº 51/59, de janeiro de 1997, veiculou um “Código de Conduta para Funcionários Públicos”, que, dentre outras medidas, estabeleceu inúmeras incompatibilidades incidentes sobre aqueles que tivessem acesso a informações privilegiadas no exercício da função. Em 21 de fevereiro de 1997, emitiu a “Declaração sobre a Corrupção e os Subornos nas Transações Comerciais Internacionais”, a qual, além de outras providências, dispôs que os Estados examinariam a possibilidade de considerar o enriquecimento ilícito de agentes públicos, incluindo os eleitos, como uma prática ilícita.³³

A Organização dos Estados Americanos, em agosto de 1998, editou um Modelo de Legislação sobre enriquecimento ilícito e suborno transnacional, que, dentre outras sanções, previa a impossibilidade de obtenção de benefícios fiscais ou subvenções de origem pública.

Na senda das medidas anticorrupção adotadas no plano internacional, inúmeros países têm redimensionado seus sistemas de

³² Dentre as práticas sugeridas com o fim de aumentar a transparência e diminuir a corrupção, estão: acesso dos cidadãos às informações financeiras do Poder Público, necessária apresentação de contas pelos funcionários dos organismos financeiros estatais, imperativa publicidade das decisões relacionadas à política financeira; transparência no exercício da função pública e definição de responsabilidades e objetivos dos bancos centrais. Um exemplo de materialização das diretrizes veiculadas pelo Código de boas práticas do FMI é a Lei de Responsabilidade Fiscal brasileira, de 4 de maio de 2000, que, entre outras medidas, em inúmeros preceitos estimula a ideologia participativa (arts. 48, 51, 56, § 3º e 67).

³³ “(...) Member States, individually and through international and regional organizations, taking actions subject to each State’s own constitutional and fundamental legal principles and adopted pursuant to national laws and procedures, commit themselves: (...) 7. To examine establishing illicit enrichment by public officials or elected representatives as an offence.”

combate à corrupção. No Brasil, foi editada a Lei de Improbidade Administrativa, de 2 de junho de 1992, diploma singular e sem paralelo no mundo. Na Itália, o Código de comportamento dos empregados das Administrações Públicas, de 1993. Na França, a Lei sobre a prevenção da corrupção e a transparência da vida econômica e dos procedimentos públicos, de 29 de janeiro de 1993. Na Espanha, a Lei nº 10, de 1995, criou a *Fiscalía Especial*, também conhecida como *Fiscalía Anticorrupción*, órgão integrante do Ministério Público incumbido da repressão aos crimes econômicos relacionados à corrupção. Na Alemanha, a lei de combate à corrupção, de 20 de agosto de 1997.

15.1.A Convenção da Organização dos Estados Americanos Contra a Corrupção

Sensíveis ao fato de que a corrupção, além de comprometer a legitimidade das instituições públicas, atenta contra a sociedade, a ordem moral e a justiça, retardando o próprio desenvolvimento dos povos, os Estados membros da Organização dos Estados Americanos (OEA) subscreveram, em 29 de março de 1996, na Cidade de Caracas, a “Convenção Interamericana Contra a Corrupção” (CICC).³⁴

Essa Convenção, como resulta de seu preâmbulo, tem por fim despertar a consciência coletiva para a existência e a gravidade do problema, estimular ações coordenadas entre os Estados para o combate aos atos de corrupção que transcendam as lindes de seu território e evitar que se tornem cada vez mais estreitos os vínculos entre a corrupção

³⁴ O Brasil ratificou a Convenção em 25 de junho de 2002 (Decreto-Legislativo nº 152), sendo ela posteriormente promulgada pelo Decreto nº 4.410, de 7 de outubro de 2002 (DOU de 08/10/2002), sofrendo pequena alteração redacional por força do Decreto nº 4.534, de 19 de dezembro de 2002. A única reserva feita à Convenção refere-se ao art. XI, 1, c (“art. XI. “1. A fim de impulsionar o desenvolvimento e a harmonização das legislações nacionais e a consecução dos objetivos desta Convenção, os Estados Partes julgam conveniente considerar a tipificação das seguintes condutas em suas legislações e a tanto se comprometem: (...) c. toda ação ou omissão realizada por qualquer pessoa que, por si mesma ou por interposta pessoa, ou atuando como intermediária, procure a adoção, por parte da autoridade pública, de uma decisão em virtude da qual obtenha ilicitamente, para si ou para outrem, qualquer benefício ou proveito, haja ou não prejuízo para o patrimônio do Estado.” Segundo o art. 1º do Decreto nº 4.410/02, a convenção “será executada e cumprida tão inteiramente como nela se contém”. Em outros países, a ratificação da Convenção foi muito mais célere: na Argentina, por exemplo, tal se deu com a Lei nº 24.759, sancionada em 4 de dezembro de 1996 e promulgada em 13 de janeiro de 1997 (B.O. de 17/01/1997).

e as receitas provenientes do tráfico ilícito de entorpecentes, “que minam e atentam contra as atividades comerciais e financeiras legítimas e a sociedade, em todos os níveis”.

O texto é especificamente direcionado à prevenção, detecção, sanção e erradicação da corrupção no exercício de funções públicas e nas atividades especificamente vinculadas a tal exercício. Considera função pública toda a atividade, temporária ou permanente, remunerada ou não, realizada por pessoa natural a serviço ou em nome da administração direta ou indireta, qualquer que seja o nível hierárquico. Funcionário público, por sua vez, é aquele que mantém vínculo com a administração, alcançando os oriundos de eleição, contratação ou aprovação em concurso público.³⁵

Além de veicular normas de natureza penal e penal internacional, a CICC buscou introduzir modificações no próprio sistema administrativo dos Estados Partes, cuja atuação deveria ser necessariamente direcionada por critérios de equidade, publicidade e eficiência.

O art. II veicula um extenso rol de medidas preventivas que os Estados se comprometem a implementar. Por sua importância, passamos a transcrevê-las:

“1. Normas de conduta para o correto, honorável e adequado cumprimento das funções públicas. Essas normas deverão estar orientadas a prevenir conflitos de interesses e assegurar a prevenção e o uso adequado dos recursos atribuídos aos funcionários públicos no desempenho de suas funções. Estabelecerão também as medidas e sistemas que exijam dos funcionários públicos informar às autoridades competentes sobre os atos de corrupção na função pública de que tenham conhecimento. Tais medidas ajudarão a preservar a confiança na integridade dos funcionários públicos e na gestão pública.

2. Mecanismos para tornar efetivo o cumprimento das referidas normas de conduta.

3. Instruções ao pessoal das entidades públicas, que assegurem a adequada compreensão de suas responsabilidades e das normas que regem suas atividades.

³⁵ Vide art. I.

4. Sistemas para a declaração de rendas, ativos e passivos por parte de pessoas que desempenham funções públicas nos cargos que estabeleça a lei e para a publicação de tais declarações nos casos correspondentes.

5. Sistemas para a contratação de funcionários públicos e para a aquisição de bens e serviços por parte do Estado que assegurem a publicidade, equidade e eficiência de tais sistemas.

6. Sistemas adequados para a arrecadação e o controle das rendas do Estado, que impeçam a corrupção.

7. Leis que eliminem os benefícios tributários de qualquer pessoa ou sociedade que realize ações em violação à legislação contra a corrupção dos Estados Partes.

8. Sistemas para proteger os funcionários públicos e cidadãos particulares que denunciem de boa-fé atos de corrupção, incluindo a proteção de sua identidade, de conformidade com a Constituição e os princípios fundamentais do ordenamento jurídico interno, e a legislação contra a corrupção dos Estados Partes.

9. Órgãos de controle superior, com o fim de desenvolver mecanismos modernos para prevenir, detectar, sancionar e erradicar as práticas corruptas.

10. Medidas que impeçam o suborno de funcionários nacionais e estrangeiros, tais como mecanismos para assegurar que as sociedades mercantis e outros tipos de associações mantenham registros que reflitam com exatidão e razoável detalhamento a aquisição e alienação de ativos, e que estabeleçam suficientes controles contábeis internos que permitam ao seu pessoal detectar atos de corrupção.

11. Mecanismos para estimular a participação da sociedade civil e das organizações não-governamentais nos esforços destinados a prevenir a corrupção.

12. O estudo de outras medidas de prevenção que levem em conta a relação entre uma remuneração equitativa e a probidade no serviço público.”

Ao menos sob o aspecto formal, inúmeras medidas preventivas de combate à corrupção já foram adotadas no Brasil: a) múltiplas unidades da Federação estatuíram códigos de conduta para os seus servidores; b) a omissão do superior hierárquico na informação dos ilícitos

praticados por seus subordinados pode configurar o ato de improbidade previsto no art. 11 da Lei nº 8.429/92 e o crime de condescendência criminosa, tipificado no art. 325 do Código Penal; c) o fornecimento anual da declaração de rendas já é contemplado no art. 13 da Lei nº 8.429/92 e na Lei nº 8.730/93; d) os agentes públicos, ressalvadas algumas poucas exceções, são recrutados por meio de concurso público; e) as contratações de bens e serviços são precedidas de licitação, o que assegura a sua publicidade e equidade; f) a gestão das receitas do Estado, além de serem objeto de fiscalização pelas Cortes de Contas, devem render obediência aos ditames da Lei de Responsabilidade Fiscal; g) as pessoas físicas e jurídicas que se envolvam na prática de atos de corrupção, consoante o art. 12 da Lei nº 8.429/92, podem ser proibidas de contratar com o Poder Público; h) a lei contempla um programa de proteção às testemunhas; i) a todos é assegurado o direito de representação; etc. Resta, no entanto, a necessidade de que tais medidas venham a ser transpostas do plano normativo para o fático, o que ainda não ocorreu em sua inteireza.

Segundo o art. VI, a Convenção será aplicada aos seguintes atos de corrupção:

- a. requerimento ou aceitação, direta ou indiretamente, por um funcionário público ou uma pessoa que exerça funções públicas, de qualquer objeto de valor pecuniário ou outros benefícios como dádivas, favores, promessas ou vantagens para si mesmo ou para outra pessoa ou entidade em troca da realização ou omissão de qualquer ato no exercício de suas funções públicas;*
- b. o oferecimento ou a concessão, direta ou indiretamente, a um funcionário público ou a uma pessoa que exerça funções públicas, de qualquer objeto de valor pecuniário ou outros benefícios em troca da realização ou omissão de qualquer ato no exercício de funções públicas;*
- c. a realização por parte de um funcionário público ou de uma pessoa que exerça funções públicas de qualquer ato ou omissão no exercício de suas funções, com o fim de obter ilicitamente benefícios para si mesmo ou para um terceiro;*
- d. o aproveitamento doloso ou a ocultação de bens provenientes de qualquer dos atos a que se refere o presente artigo;*
- e. a participação como autor, co-autor, instigador, cúmplice,*

acobertador ou em qualquer outra forma na prática, tentativa de prática, associação ou confabulação para a prática de qualquer dos atos a que se refere o presente artigo.”

Além do rol mínimo de ilícitos que devem ser necessariamente coibidos pelos Estados Partes, nada impede que outros mais sejam previstos na legislação interna. Também o suborno internacional foi objeto de preocupação pela Convenção, devendo ser proibidas e sancionadas as condutas consistentes em oferecimento ou entrega de vantagens a funcionário de outro Estado, com o fim de obter a prática ou a omissão de determinado ato.³⁶

O art. IX da Convenção veicula regra de relevância ímpar para a contenção da corrupção no setor público, dispondo que os Estados partes devem adotar as medidas necessárias no sentido de tipificar, como infração penal, o enriquecimento ilícito do agente público. Considerar-se-á enriquecimento ilícito, a evolução patrimonial que exceda, de forma significativa, as receitas recebidas legitimamente pelo agente em razão do exercício de suas funções e *“que não possa ser razoavelmente justificada por ele”*. Nessa hipótese, como deflui dos claros termos do preceito, caberá ao órgão responsável pela persecução penal o dever de provar a desproporção entre o patrimônio e a renda do agente, enquanto que sobre este recairá o ônus de demonstrar os fatos impeditivos, modificativos ou extintivos da pretensão autoral, vale dizer, a origem lícita das receitas que propiciaram tal evolução patrimonial.

No art. XI é veiculado um rol de condutas correlato aos atos de corrupção e que deve ser igualmente coibido pelos Estados partes. São elas: a) a utilização indevida de informações privilegiadas obtidas em razão ou no exercício da função; b) o uso indevido, em proveito próprio ou de terceiros, de bens a que o agente teve acesso em razão ou no exercício da função; c) o comportamento de agentes estranhos à administração que busquem obter desta uma decisão que lhes propicie um benefício ilícito em detrimento do patrimônio público; d) o desvio de finalidade, quer seja em benefício próprio ou de terceiro, no emprego de bens ou valores que tenha recebido em razão ou no exercício da função.

Outra importante regra contemplada na Convenção é a de que a sua incidência independe da produção de prejuízo patrimonial para o

³⁶ Vide art. I.

Estado, o que é um indicativo de que a preservação da moralidade administrativa foi um dos vetores que nortearam a sua elaboração.³⁷ A obtenção de vantagens indevidas, em razão da função, é um indicativo da degradação moral do agente, ainda que não seja divisado qualquer dano ao erário.

Buscando a efetividade de seus preceitos, dispõe a Convenção que os Estados Partes devem colaborar entre si na identificação, no rastreamento, na indisponibilidade e no confisco dos bens obtidos com infringência aos seus preceitos.³⁸ Para tanto, nem mesmo o sigilo bancário pode ser erigido como óbice a tal cooperação.³⁹

A Convenção está sujeita a ratificação dos Estados partes,⁴⁰ sendo admissível a formulação de reservas⁴¹ e a denúncia por qualquer dos Estados.⁴²

15.2.A Lei Anti-corrupção da França

O direito positivo francês inaugurou uma nova fase no combate à corrupção com a edição da Lei nº 93-122, de 29 de janeiro de 1993 (JO de 30/01/1993, p. 1.588 e ss.), “relativa à prevenção da corrupção e à transparência da vida econômica e dos processos públicos”.⁴³

Os seis primeiros artigos da Lei, que não estão situados sob um título específico, tratam da instituição de um novo serviço administrati-

³⁷ Vide art. XII.

³⁸ Vide art. XV.

³⁹ Vide art. XVI.

⁴⁰ Vide art. XXII.

⁴¹ Vide art. XXIV.

⁴² Vide art. XXVI.

⁴³ Esse diploma legal aperfeiçoou e deu continuidade às ações que buscavam moralizar a vida política, econômica e financeira na França. Anteriormente a ele, já haviam sido editadas inúmeras leis com idêntico objetivo: a) leis que buscavam regulamentar o financiamento dos partidos e das campanhas eleitorais (Lei Orgânica nº 88-226 e Lei nº 88-227, de 11/03/1988, JO de 12/03/1988, p. 3.288, concernentes à transparência financeira da vida política; Lei nº 90-55, de 15/01/1990, JO de 16/01/1990, p. 639, que tratava da limitação das despesas eleitorais e do esclarecimento do financiamento das atividades econômicas); b) Lei nº 89-531, de 02/08/1989, JO de 04/08/1989, que reformou os poderes da Comissão de Operações da Bolsa; c) Lei nº 90-614, de 12/07/1990, JO de 14/07/1990, JO de 14/07/1990, p. 8.329, concernente à repressão à lavagem de dinheiro originário do tráfico de entorpecentes; e d) Lei nº 91-3, de 03/01/1991, JO de 05/01/1991, p. 236, que dispunha sobre o controle das contratações públicas.

vo, vinculado ao Ministério da Justiça, que é encarregado de centralizar e analisar as informações úteis à prevenção da corrupção, encaminhando-as ao Procurador-Geral da República em sendo detectada a prática ilícita.⁴⁴ Esse *Service Central* busca suprir uma das grandes deficiências detectadas no combate a esse tipo de ilícitos: a pulverização de informações entre órgãos desvinculados entre si, o que confere maior lentidão à sua circulação e compromete a efetividade das medidas a serem adotadas. Iniciativa, semelhante já fora divisada com a edição da Lei nº 90-614, de 12/07/1990, JO de 14/07/1990, p. 8.329), que instituiu a estrutura denominada de TRACFIN (*Service de traitement du renseignement et d'action contre les circuits clandestins*). Essa estrutura detinha alguns poderes investigatórios, sendo-lhe assegurado o anonimato de suas fontes de informação, e lhe era interdito utilizar os dados obtidos para fins outros que não a luta contra a lavagem de capitais oriundos do tráfico de entorpecentes.⁴⁵ Sobre o *Service Central* instituído pela Lei Anti-corrupção recai o dever de fornecer informações aos órgãos legitimados a obtê-las, expedir recomendações e disponibilizar os serviços de auditores ao Ministério Público e ao Poder Judiciário em matéria financeira. A forma de exercício desses poderes deve ser disciplinada pelo Conselho de Estado⁴⁶, o que foi feito com a edição do Decreto nº 93-232, de 22/02/1993, JO de 24/02/1993, p. 2.937.

O primeiro título da Lei dispõe sobre o financiamento das campanhas eleitorais e dos partidos políticos.⁴⁷ Nesse particular, o sistema francês evoluiu da seguinte forma: a) até 1988 - proibição total de doações; b) de 1988 até 1990 - permissão de doação aos candidatos a cargos do Legislativo e à Presidência, sendo prevista, inclusive, a possibilidade de deduções fiscais; c) de 1990 até 1993 - permissão de doação também aos partidos políticos; e d) a partir da Lei Anti-corrupção - é admitida a doação, mas são instituídos mecanismos rígidos de publicidade, o que inclui o dever de publicar uma relação das pessoas, físicas e jurídicas,

⁴⁴ Art. 2º da Lei nº 93-122, de 29/01/1993.

⁴⁵ As atribuições do TRACFIN foram ampliadas pelos arts. 72 e 73 da Lei nº 93-122, de 29/01/1993.

⁴⁶ Art. 6º da Lei nº 93-122, de 29/01/1993.

⁴⁷ Arts. 7º usque 17 da Lei nº 93-122, de 29/01/1993.

responsáveis pelos repasses financeiros. Com essa última medida, possibilitou-se a própria identificação dos setores sociais com os quais os candidatos e os partidos se comprometeram no curso da campanha. Em que pese à insistência de algumas vertentes políticas, em especial daquelas de colorido socialista, foram consideradas “irreais” e “inexequíveis” as propostas que preconizavam a proibição do financiamento privado, devendo a atividade partidária ser custeada unicamente com os recursos repassados pelo erário.

Ainda em relação ao financiamento das campanhas e dos partidos, a Lei Anti-corrupção instituiu dos critérios para o repasse de recursos públicos, os quais coexistiriam com aqueles de origem privada: a) parte da receita seria repartida entre os partidos que, nas eleições nacionais, apresentaram candidatos em pelo menos cinquenta circunscrições eleitorais; e b) a outra parte seria repartida proporcionalmente ao número de parlamentares que foram eleitos pela legenda partidária.

○ segundo título veicula inúmeras medidas de transparência das atividades econômicas, alcançando: a) a contratação de publicidade⁴⁸ - estabelecendo mecanismos para a identificação das receitas auferidas pelas agências que intermediam as negociações entre o anunciante e o veículo de comunicação, somente sendo admitida a percepção de remuneração atribuída àquele, com o que se busca assegurar a lealdade para com o contratante; b) o urbanismo comercial⁴⁹ - estabelecendo critérios objetivos de aferição e evitando que as dificuldades no atendimento aos requisitos exigidos para a urbanização de “grandes superfícies” atuem como estímulo à corrupção (é a denominada “gestão da raridade”, que faz com que a menor oferta aumente a corrupção entre os incorporadores e os políticos locais); c) as delegações de serviço público e as contratações públicas, ainda que estabelecidas com empresas vinculadas ao Poder Público,⁵⁰ tornando obrigatória a concorrência e a transparência do procedimento, o que restringirá a contratação direta às hipóteses de ausência de proposta ou no caso de a administração não aceitar, por desvantajosa, aquela formulada; e d) as ativida-

⁴⁸ Arts. 20 *usque* 29 da Lei nº 93-122, de 29/01/1993.

⁴⁹ Arts. 30 *usque* 37 da Lei nº 93-122, de 29/01/1993.

⁵⁰ Vide, respectivamente, arts. 38 *usque* 50 da Lei nº 93-122, de 29/01/1993.

des imobiliárias,⁵¹ disciplinando as cessões de terrenos e do direito de construir das coletividades locais ou das sociedades de economia mista locais, bem como o dever de disponibilizar equipamentos públicos (praças, escolas etc.) nas áreas construídas.

O terceiro título veicula disposições relativas às coletividades locais⁵², garantido-lhes a possibilidade de explorarem diretamente algumas atividades de interesse público, prevendo a expedição de avisos, pelas cortes regionais de contas, buscando orientar a execução orçamentária, veiculando normas de controle das sociedades de economia mista locais, dispondo sobre o cumprimento das decisões judiciais que fixem astreintes, submetendo os políticos locais à competência da Corte de Disciplina Orçamentária e criminalizando qualquer obstáculo oposto ao exercício dos poderes das Cortes de Contas ou das Câmaras Regionais de Contas, sendo cominada pena pecuniária.

O descumprimento das normas veiculadas pela Lei nº 93-122 poderá acarretar a nulidade do ato e a apuração da responsabilidade do infrator perante o órgão competente, em regra com a adoção de medidas de caráter penal.

16. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A corrupção, como se intui por essas breves linhas, é fenômeno que há muito se dissociou da individualidade dos sujeitos imediatos de sua prática: corruptor e corrompido. Os atos de corrupção, a um só tempo, além de inerentes à própria natureza humana, se disseminaram por todo o organismo social, o que permitiu a transposição das fronteiras estatais e a própria globalização dessa prática.

Não obstante universal, as conseqüências e a aceitabilidade da corrupção variam conforme o referencial de análise: em países de população esclarecida e com consciência coletiva, a corrupção se desenvolve em patamares nitidamente inferiores àqueles verificados nos países em que, além de comum o analfabetismo, o interesse privado relega a plano secundário a satisfação das necessidades coletivas. Educação e civismo são eficazes indicadores dos graus de corrupção presentes em qualquer estrutura estatal.

⁵¹ Arts. 51 *usque* 71 da Lei nº 93-122, de 29/01/1993.

⁵² Arts. 72 *usque* 81 da Lei nº 93-122, de 29/01/1993.

A degeneração de caráter do agente público gera conseqüências muito mais graves que a mera omissão ou retardamento de um ato, ou mesmo a obtenção de uma vantagem que não encontre correspondência na renda auferida legitimamente pelo agente. A corrupção, em verdade, corrói o próprio alicerce do Estado de Direito, pois associa as instituições à ilicitude, transmudando em corriqueiro aquilo que, por essência, é excepcional. Aquilo que é formalmente ilícito passa a ser materialmente lícito, já que incorporado aos padrões comportamentais de grande parte da população.

Se grande parte da população entende ser normal o oferecimento de benesses a um agente público em troca de um comportamento favorável, é inevitável a incorporação de tal prática aos padrões do *homo medius*, o que acarretará a sua paulatina degradação. Considerando que em um país democrático o governante ascende do próprio organismo social, é fácil perceber os valores que tal agente trará consigo ao assumir o ônus de atuar em prol do interesse público. E o pior, na medida em que indivíduos moralmente degradados ascendam aos estamentos mais elevados da organização estatal, será inevitável a degradação de boa parte daqueles que ocupam um escalão inferior na pirâmide hierárquica.

As implicações da corrupção com o crime organizado e os efeitos deletérios por ela provocados no próprio Estado de Direito serviram de estímulo à edição de inúmeras normas com o fim de coibi-la, inclusive no plano internacional. No direito interno, a maior parte das medidas legislativas adotadas busca instituir instrumentos que permitam anular os atos oriundos de práticas corruptas, bem como responsabilizar o agente no plano político, administrativo e, principalmente, criminal. No direito internacional, os tratados e demais atos de natureza similar, em regra, prevêm a necessidade de repressão criminal aos atos de corrupção, comprometendo-se os Estados partes a adotar as medidas legislativas tendentes a esse fim. Esse quadro demonstra o grande avanço ocorrido no Brasil com a edição da Lei nº 8.429/92, também denominada "Lei de Improbidade", que dispôs sobre um extenso rol de sanções a serem aplicadas aos agentes públicos que apresente desvios comportamentais incompatíveis com a gestão da coisa pública. Tais sanções têm natureza cível e serão aplicadas por um órgão jurisdicional, o que demonstra que o sistema brasileiro, por acrescer um novo siste-

ma de combate à corrupção dentre os já tradicionais, figura entre os mais avançados do mundo.

Apesar disso, não obstante a previsão normativa, a chama da impunidade ainda está acesa, já que freqüentes e vigorosas as tentativas de deformar a Lei nº 8.429/92 e inviabilizar a sua efetivação, isto sem olvidar uma grande parcimônia na aplicação das sanções cominadas ao ímprobo.

Dentre as tentativas de se retirar a efetividade da Lei nº 8.429/92, pode ser mencionada a alteração introduzida pela Medida Provisória nº 2.225/45 no art. 17 da Lei de Improbidade, que, além de contribuir para a máxima postergação do aperfeiçoamento da relação processual, em muito dificultando o próprio recebimento da inicial, chega a permitir que o juiz, antes mesmo da produção de qualquer prova por parte do autor, se convença da inexistência do ato de improbidade e rejeite a ação, segundo alguns, com julgamento antecipado do próprio mérito.

Outro exemplo é a persistência daqueles que lutam por estender às ações de improbidade o foro por prerrogativa de função previsto na esfera criminal.⁵³ Acostumados com essa regra de exceção que, ao nosso ver, sequer deveria existir em um País que se diz democrático, sonham em transferir à esfera cível a impunidade que assola a seara criminal. Não que a impunidade também não seja a regra em termos de comba-

⁵³ Em 28 de junho de 2002, período em que o País estava eufórico com a participação da seleção brasileira no campeonato mundial de futebol, foi aprovado pela Comissão de Constituição e Justiça da Câmara dos Deputados o Projeto de Lei nº 6.295/02, que introduzia alteração no art. 84 do CPP determinando que a prerrogativa de foro assegurada a determinados agentes na esfera criminal prevaleceria no âmbito cível em relação às ações de improbidade. Essa estranha alteração, que inseria na lei adjetiva penal normas de competência de natureza cível, na forma em que foi concebida, sequer seria submetida a votação no plenário, permitindo o seu imediato encaminhamento ao Senado. Os parlamentares, no entanto, acostumados com uma realidade diferente daquela em que vivemos hoje, não contavam com a enérgica indignação dos mais diversos setores da sociedade, que, pouco a pouco, não mais vêem a desonestidade e a má-fé com ares de normalidade. Roberto Romano, professor de ética e filosofia na Unicamp, em artigo intitulado "Contra o foro privilegiado dos políticos", publicado na Folha de São Paulo de 16/07/02, seguindo o pensamento de Rousseau, assim se pronunciou: "se o governo recebe do soberano as ordens que dá ao povo, para que o Estado esteja num bom equilíbrio, é preciso, tudo compensado, que haja igualdade entre o produto ou a potência do governo tomado em si mesmo e o produto ou a potência dos cidadãos, que são soberanos de um lado e súditos de outro. Os atos que geram mais poder aos governantes e desequilibram a igualdade do Estado destroem a base política. Se os dirigentes usam artifícios legais para fugir da igualdade e usurpam o poder soberano, eles diminuem a majestade do Estado e negam a universal força de

te à improbidade, mas, sim, porque os arautos da “tese da prerrogativa” há muito perceberam que são grandes as perspectivas de alteração desse quadro. Pergunta-se: quem deseja a manutenção do *status quo*, a população ou aqueles que se acostumaram e pensam em institucionalizar a confortável sensação de liberdade que a garantia da impunidade lhes causa? Alguém seria ingênuo o suficiente para não perceber as conseqüências que a pretendida alteração legislativa causaria no combate à improbidade? Basta afirmar que as investigações e a conseqüente propositura das ações deixariam de ser realizadas por milhares de Promotores de Justiça e Procuradores da República e passariam a ser concentradas nas mãos de alguns poucos Chefes institucionais, diga-se de passagem, escolhidos pelo Chefe do Executivo, o que acrescenta um indesejável componente político à estrutura organizacional do Ministério Público - mau-vezo que os defensores da “tese da prerrogativa” teimam em não extirpar.

Rui Barbosa⁵⁴, com a perspicácia e o aguçado espírito crítico que sempre o caracterizaram, proferiu lição que parece ter sido escrita com os olhos voltados para o futuro: “Todos são iguais perante a lei. Assim no-lo afirma, no parágrafo seguinte, êsse artigo constitucional (Art. 72, § 2º, da Constituição de 1891). Vêde, porém, como os fatos respondem à Constituição. Na Grã-Bretanha, sob a coroa de Jorge V, o arquiduque herdeiro da coroa d’ Áustria é detido na rua e conduzido à polícia como contraventor da lei, por haver o seu automóvel

constrangimento legítimo. Quando os administradores agem assim, o grande Estado se dissolve, formando-se um outro no seu interior, composto só pelos membros do governo, e que é para o resto do povo apenas seu senhor e seu tirano” (“Do Abuso do Governo e de Sua Inclinação para Denegar”). No Brasil, a reunião dos políticos que hoje exige para si o estatuto de República autônoma, superior à dos cidadãos, representa pequena minoria. Mas ela causa estragos consideráveis, como neste ensaio para outorgar foro privilegiado aos governantes. Até 9 de agosto (*data limite para colheita das assinaturas necessárias e interposição de recurso para o plenário*), saberemos se aumentou o número dos cidadãos da república, ou o condomínio particular dos políticos. As oposições, e mesmo os que apoiam os dirigentes, mas são democratas, podem afastar o golpe. Caso contrário, em pouco tempo o Brasil será um imenso Espírito Santo, um Estado que prova, de modo cabal, o que significa o privilégio dos administradores, em detrimento dos contribuintes”. Lamentavelmente, o projeto terminou por ser convertido na Lei nº 10.628/02, o qual teve a sua inconstitucionalidade suscitada perante o Supremo Tribunal Federal.

⁵⁴ In Sylvino Gonçalves, “Rui Barbosa: coletânea forense para os estudantes de direito, Igualdade perante a Lei”, Rio de Janeiro: Casa de Rui Barbosa, 1959, p. 99.

excedido à velocidade regulamentar. As mesmas normas se observavam no Brasil, sob o cetro de D. Pedro II, quando o carro do imperador era multado, por atravessar uma rua defesa. Num e noutro caso a lei é igual para todos: todos são iguais ante a lei. Mas no Brasil dêstes dias, debaixo do bastão do Marechal Hermes, o seu secretário, por duas vêzes, quando um guarda-civil lhe acena ao motorista com o sinal de aguardar, enquanto se dá passagem a outros carros, apeia irriminado, toma contas ao agente da lei, nota-lhe o nome, e imediatamente o manda punir com a demissão. Noutra ocasião é um general do Exército, que salta, iracundo e decomposto, do veículo, ameaçando com o seu revólver o policial que ousou exigir do automóvel menor celeridade na carreira. Êsses exemplos, da mais alta procedência, verificados e registrados pelos jornais, na metrópole brasileira, desmascaram a impostura da igualdade entre nós, e mostram que valor tem, para os homens da mais eminente categoria, entre as influências atuais, como para os que mais perto estão do chefe do Estado, as promessas da Constituição. Essas potências, no seu insofrimento dos freios da legalidade, nem ao menos evitam os escândalos da rua pública, ou observam a compostura ordinária da boa educação. É uma selvageria que nem o verniz suporta do mais leve decoro.”

Esse estado de coisas, que assume um colorido todo próprio em países como o Brasil, não passou despercebido à organização não-governamental *Human Rights Watch*, que no relatório correspondente ao ano de 1994 afirmou: “embora muitos países na região sejam governados por regimes que se formaram a partir de eleições, a América Latina tem o direito de esperar mais de suas incipientes democracias: mais participação nos processos de decisão, mais transparência nas ações governamentais e mais respostas das instituições estatais, particularmente daquelas que são designadas para a proteção dos direitos dos cidadãos. Para nós, um governo não pode chamar a si próprio democrático a menos que seus agentes sejam responsáveis por suas ações; suas Cortes e Promotores sejam protetores dos direitos dos cidadãos e ofereçam respostas para as injustiças; seu Governo permita e

encoraje o desenvolvimento de independentes organizações da sociedade civil; e os conflitos políticos e sociais sejam geralmente resolvidos de forma pacífica”.⁵⁵

Obstáculos à parte, a Lei de Improbidade tem promovido significativas alterações comportamentais dos agentes públicos. Essa eficácia transformadora, ainda que, muitas vezes desacompanhada de uma efetividade jurídica, não lhe pode ser negada. Esse fato, por si só, já é suficiente para conferir maior concretude à outrora vã esperança de uma administração proba e comprometida com o bem-estar da população.

Há mais de vinte anos, a conceituada Revista **Justitia** publicava pequenino artigo, de autoria do então “Promotor Público” João Benedito de Azevedo Marques, intitulado “O Papel do Promotor na Sociedade Democrática”⁵⁶. Na ocasião, em suas concisas, porém profundas reflexões, afirmava o articulista que “não basta somente combater a criminalidade comum, fruto da desordem e da injustiça social, se continuarmos a desconhecer ou a tratar olímpicamente o crime de colarinho branco. Esses criminosos não são deserdados da sorte e, além de bem nutridos, na sua grande maioria cursaram a universidade e usaram do conhecimento adquirido para, cinicamente, roubar o País, envenenar os produtos alimentícios, os medicamentos, os cursos d’água, ganhar milionárias concorrências públicas, mediante o uso de expedientes ilícitos, enriquecer a custa do prévio conhecimento da alta do dólar, usar a administração pública para a colocação de parentes, amigos e apaniguados, provocar falências fraudulentas, grilar a terra de posseiros, promover a indústria dos loteamentos clandestinos, vender ações de companhias estatais de maneira duvidosa, destruir nossas florestas, exterminar índios, violar, sistematicamente, os direitos humanos, enfim, praticar aqueles atos de todos conhecidos, mas nunca punidos”.

Decorridos mais de vinte anos desde a publicação do referido artigo, questiona-se: alguma coisa mudou? Se omitíssemos a informação, alguém perceberia que já se passaram tantos anos desde a publicação do artigo? As respostas, por certo, todos as conhecem. Nossa

⁵⁵ *Apud* Flávia Piovesan, in **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**, São Paulo: Max Limonad, 1996, p. 288.

⁵⁶ **Justitia** nº 110/140.

esperança, no entanto, é que daqui há vinte anos não sejamos obrigados a reconhecer a humilhante verdade de que nada mudou... Esperamos, sinceramente, que o belo artigo de João Benedito de Azevedo Marques, publicado no início de 1980, e estas despreziosas linhas, elaboradas no limiar de 2003, sirvam, daqui a vinte anos, tão-somente para lembrar um passado de triste memória para os brasileiros. ♦

Direito Individual Homogêneo e Legitimidade do Ministério Público: A Visão dos Tribunais Superiores

HUMBERTO DALLA BERNARDINA DE PINHO

Doutor em Direito. Professor Adjunto da Faculdade de Direito da UERJ. Promotor de Justiça Titular no Estado do Rio de Janeiro.

Busca-se aqui elencar e examinar os principais casos julgados pelos Tribunais Superiores brasileiros relativos à figura do direito individual homogêneo, tal como referido no artigo 81, parágrafo único, inciso III do Código de Defesa do Consumidor.

Nas linhas que se seguem abordaremos como as Cortes Superiores têm tratado a matéria concretamente. Não nos debruçaremos neste texto sobre a complexa natureza jurídica do direito individual homogêneo. Para tanto, remetemos o leitor à nossa tese de doutoramento, hoje publicada¹.

Nesse particular, é mister registrar que hoje, em quase todas as hipóteses em que uma das Cortes Superiores é instada a se manifestar sobre o tema, a questão cinge-se a deliberar se, naquela hipótese concreta, o Ministério Público tem legitimidade para a tutela do direito alegado.

Em outras palavras, se aquele direito é realmente individual homogêneo ou seria individual heterogêneo, ou seja, uma simples soma de vários direitos individuais, sem que haja entre eles um fio condutor capaz de gerar a relevância social e a indisponibilidade, necessárias à configuração da legitimidade do *Parquet*, segundo a opinião hoje dominante.

Esse é o cerne da controvérsia.

Toda a dificuldade surge da conjugação de uma legislação lacônica, fundada em conceitos jurídicos abertos ou indeterminados, aliada a uma postura tradicionalista de alguns membros do Poder Judiciário, que, infelizmente, e com todas as vênias, ainda não se mostram

¹ PINHO, Humberto Dalla Bernardina de Pinho. **A Natureza Jurídica do Direito Individual Homogêneo e sua Tutela pelo Ministério Público como forma de Acesso à Justiça**, Forense: Rio de Janeiro, 2001.

imbuídos de uma mentalidade apropriada à solução dos conflitos de massa, os quais demandam regras próprias, sendo inviável a aplicação das mesmas regras atinentes à jurisdição individual.

Nesse passo, percebe-se, não raras vezes, que os tribunais tentam aplicar a teoria geral do processo tradicional, construída para atender às demandas individuais, aos novíssimos conflitos sociais, que, certamente, não eram sequer imaginados pelos grandes mestres clássicos quando disciplinaram os institutos da legitimidade, competência, conexão, litispendência e coisa julgada, entre tantos outros.

Hoje, podemos afirmar, a toda evidência, que a legislação brasileira reclama a criação e a sistematização de uma teoria geral diferenciada e específica ao processo coletivo, eis que a concepção tradicional não oferece uma solução apropriada à maioria dos problemas processuais típicos das ações de classe².

Um desses problemas, talvez o maior, é justamente a legitimidade do Ministério Público, e, agora, finalmente, ingressamos no exame do tema proposto.

Nessa linha de raciocínio, devemos dizer que, num primeiro momento, o Poder Judiciário se posicionou perante a questão numa postura extremamente conservadora, privilegiando uma interpretação técnico-jurídica, em detrimento da adoção de entendimentos mais modernos e afinados com o interesse da coletividade³.

² A esse respeito, confira-se o trabalho de Lenza (LENZA, Pedro. **Teoria Geral da Ação Civil Pública**, São Paulo: Saraiva, 2003).

³ A propósito, bastante realista a abordagem de Tycho Brahe Fernandes: "Infelizmente, têm sido inúmeras as decisões proferidas pelo Poder Judiciário em que não se reconhece a legitimidade do Ministério Público para a defesa dos interesses individuais homogêneos por uma série de razões que discorreremos neste estudo, mas que no fundo são inconsistentes e apenas revelam a grande influência da carga individualista vigente no processo civil. Os argumentos utilizados para o afastamento da legitimidade Ministerial no tocante à defesa dos interesses ou direitos individuais homogêneos, em que pese existir autorização expressa da lei, são no sentido de que tais interesses ou direitos não constam expressamente nos dispositivos constitucionais, ou de que o artigo 127 da Constituição Federal exige um plus, qual seja a 'indisponibilidade', como qualificativo dos 'interesses sociais e individuais', ou porque a isolada circunstância do número expressivo de sujeitos abrangidos num dado interesse individual homogêneo não seria motivo suficiente para imprimir a nota de 'relevância social' à espécie, que pudesse exsurgir a legitimação do *Parquet* ou, ainda, porque as ações coletivas em defesa de interesses individuais homogêneos impõem aos beneficiários da sentença condenatória um direito que talvez eles não queiram exercer. Outro argumento contrário à legitimação do Ministério Público, que merece ser ressaltado, é o de que basta que os interesses ou direitos individuais homogêneos possam ser defendidos em juízo individualmente, ou que seja possível a cada indivíduo lesado dentro da coletividade, de per se, postular a reparação desse direito ou interesse, para que se afaste, ipso facto, o uso da ação civil pública manejada pelo Ministério Público. Felizmente tais posicionamentos encontram resistência, existindo Tribunais que vem reconhecendo a legitimidade conferida ao Ministério Público para a propositura de ações para defesa de interesses e direitos individuais homogêneos". (FERNANDES, Tycho Brahe, GUIMARAES, Angela Silva. "A Legitimação do Ministério Público na Tutela dos Interesses ou Direitos Individuais Homogêneos", in **Revista de Direito Processual**, Gênese, n° 3, jan.-mar./1997, disponível em: <http://www.genedit.com.br>, consultado em 23.01.2002.).

Com efeito, as primeiras decisões monocráticas não souberam reconhecer a importância do direito individual homogêneo, nem tampouco a nova dimensão social do direito processual, razão pela qual foram elas quase unânimes no sentido de negar legitimação ao *Parquet* para a propositura da ação coletiva.

Passamos a examinar a seguir as decisões mais recentes e que tiveram maior peso na jurisprudência como um todo, quer pelo brilhantismo de seus prolotores, quer pela importância do tema examinado.

E tal abordagem é feita nesta tese com o objetivo de acrescer o máximo de dados possíveis, sendo certo que a jurisprudência é uma fonte riquíssima de aprendizagem e estudo, e que não pode jamais ser desconsiderada.

Contudo, até mesmo para manter a unidade estrutural do trabalho, remarcamos que concebemos a questão como um todo, como um produto composto por três vetores que se interpenetram nos mais variados ramos do direito.

Feita essa primeira observação, e antes de examinar os julgados específicos acerca dos direitos individuais homogêneos, cumpre ressaltar que sempre houve grande dificuldade nos tribunais em distinguir as espécies de direitos metaindividuais.

De certa forma, isto é compreensível, porque a questão também é tormentosa em sede doutrinária, já que o legislador não primou pela técnica ao especificar as modalidades desse direito, sendo especialmente lacônico quanto ao direito individual homogêneo, como tivemos oportunidade de ressaltar.

Contudo, alguns julgados⁴, talvez diante da insegurança do texto legal, chegaram a criar uma nova espécie de direito, chamado plúrimo,

⁴ Nessa esteira, o Recurso Especial nº 59.164-3-MG (Registro nº 95/0001862-4), Relator o Senhor Ministro Cesar Asfor Rocha, julgado pela 1ª Turma do STJ, em 29 de março de 1995, assim ementado: "Processual civil. Ação civil pública. Ilegitimidade do Ministério Público. Não tem o Ministério Público legitimidade ativa para propor ação civil pública para defesa de interesses individuais plúrimos, que não se confundem com interesses coletivos. Recurso improvido". Em igual sentido, o Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais decidiu: "Ação civil pública. Indenização. Direitos individuais plúrimos de natureza privada. Ilegitimidade ativa ad causam do Ministério Público. A ação civil pública não se presta a amparar direitos individuais de um grupo de pessoas lesadas que buscam cobertura indenizatória em razão de ilícito civil, por não se tratar da defesa de interesse difuso, nem coletivo, nem individual indisponível e homogêneo, sendo cabível simplesmente a ação indenizatória plúrima, onde muitos são os interessados, mas não há interesse coletivo em jogo, sendo a ação de estrita ordem obrigacional, de direito pessoal, privado. O Ministério Público não possui legitimidade ad causam para propor ação civil pública para defesa de interesses individuais que visam à responsabilização de danos sofridos, fundada na responsabilidade aquiliana". (TJ/MG, Apelação Cível Nº 3.814/1, Relator: Des. Corrêa de Marins). Ainda nessa perspectiva, identificando o alcance social como requisito para a legitimação do Ministério Público, colhemos o seguinte Acórdão emanado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo: "Interesse Individual Homogêneo. Ação Civil Pública. Propositura pelo Ministério Público. Interesses e Direitos Individuais Homogêneos. Relevância ou interesse social não evidenciado. Ilegitimidade ad causam. Carência da ação. Processo extinto, na forma do artigo 267, VI do CPC. Recurso Provido. Visando a tutela jurídica de interesses ou de direitos de membros de um grupo, portanto, sem o caráter de indivisibilidade, não se enquadram na figura legal de coletivos propriamente ditos tais interesses e direitos, mas na classe dos interesses e direitos individuais homogêneos. Nessa hipótese, a legitimidade do Ministério Público depende da existência do interesse social do objeto da demanda, que se mede através da extraordinária dispersão de interessados ou da dimensão comunitária das demandas coletivas, diante de sua finalidade institucional, já que pré-ordenado à defesa dos interesses sociais e individuais indisponíveis, nos termos do artigo 127, da Constituição Federal. Interesse social não evidenciado". (TJ/SP, 5ª Câmara Cível de Férias, Apelação Cível nº 264.428.2-7, Relator: Des. Ruyter Oliva, julgado em 15/08/95).

que se situaria num meio termo entre o direito individual e o direito coletivo, ou talvez, quisessem seus prolores, mesmo ao arpepio da lei, identificar um *tertium genus*.

Parece-nos, com a devida *venia*, que tal direito não existe em nosso ordenamento. Isto porque, ou o direito será individual simples (heterogêneo, poderíamos dizer), ou será ele homogêneo.

Não há a menor necessidade de se criar uma nova terminologia para isso, já que tal atitude só contribuirá para trazer mais celeuma à já tão controvertida matéria.

Até mesmo porque, a soma de vários direitos individuais simples enseja a formação de litisconsórcio, nos termos do Código de Processo Civil, razão pela qual consideramos desnecessária a criação dessa espécie (direito plúrimo).

Por outro lado, não se pode perder de vista que o exame do alcance social do direito em jogo deve ser feito caso a caso, levando em consideração as peculiaridades concretas, sempre dentro de uma perspectiva favorável ao interesse da coletividade.

Assim sendo, um critério puramente numérico, por exemplo, seria equivocado se considerado genericamente, eis que não há, e nem pode haver, um valor absoluto. Cinco mil pessoas talvez não configurem uma coletividade numa metrópole de dois milhões de habitantes, mas certamente a situação será bem diversa em uma pequena cidade do interior com 15 mil habitantes.

Vista essa questão, passemos ao exame dos casos concretos.

Iniciemos pelo Recurso Extraordinário nº 163.231-SP⁵, julgado pelo Egrégio Supremo Tribunal Federal, sendo Relator o Senhor Ministro Maurício Corrêa.

⁵ "Recurso Extraordinário Constitucional. Legitimidade do Ministério Público para promover a Ação Civil Pública em defesa dos interesses difusos, coletivos e homogêneos. Mensalidades escolares: capacidade postulatória do Parquet para discuti-las em juízo. 1. A Constituição Federal confere relevo ao Ministério Público como instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis (CF, art. 127). 2. Por isso mesmo detém o Ministério Público capacidade postulatória, não só para a abertura do inquérito civil, da ação penal pública e da ação civil pública para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente, mas também de outros interesses difusos e coletivos (CF, art. 129, I e II). 3. Interesses difusos são aqueles que abrangem número indeterminado de pessoas unidas pelas mesmas circunstâncias de fato e coletivos aqueles pertencentes a grupos, categorias ou classes de pessoas determináveis, ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base. 3.1. A indeterminidade é a característica fundamental dos interesses difusos e a determinidade a daqueles interesses que envolvem os coletivos. 4. Direitos ou interesses homogêneos são os que têm a mesma origem comum (art. 81, III, da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990), constituindo-se em subespécie de direitos coletivos. 4.1. Quer se afirme interesses coletivos ou particularmente interesses homogêneos, *stricto sensu*, ambos estão cingidos a uma mesma base jurídica, sendo coletivos, explicitamente dizendo, porque são relativos a grupos, categorias ou classes de pessoas, que conquanto digam respeito às pessoas isoladamente, não se classificam como direitos individuais para o fim de ser vedada a sua defesa em ação civil pública, porque sua concepção finalística destina-se à proteção desses grupos, categorias ou classe de pessoas. 5. As chamadas mensalidades escolares, quando abusivas ou ilegais, podem ser impugnadas por via de ação civil pública, a requerimento do Órgão do Ministério Público, pois ainda que sejam interesses homogêneos de origem comum, são subespécies de interesses coletivos, tutelados pelo Estado por esse meio processual como dispõe o artigo 129, inciso III, da Constituição Federal. 5.1. Cuidando-se de tema ligado à educação, amparada constitucionalmente como dever do Estado e obrigação de todos (CF, art. 205), está o Ministério Público investido da capacidade postulatória, patente a legitimidade *ad causam*, quando o bem que se busca resguardar se insere na órbita dos interesses coletivos, em segmento de extrema delicadeza e de conteúdo social tal que, acima de tudo, recomenda-se o abrigo estatal. Recurso extraordinário conhecido e provido para, afastada a alegada ilegitimidade do Ministério Público, com vistas à defesa dos interesses de uma coletividade, determinar a remessa dos autos ao Tribunal de origem, para prosseguir no julgamento da ação." (RE N. 163.231-SP, RELATOR: MIN. MAURÍCIO CORRÊA - Informativo nº 234 do S.T.F, disponível na Internet no seguinte endereço: <http://www.stf.gov.br>).

Neste precedente, verdadeiro “*leading case*” da matéria no S.T.F., foi analisada a questão da legitimidade do Ministério Público para promover ação coletiva a fim de evitar aumento abusivo nas mensalidades escolares.

O Senhor Ministro Relator aduziu seu entendimento em longo e profícuo voto, que acabou por prevalecer na Corte, fazendo surgir destarte a primeira decisão do Pretório Excelso a examinar específica e detalhadamente a questão a legitimidade do *Parquet* para a tutela dos interesses individuais homogêneos⁶.

O julgamento é de todo importante, pois faz prevalecer a defesa do interesse de uma coletividade (todos os alunos matriculados em escolas privadas) sobre o interesse de algumas pessoas (os donos de tais estabelecimentos).

Isto ganha maior importância na medida em que é um direito de fundo constitucional (direito à educação), que não se restringe à discussão de valores de mensalidades.

De se observar que o senhor Ministro Relator chega ao âmago da controvérsia ao identificar aquele direito como tendo origem comum e relevância social, afastando assim a frágil, embora persistente, argu-

⁶ Em razão da importância histórica de tal precedente, permitimo-nos a parcial, embora longa, transcrição de trecho do voto condutor: "(...) 25. Se o universo dos alunos e de seus pais é indeterminado, mas determinável, porque basta a coleta dos dados perante a instituição recorrida para se levantar a nominata respectiva, nem por isso se retira o caráter de interesses coletivos, que pelo referido Código são definidos como transindividuais de natureza indivisível, de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica-base. E é exatamente o que ocorre nestes autos, em que há um objeto comum que os une, consubstanciado no aumento que a todos atingiu; há um grupo, objeto dos mesmos interesses e interligados pela mesma causa e uma parte contrária (...). 27. Evidencia-se, quantum satis, que os interesses defendidos neste recurso são nitidamente homogêneos porquanto nascidos de uma mesma origem, ou seja, mensalidades escolares cobradas abusivamente, com um mesmo índice de aumento, aplicado a todos os usuários da escola; por conseguinte homogêneos, porque na verdade todos da mesma natureza; e como homogêneos são uma subespécie de interesses coletivos, como antes abordei, legítima é a capacidade postulatória do recorrente. 28. Ao mencionar a norma do artigo 129, III, da Constituição Federal, que o MP está credenciado para propor a ação civil pública, relacionada a "outros interesses difusos e coletivos", outorgou-se-lhe a prerrogativa para agir na defesa de um grupo lesado com a ilegalidade praticada. Não se trata de intromissão da iniciativa ministerial na área específica reservada à atuação de advogados, senão a de defender, em nome coletivo, pessoas vítimas de arbitrariedade praticada com aumento abusivo de mensalidades escolares. Dentre os atingidos, muitos dos pais não teriam condições de arcar com despesas judiciais e honorários, como é o caso daqueles que procuraram o MP indignados e revoltados com o aumento perpetrado; e por mal terem condições de pagar os estudos de seus filhos, não possuíam condições de suportar despesas extras. Ademais, estava o *Parquet* mais do que impellido a promover a ação, pelo dever de ofício, quanto mais quando se trata de interesses que se elevam à categoria de bens ligados à educação, amparados como se sabe, constitucionalmente, como dever do Estado e obrigação de todos (CF, art.205). (...) 31. Tem-se que não é o Ministério Público que invade a área de atuação da reserva da clientela dos advogados, senão a própria natureza do bem protegido que o exige, e que se alça ao patamar daqueles impugnáveis por via de ação direta, por certos entes, e com muito mais razão pelo Ministério Público, neste caso concreto investido da capacidade postulatória para a ação civil pública, quando o bem que visa a resguardar se insere na órbita dos interesses coletivos, em segmento de extrema delicadeza e de conteúdo social tal que, acima de tudo, recomenda o abrigo estatal(...)". (Fonte: **Informativo** n° 80 do Supremo Tribunal Federal).

mentação no sentido de que haveria uma usurpação pelo *Parquet* das funções de advogado.

Para efeito de registro, anote-se que ainda sobre a questão das mensalidades escolares, o Egrégio Superior Tribunal de Justiça já havia se manifestado em época pretérita⁷, inclusive com relação ao CREDEC – crédito educativo⁸.

No mesmo sentido, são encontrados ainda os seguintes precedentes⁹⁻¹⁰:

Curioso observar, a propósito, que foi negada legitimidade ao *Parquet* em ação civil pública ajuizada acerca de reajuste de vale-transporte por entender o Tribunal que a hipótese não guardava similitude com a questão das mensalidades escolares¹¹.

⁷ A decisão foi assim ementada: "Ação civil pública. Aumento nas mensalidades escolares. Legitimidade ativa ad causam do Ministério Público. 1. As Turmas que compõem a 2ª Seção deste Tribunal são competentes para decidir questões relativas a reajustes de mensalidades escolares por estabelecimentos de ensino particulares. Precedentes da Corte Especial. 2. O Ministério Público tem legitimidade ativa para propor ação civil pública para impedir aumentos abusivos nas mensalidades escolares, havendo, nessa hipótese, interesse coletivo definido no art. 81, inciso II, do Código de Defesa do Consumidor. 3. A atuação do Ministério Público justifica-se, ainda, por se tratar de direito à educação, fundamental à comunidade e definido pela própria Constituição Federal como direito social. 4. Recurso especial conhecido e provido". Tal entendimento na verdade representou a confirmação de voto anterior proferido no Recurso Especial nº 58.682-8-MG, no qual o Ministro Carlos Alberto Menezes Direito deixara consignado que: "Na realidade, a interpretação que se está acolhendo para prover o especial e afastar a ilegitimidade do Ministério Público leva na devida consideração o interesse social que cabe ao Ministério Público defender a partir da matriz constitucional (artigos 127 e 129 da Constituição Federal) e que se encontra delineado na legislação infraconstitucional própria". (Recurso Especial nº 108.577-PI - Registro nº 96.0059673-5, Relator o Senhor Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, disponível em www.stj.gov.br)

⁸ "Ministério Público. Legitimidade Ativa. Defesa do Consumidor. Programa de Crédito Educativo. Tratando-se da cobrança da mensalidade escolar de aluno contemplado pelo crédito educativo concedido pelo governo federal, é o Ministério Público parte legítima para propor a ação". (STJ, 2ª Turma, Resp nº 0033897/93 - MG, Relator o Senhor Ministro Hélio Mosimann).

⁹ Confira-se ainda REsp nº 34.155-MG, Quarta Turma, Relator Ministro Sálvio de Figueiredo, DJU de 11/11/96; REsp nº 68.141-3 - RO, Quarta Turma, Relator Ministro Barros Monteiro, DJU de 23/10/95; REsp nº 38.176 - MG, Quarta Turma, Relator Ministro Ruy Rosado de Aguiar, DJU de 18/09/95; REsp nº 39.757-MG, Quarta Turma, Relator Ministro Fontes de Alencar, DJ de 24/04/95; e EREsp nº 90.475-MG, Corte Especial, Rel. Min. Peçanha Martins, julgado em 17/11/1999, **Informativo do S.T.J.** nº 40.

¹⁰ "Ação Civil Pública. MP. Recusa de matrícula. A Vara da Infância e da Juventude é competente para processar e julgar ação civil pública, ajuizada pelo Ministério Público contra colégio, objetivando sustar a recusa de matrícula de aluno menor em virtude de seu pai haver se insurgido anteriormente contra aumento de mensalidade." (REsp 113.405-MG, Rel. Min. Cesar Asfor Rocha, julgado em 27/6/2000. 4ª Turma. **Informativo** nº 63).

¹¹ "AÇÃO CIVIL PÚBLICA. MINISTÉRIO PÚBLICO. VALE-TRANSPORTE. Por falta do pressuposto da divergência, não foram conhecidos os embargos referentes à legitimidade ou não do Ministério Público para a propositura da ação civil pública sobre reajuste tarifário de vale-transportes de trabalhadores. No caso sub examine não se vislumbrou a existência de interesse coletivo a justificar a atuação do Ministério Público, correlacionando as hipóteses dos acórdãos paradigmáticos que reconheceram a legitimidade do *Parquet* para atuar nas ações relativas ao reajuste de mensalidade escolar". (EREsp 91.604-SP, Rel. Min. Nilson Naves, julgado em 2/6/1999 - **Informativo STJ** nº 21).

Em todos esses julgados, é reconhecida a legitimação do Ministério Público a partir da origem comum do direito tutelado, o que acaba por se assemelhar à própria extensão social do mesmo.

O precedente do Pretório Excelso é ainda relevante porque trouxe pacificação à tormentosa questão de larga repercussão social, bem como selou, de certa forma, a discussão acerca da interpretação restritiva ou ampliativa do inciso III do artigo 129 da Constituição da República.

De se registrar ainda que a relevância da matéria é tamanha que foi alçada à condição de verbete de jurisprudência predominante¹².

Outra questão que trouxe discórdia jurisprudencial, e só foi resolvida pelo pleno do Pretório Excelso, diz respeito à legitimidade do Ministério Público para a propositura de ação civil pública (*rectius*: ação coletiva) na defesa de direitos individuais homogêneos em matéria tributária.

Após intensos debates, e sucessivos pedidos de vista¹³, o pleno da Corte entendeu pela ilegitimidade do Ministério Público, conforme se vê na notícia de julgamento levada à público no último informativo do ano de 1999¹⁴.

¹² Súmula nº 643 STF: "O Ministério Público tem legitimidade para promover ação civil pública cujo fundamento seja a ilegalidade de reajuste de mensalidades escolares".

¹³ Os Informativos do Supremo Tribunal Federal bem noticiam o ocorrido: A Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal deliberou afetar ao Plenário recurso extraordinário em que se discutia sobre a legitimidade ativa do Ministério Público para propor ação civil pública que verse sobre tributos. Iniciado o julgamento pelo Plenário, o Min. Carlos Velloso, relator, manteve o acórdão recorrido. Logo após, o julgamento foi adiado em virtude do pedido de vista do Min. Maurício Corrêa. (STF, Inf. STF 124/1, RE 195.056-PR, Rel. Min. Carlos Velloso, julgado em 23.9.98). Retornado o julgamento, o voto-vista do Min. Maurício Corrêa, acompanhou a conclusão do Min. Carlos Velloso, relator. Em seguida, o julgamento foi novamente adiado em virtude de pedido de vista do Min. Sepúlveda Pertence (STF, Inf. STF 130/1, RE 195.056-PR, Rel. Min. Carlos Velloso, julgado em 4.11.98).

¹⁴ "Concluído o julgamento do recurso extraordinário em que se discute a legitimidade ativa do Ministério Público para propor ação civil pública que verse sobre tributos (v. Informativos 124 e 130). Preliminarmente, o Tribunal, por maioria, afastou a prejudicialidade do recurso extraordinário interposto simultaneamente com o recurso especial contra acórdão do Tribunal de Alçada do Estado do Paraná, uma vez que o STJ, ao não conhecer deste último, apenas confirmou o entendimento do acórdão recorrido, não se tratando, portanto, de questão surgida originariamente quando do julgamento do recurso especial, caso em que seria necessária a interposição de novo recurso extraordinário. Vencido o Min. Marco Aurélio, que julgava prejudicado o recurso extraordinário por entender que o acórdão impugnado fora substituído pelo acórdão proferido pelo STJ, de acordo com o art. 512 do CPC ("o julgamento proferido pelo tribunal substituirá a sentença ou a decisão recorrida no que tiver sido objeto do recurso"). No mérito, o Tribunal, por diversos fundamentos, manteve o acórdão recorrido que nega legitimidade ao Ministério Público para a propositura de ação civil pública visando à revisão de lançamentos do IPTU do Município de Umuarama. Vencido o Min. Marco Aurélio, que conhecia e dava provimento ao recurso extraordinário do Ministério Público". (RE 195.056-PR, Plenário, Rel. Min. Carlos Velloso, julgado em 9.12.99, publicado no Informativo nº 174 do Supremo Tribunal Federal).

Na mesma sessão foi julgado caso semelhante, que mereceu o mesmo desfecho¹⁵.

Também no Superior Tribunal de Justiça, a questão foi resolvida, dando-se pela ilegitimidade do *Parquet*¹⁶.

Isto era de certo modo esperado, na medida em que o Tribunal já havia negado legitimidade ao IDEC – Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor – para a defesa de interesses individuais homogêneos relativos à indenização de particulares em razão da cobrança do empréstimo compulsório previsto no Decreto-Lei nº 2.288/86, pelo fundamento de não serem equiparáveis as figuras do consumidor e do contribuinte¹⁷.

¹⁵ "Com base no entendimento acima mencionado, ou seja, de que o Ministério Público não tem legitimidade ativa para propor ação civil pública que verse sobre tributos, o Tribunal, por maioria, manteve acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais que julgara extinta, sem julgamento do mérito, ação civil pública movida pelo Ministério Público contra a taxa de iluminação pública do Município de Rio Novo (Lei 23/73). Vencido o Min. Marco Aurélio, que conhecia e dava provimento ao recurso extraordinário do Ministério Público estadual". (RE 213.631-MG, Plenário, Rel. Min. Ilmar Galvão, julgado em 9.12.99, publicado no **Informativo** nº 174 do Supremo Tribunal Federal).

¹⁶ "AÇÃO CIVIL PÚBLICA. LEGITIMIDADE. MP. IPTU MAJORADO POR DECRETO. Trata-se de ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público objetivando o ressarcimento de prejuízos patrimoniais, infligidos a contribuintes do IPTU que foi majorado por decreto municipal. A Turma entendeu que os contribuintes não são consumidores, e, na hipótese, não há interesses difusos ou coletivos. Por conseguinte, não tem o Ministério Público legitimidade para manifestar ação civil pública com o objetivo de ver sustada a cobrança de tributos, nos termos da jurisprudência já firmada. REsp 86.381-RS, Segunda Turma, Rel. Min. Peçanha Martins, julgado em 14/9/1999". (Fonte: Informativo nº 32 do Superior Tribunal de Justiça, disponível na Internet no seguinte endereço: <http://www.stj.gov.br>). Solução semelhante foi adotada em ação coletiva onde o Ministério Público postulava a proibição da cobrança, a maior, de ICMS sobre fornecimento de energia elétrica (STJ, DJU 1º.7.99, p. 128, REsp 185792-SP, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros).

¹⁷ "Processual Civil. Ação civil pública. Empréstimo compulsório (Decreto-lei nº 2.288/86). Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor. Interesses individuais homogêneos. Impropriedade da tutela, na espécie. Contribuinte e consumidor. Diferença. Falta de legitimidade ativa do autor. I - O Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor (IDEC) não tem legitimidade ativa para ingressar com ação civil pública de responsabilidade civil, por danos provocados a interesses individuais homogêneos, contra a União Federal, objetivando obrigar a esta indenizar todos os contribuintes do empréstimo compulsório sobre combustíveis, instituído pelo Decreto-lei nº 2.288/86. II - Os interesses e direitos individuais homogêneos somente hão de ser tutelados pela via da ação coletiva, na hipótese em que os seus titulares sofrerem danos como consumidores. III - O contribuinte do empréstimo compulsório sobre o consumo de álcool e gasolina não é consumidor, no sentido da lei, desde que, nem adquire, nem utiliza produto ou serviço, como destinatário (ou consumidor) final e não intervém em qualquer relação de consumo. Contribuinte é o que arca com o ônus do pagamento do tributo e que, em face do nosso direito, dispõe de uma gama de ações para a defesa de seus direitos, quando se lhe exige imposto ilegal ou inconstitucional. IV - Quando a Lei nº 7.347/85 faz remissão ao Código de Defesa do Consumidor, pretende explicitar que os interesses individuais homogêneos só se inserem na defesa de proteção da ação civil, quanto aos prejuízos decorrentes da relação de consumo entre aqueles e os respectivos consumidores. Vale dizer: não é qualquer interesse ou direito individual que repousa sob a égide da ação coletiva, mas só aquele que tenha vinculação direta com o consumidor, porque é a proteção deste o objetivo maior da legislação pertinente. V - Recurso provido, sem discrepância". (RE nº 97.455-SP [Registro nº 96.0035101-5], Relator o Senhor Ministro Demócrito Reinaldo. Contudo, atente-se para o fato de que já se reconheceu legitimidade a partido político para ajuizar ação civil pública objetivando a defesa de municípios de pretensa cobrança abusiva de IPTU. (Apelação cível nº 9932/98, 3ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, Rel.: Des. Humberto Perri, julgado em 17/11/98).

A despeito disso, há antigo entendimento da Corte reconhecendo, ao Ministério Público, legitimidade para postular, através de ação coletiva, a exoneração do dever de pagar a chamada taxa de iluminação pública¹⁸.

Contudo, em julgamento noticiado no Informativo nº 174, o Pretório Excelso entendeu falecer legitimidade ao Ministério Público para tal postulação, retificando, assim, o anterior pronunciamento¹⁹⁻²⁰.

Nessa mesma linha de raciocínio, a Corte entendeu que o *Parquet* não tem legitimidade para tutelar, através de ação civil pública, a cobrança abusiva de taxa de conservação de estradas em âmbito municipal²¹.

¹⁸ "Processual civil. Ação civil pública para defesa de interesses e direitos individuais homogêneos. Taxa de iluminação pública. Possibilidade. A Lei nº 7.345, de 1985, e de natureza essencialmente processual, limitando-se a disciplinar o procedimento da ação coletiva e não se entremostra incompatível com qualquer norma inserida no título III do Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078/90). É princípio de hermenêutica que, quando uma lei faz remissão a dispositivos de outra lei de mesma hierarquia, estes se incluem na compreensão daquela, passando a constituir parte integrante do seu contexto. O artigo 21 da Lei n. 7.345, de 1985 (inserido pelo artigo 117 da lei n. 8.078/90) estendeu, de forma expressa, o alcance da ação civil pública a defesa dos interesses e "direitos individuais homogêneos", legitimando o Ministério Público, extraordinariamente e como substituto processual, para exercita-la (artigo 81, parágrafo único, III, da lei 8.078/90). Os interesses individuais, "in casu", (suspensão do indevido pagamento de taxa de iluminação pública), embora pertinentes a pessoas naturais, se visualizados em seu conjunto, em forma coletiva e impessoal, transcendem a esfera de interesses puramente individuais e passam a constituir interesses da coletividade como um todo, impondo-se a proteção por via de um instrumento processual único e de eficácia imediata - "a ação coletiva". O incabimento da ação direta de declaração de inconstitucionalidade, eis que, as leis municipais nos. 25/77 e 272/85 são anteriores a constituição do estado, justifica, também, o uso da ação civil pública, para evitar as inumeráveis demandas judiciais (economia processual) e evitar decisões incongruentes sobre idênticas questões jurídicas. Recurso conhecido e provido para afastar a inadequação, no caso, da ação civil pública e determinar a baixa dos autos ao tribunal de origem para o julgamento do mérito da causa. Decisão unânime". (Resp nº 0049272/94 - RS, STJ, 1ª Turma, Relator o Senhor Ministro Demócrito Reinaldo).

¹⁹ Cf. RE nº 213.631-0, Relator o Senhor Ministro Ilmar Galvão. Nessa oportunidade, entendeu-se pelo não cabimento de ação coletiva ante o disposto nos artigos 102, inciso I, alínea "a" e 125, § 2º, ambos da Carta Magna, e, ainda, que, por se tratar de impugnação em matéria tributária, apenas os próprios interessados, de forma individual ou coletiva, detêm a legitimidade ativa para a propositura da competente ação judicial. O Acórdão foi publicado no Informativo nº 183 do S.T.F. "Ministério Público. Ação Civil Pública. Taxa de Iluminação Pública do Município de Rio Novo-MG. Exigibilidade impugnada por meio de Ação Civil Pública, sob alegação de inconstitucionalidade. Acórdão que concluiu pelo seu não-cabimento, sob invocação dos arts. 102, I, a e 125, § 2º, da Constituição. Ausência de legitimação do Ministério Público para ações da espécie, por não configurada, no caso, a hipótese de interesses difusos, como tais considerados os pertencentes concomitantemente a todos e a cada um dos membros da sociedade, como um bem não individualizável ou divisível, mas, ao revés, interesses de grupo ou classe de pessoas, sujeitos passivos de uma exigência tributária cuja impugnação, por isso, só pode ser promovida por eles próprios, de forma individual ou coletiva. Recurso não conhecido." RE N. 213.631-0. RELATOR: MIN. ILMAR GALVÃO. (Fonte: **Informativo** nº 184 do Supremo Tribunal Federal, disponível na Internet no seguinte endereço: <http://www.stf.gov.br>).

²⁰ Acompanhando o entendimento Pretoriano, o Superior Tribunal de Justiça, pouco tempo depois, também entendeu pela ilegitimidade do *Parquet* para a propositura de ação coletiva visando à sustação de cobrança de taxa de iluminação pública. Neste caso concreto, a argumentação utilizada foi a impossibilidade de equiparação entre consumidor e contribuinte, o que excluiria a legitimidade Ministerial para a hipótese. Cf. EResp nº 181.892-MG, Relator o Senhor Ministro Garcia Vieira, julgado em 10/04/2000. O precedente foi noticiado no **Informativo** nº 54 do S.T.J..

²¹ "MINISTÉRIO PÚBLICO. LEGITIMIDADE. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. TAXA. CONSERVAÇÃO DE ESTRADAS. A Turma, por maioria, negou provimento ao recurso do Ministério Público do Estado de São Paulo, pleiteando sua legitimidade na ação civil pública para obstar a cobrança pelo Município de taxa de conservação de estradas, visto não se caracterizar ofensa aos arts. 145, II, da CF; 77 e 79 do CTN". (Resp 178.408-SP, Rel. originário Min. Humberto Gomes de Barros, Rel. para acórdão Min. Milton Pereira, julgado em 17/8/1999 - **Informativo** nº 28 do S.T.J.).

Outro acórdão, concernente à inconstitucionalidade de Lei Estadual referente a ICMS, afirma ainda a ilegitimidade do Ministério Público na defesa dos interesses dos contribuintes, por se tratarem de categoria distinta da dos consumidores²².

Finalmente, em sede de contribuição de melhoria, o Tribunal também negou legitimidade ao Ministério Público para promover ação civil pública, ao fundamento de inexistir manifesto interesse social²³.

Como se vê, a questão da existência de direitos individuais homogêneos em matéria tributária tem sido objeto de inúmeras controvérsias jurisprudenciais, dando azo, inclusive, *data venia*, à prolação de decisões contraditórias.

Parece-nos que tem havido certa dificuldade em conceber-se a existência concomitante de um direito individual homogêneo e de uma relação de natureza tributária.

E essa dificuldade é agravada pelo fato de que o próprio legislador constitucional resolveu, de um lado, trazer para o corpo da Carta o Sistema Tributário Nacional, e de outro, eleger o Ministério Público como órgão garantidor dos interesses sociais, não discriminando ou excluindo qualquer deles.

Ao que parece, entende-se também que a relação tributária exclui a relação de consumo (veja-se a propósito os claros termos da decisão acima referida nos autos da ação coletiva ajuizada pelo IDEC).

Temos para nós, que nenhuma dessas premissas é correta.

Não há qualquer óbice legal ou mesmo lógico à existência de um direito individual homogêneo que ao mesmo tempo reflita uma relação de consumo e uma relação tributária, uma vez que o Código do Consumidor utiliza linguagem e terminologia extremamente abrangentes e de cunho claramente protetivo ao cidadão comum e à coletividade²⁴.

²² "MP. Legitimidade. ICMS. Consoante o art. 21 da Lei n.º 7.347/85, consumidor e contribuinte são categorias distintas, razão pela qual o Ministério Público não tem legitimidade para ação civil pública em defesa de direitos de contribuintes, alegando inconstitucionalidade do art. 33 da Lei Estadual n.º 6.374/89, referente a ICMS incidente sobre cálculo de energia elétrica consumida. Os contribuintes têm ao seu dispor ação autônoma para sua defesa, porquanto a ação civil pública não ampara prejuízos particulares para fins de restituição de valores pagos ao fisco." 2º Turma. AgRg no REsp 169.313-SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em 22/8/2000. (Informativo nº 67).

²³ REsp 124.201-SP, Rel. Min. Demócrito Reinaldo, publicado no DJU 15.12.97, p. 66.237.

²⁴ A propósito, é de se observar a redação dos artigos 3º, caput, 4º, inciso VII, 22 e 39, inciso X do Código de Defesa do Consumidor. A inteligência dos dispositivos, sobretudo quando cotejados com o tema em exame, é muito bem enfocada por Ulhoa Coelho, ao reconhecer que o conceito de fornecedor "abrange não só o empresário, mas também o Estado, quando ele atua como agente econômico, ou presta serviço público com remuneração direta". (COELHO, Fábio Ulhoa. **O Empresário e os Direitos do Consumidor: o Cálculo Empresarial na interpretação do Código de Defesa do Consumidor**, São Paulo: Saraiva, 1994, p. 46).

Ademais, este Código, combinado com a Lei da Ação Civil Pública e as Leis Ordinárias do Ministério Público, conferem claramente ao *Parquet* a legitimidade para a tutela desses direitos²⁵.

Somos forçados a reconhecer, pois, que neste caso não se pode reclamar da ausência de norma regulamentadora, mas sim da interpretação restritiva e conservadora que vem sendo aplicada a esses diplomas legais, impedindo-se, destarte, a efetivação da plenitude dos interesses da coletividade.

Põe-se em exame aqui também a indagação acerca do caráter disponível do direito em jogo, por se tratar de matéria tributária.

Parece-nos, contudo, que tal disponibilidade só existe se for concebida individualmente, o que não se coaduna com a ação coletiva, onde é sempre priorizado o impacto social do fato jurídico que dá azo ao ajuizamento da ação coletiva.

Nesse passo, um direito individual que até pode ser disponível, se considerado nos estritos limites daquela pessoa, passa a ostentar o caráter de indisponibilidade, dado seu alcance social²⁶.

²⁵ A respeito do tema, são de recomendável leitura: COELHO, Sérgio Neves. "Da Legitimidade do Ministério Público para Propositura de Ação Civil Pública na Defesa de Interesses de Contribuintes"; e LEMOS, Rubin. Ação Civil Pública - "Legitimidade do Ministério Público na Defesa do Contribuinte". (Teses apresentadas e aprovadas no 13º Congresso Nacional do Ministério Público, realizado em Curitiba, em outubro de 1999, disponíveis na Internet no já mencionado site: <http://www.conamp.org.br>, consultado em 15 de março de 2000). Veja-se também o excelente trabalho vencedor do 1º Prêmio Jurídico FEMPERJ, que se dedica, em parte, ao assunto. (GOUVÊA, Marcos Maselli. "Legitimidade do Ministério Público para a Defesa de Direitos Individuais Homogêneos", disponível em nossa home page - <http://www.humbertodalla.pro.br>).

²⁶ E aqui a questão se torna mais delicada porque existe uma contraposição entre interesse público primário (inerente à coletividade) e secundário (inerente ao Estado e que reflexamente diz respeito à coletividade). Embora, em regra, o Estado deva tutelá-los conjuntamente, há casos, como o ora em exame, em que esses interesses entram em choque. Isto se dá quando o próprio Estado pratica atos em detrimento dos cidadãos, que são obrigados então a se dirigir ao Poder Judiciário e deduzir sua pretensão, lançando mão, frequentemente, dos remédios constitucionais para proteger seus interesses. Nesse sentido, as decisões dos Tribunais Superiores representam, sem dúvida, um enorme e lamentável retrocesso no caminho da democratização da Justiça, até mesmo porque o reconhecimento da legitimidade do *Parquet* seria uma alternativa para aqueles que não tem condições financeiras de pagar os geralmente caríssimos escritórios tributários, e se encontram, igualmente desamparados, pela não efetivação de uma Defensoria Pública aparelhada com as mínimas condições de trabalho. A propósito, apenas a título de ilustração, e guardadas as devidas proporções e peculiaridades de cada caso, registre-se a questão da legitimação secundária reconhecida ao *Parquet* para a hipótese de ação civil *ex delicto*, quando não houver na localidade Defensoria Pública ou Advocacia Dativa organizada. Por que não se adotar solução análoga para a questão da legitimação para ação coletiva em matéria tributária?

E mesmo que haja dúvida acerca da configuração de tal indisponibilidade, dada a carência de elementos em nosso ordenamento para tal caracterização, deve ser sempre utilizada a interpretação mais benéfica do ponto de vista de acesso à justiça para a coletividade, sob pena de se criar uma área de sombra nessa garantia constitucional.

Ademais, em nosso Estado, é preciso atentar-se para o disposto no artigo 170, inciso III da Carta Estadual, que expressamente garante ao *Parquet* o múnus de “*promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente, do consumidor, do contribuinte, dos grupos socialmente discriminados e de qualquer outro interesse difuso ou coletivo*”.

Em razão de tudo o que foi exposto acima, não podemos comungar desse entendimento, apesar de todo o brilhantismo dos que o defendem.

Contudo, reconhecemos que a controvérsia hoje está espancada. Isso porque, além dos precedentes citados, o Governo Federal editou a Medida Provisória nº 1.984-18, de 1º de junho de 2000, que, por intermédio de seu artigo 6º, fez inserir parágrafo único no artigo 1º da Lei nº 7.347/85, com o seguinte teor: “*parágrafo único: Não será cabível ação civil pública para veicular pretensões que envolvam tributos, contribuições previdenciárias, o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço – FGTS ou outros fundos de natureza institucional cujos beneficiários podem ser individualmente determinados*” (NR).

Assim sendo, lamentamos profundamente as decisões proferidas pelos Egrégios Tribunais Superiores acerca de direitos individuais homogêneos em matéria tributária, por entendermos que se situam no caminho oposto da evolução social, cultural e jurídica brasileira, e mais ainda a posição dotada pelo Executivo Federal²⁷.

Perfazendo assim uma análise da jurisprudência das Cortes Superiores, concluímos que os dois assuntos relacionados a direitos individuais homogêneos que têm levantado maior controvérsia dizem respeito a mensalidades escolares e à matéria tributária.

Entretanto, há ainda outras decisões, em temas esparsos, a seguir comentadas.

²⁷ Confira-se, a propósito, o excelente texto de Scarpinella Bueno. BUENO, Cássio Scarpinella. "Réquiem para a Ação Civil Pública", in **Temas de Direito Processual Civil** (Coord. César Augusto de C. Fiúza), Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 49/72.

Assim sendo, admitiu-se a legitimidade do *Parquet* para, através de ação coletiva, obter a declaração de nulidade de cláusula de instrumento de compra e venda de imóveis e a indenização dos consumidores já atingidos pela cláusula, bem como obrigar as empresas a não mais inserir tal cláusula em contratos futuros²⁸⁻²⁹.

Reconheceu-se igualmente tal legitimidade para ajuizar ação coletiva em prol de trabalhadores das minas, submetidos a condições insalubres, o que acarretava danos à sua saúde³⁰.

Bem como no caso de lesões por esforço repetitivo (L.E.R.), em que ao Ministério Público coube a propositura de ação civil pública objetivando afastar danos físicos a empregados de empresa na qual muitos dos trabalhadores já apresentavam tais lesões³¹.

²⁸ STJ, 4ª Turma, Resp nº 0105215/96 - DF, Relator o Senhor Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira. No mesmo sentido, EREsp nº 141.491-SC, Rel. Min. Waldemar Zveiter, julgado em 17/11/1999, publicado no Informativo nº 40 do S.T.J., e REsp nº 146.493-MG, Relator Ministro Nilson Naves, julgado em 3/2/2000, publicado no Informativo nº 45 da Corte. Este acórdão encontra-se ementado no seguinte sentido: "Legitimidade. Ministério Público. Reajuste. Contratos. Imóveis. Trata-se de ação civil pública proposta pelo Ministério Público contra cláusula de reajuste de correção monetária com periodicidade inferior a doze meses em contratos celebrados por construtora na compra e venda de apartamentos. A Turma reconheceu a legitimidade do Ministério Público para propor a ação, nos termos firmados em precedente da Corte especial no EREsp 141.491-SC, julgado em 17/11/1999. Precedente citado: REsp 105.215-DF, DJ 18/8/1997."

²⁹ "Legitimidade. MP. Interesses Individuais Homogêneos. Casa Própria. O Ministério Público tem legitimidade para propor ação civil pública contra construtores, postulando a declaração de nulidade e a modificação de diversas cláusulas constantes no contrato de adesão de compra e venda de fração ideal dos imóveis. Note-se que o inquérito civil apurou o não cumprimento pelos construtores dos contratos avençados, pois deixavam de entregar os imóveis aos consumidores e, quando o faziam, não atendiam às cláusulas pactuadas. Também se apurou que os construtores não possuem autorização legal para captação de poupança popular na forma da Lei n. 5.768/71 e do Dec. n. 70.951/72: eles agiam no mercado de forma dissimulada, numa espécie de consórcio, com recebimento adiantado das parcelas, para entrega posterior do imóvel. Precedentes citados: REsp 146.493-MG, DJ 6/11/2000, e REsp 141.491-SC, DJ 4/4/1998". AgRg no REsp 280.505-MG, Rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em 12/11/2001. (**Informativo nº 116**).

³⁰ STJ, 3ª Turma, Resp nº 0058682/95 - MG, Relator o Senhor Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, disponível na Internet no "site" do Superior Tribunal de Justiça.

³¹ "Ação Civil Pública. L.E.R.. Legitimidade. Ministério Público. ... Em tal caso, o interesse a ser defendido não é de natureza individual, mas de todos os trabalhadores da ré, evitando-se a continuidade do processo de sua degeneração física. O Ministério Público estadual tem legitimidade para propor a ação porquanto se refere à defesa de interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos, em que se configura interesse social relevante, relacionados com o meio ambiente do trabalho. A Turma, por unanimidade, não conheceu do recurso." REsp 207.336-SP, Relator Ministro Antônio de Pádua Ribeiro, julgado em 5/12/2000. (**Informativo nº 81**).

Ainda nessa seara, aferiu-se a legitimidade *ad causam* do Ministério Público do Trabalho para propositura de ação civil pública em que se discute o direito de trabalhadores subaquáticos à jornada semanal de seis horas diárias, realçando a Turma a natureza coletiva dos interesses em causa³².

Também foi adotada solução semelhante nas hipóteses em que empresas de engenharia, através de contratos de adesão para aquisição de imóveis e incorporação, estipulava cláusulas de correção monetária em desacordo com a legislação vigente³³.

Verificou-se ainda a legitimidade para o *Parquet* ajuizar ação civil pública em caso de nulidade de cláusulas abusivas constantes de contratos de abertura de crédito, firmados entre bancos e seus correntistas³⁴. E também foi conferida, ao Ministério Público Federal³⁵, legitimidade para, em se tratando de cobranças ilegais de taxas de administração

³² "Ação Civil Pública e Legitimidade do MPT Julgando recurso extraordinário interposto contra acórdão do TST que rejeitara embargos infringentes opostos pelo Ministério Público do Trabalho - objetivando o reconhecimento de sua legitimidade ativa para propositura de ação civil pública em que se discute o direito de trabalhadores subaquáticos à jornada semanal de 6 horas diárias, por realizarem o trabalho em turnos ininterruptos de revezamento -, a Turma, afirmando a natureza coletiva dos interesses em causa, acolheu a alegação de ofensa ao art. 129, III, da CF, para dar provimento ao recurso extraordinário e declarar a legitimidade *ad causam* do Ministério Público do Trabalho (CF, art. 129: "São funções institucionais do Ministério Público: ... III - promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos;). Precedente citado: RE 163.231-SP (DJU de 29.6.2001). RE 213.015-DF, rel. Min. Néri da Silveira, 8.4.2002. (RE-213015). (**Informativo** nº 263).

³³ REsp 168.859-RJ, Rel. Min. Ruy Rosado, julgado em 6/5/1999.

³⁴ "Legitimidade. MP. Ação Civil. Cláusula Abusiva. O MP estadual tem legitimidade para ajuizar ação civil pública buscando a decretação de nulidade de cláusulas tidas como abusivas em contratos de abertura de crédito firmados pelos bancos, ora recorrentes, com seus correntistas. Precedentes citados: REsp 168.859-RJ, DJ 23/8/1999, REsp 177.965-PR, DJ 29/11/1999, e REsp 105.2215-DF, DJ 18/8/1997." REsp 292.636-RJ, Relator Ministro Barros Monteiro, julgado em 11/6/2002. (**Informativo** STJ nº 138).

³⁵ Deve-se estar atento à competência da Justiça Estadual, e conseqüente atribuição do *Parquet* Estadual nos casos em que as partes envolvidas sejam pessoas de direito privado, como se pode ver pela ementa do REsp 200.200-SP, cujo Min. Rel. foi Milton Luiz Pereira, julgado em 20/8/2002, de onde extrai-se que: "Ministério Público Estadual. Legitimidade. Ação Civil. Competência. Justiça Estadual. É manifesta a incompetência da Justiça Federal em razão de a relação processual só conter pessoas de direito privado, mesmo se ponderando a presença de sociedade de economia mista federal. Dessa forma, correta a legitimidade do Ministério Público estadual para promover a ação civil pública com a finalidade de reparar o dano patrimonial causado àquela sociedade." (**Informativo** STJ nº 143).

aos inquilinos pelas imobiliárias, defender coletivamente interesses individuais homogêneos, por se tratar, no caso *sub judice*, de um interesse social³⁶⁻³⁷.

Admitiu-se ainda que o Ministério Público pode postular, através de ação coletiva *"a proteção do direito ao salário-mínimo dos servidores municipais, tendo em vista sua relevância social, o número de pessoas que envolvem a economia processual"*³⁸.

Também promover ação civil pública em defesa dos consumidores de serviços de telefonia, objetivando instalação de equipamento a fim de especificar, na fatura, dados concernentes às chamadas telefônicas interurbanas, tais como a duração e o destino das chamadas³⁹.

E ainda propor ação coletiva *"em defesa de interesses individuais homogêneos quando existente interesse social compatível com a finalidade da instituição. Reajuste de prestações de Plano de Saúde (UNIMED)"*⁴⁰.

Tal decisão serviu ainda como precedente para outro julgado, em que se reconheceu a legitimidade do Ministério Público em caso de majoração ilegal dos prêmios de seguro-saúde⁴¹.

³⁶ "MP. Legitimidade. Imóveis. Administração. Cobrança de Taxas. Prosseguindo o julgamento, a Corte Especial, por maioria, entendeu que, na questão da ilegalidade da cobrança pelas imobiliárias de taxa de administração dos inquilinos, pretendendo efetuar locação de imóveis residenciais, o Ministério Público Federal tem legitimidade para a interposição dos presentes embargos, como também cabe à instituição defender coletivamente interesses individuais homogêneos, pois incide na hipótese a proteção de um interesse social (art. 129, III, da CF/88)". REsp 114.908-SP, Rel. Min. Eliana Calmon, julgados em 7/11/2001. (**Informativo** n° 115). No mesmo sentido, REsp 200.827-SP, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, **Informativo** n° 144.

³⁷ AÇÃO CIVIL PÚBLICA. LEGITIMIDADE. MP. TAXA IMOBILIÁRIA. O MP tem legitimidade para propor ação civil pública objetivando defender interesses de inquilinos que, em contrato de adesão formulado pelos locadores, estariam pagando indevidamente taxa imobiliária. Precedente citado: REsp 114.908-SP, DJ 20/5/2002. REsp 298.432-SP, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, julgado em 3/12/2002. (**Informativo** n° 157).

³⁸ REsp 95347-SE, Rel. Min. Edson Vidigal, **DJU** 1º.2.99, p. 221.

³⁹ "MP. Legitimidade. Serviços de Telefonia. O MP tem legitimidade para propor ação civil pública em defesa dos consumidores dos serviços de telefonia (...). Precedentes citados: REsp 141.491-SC, DJ 1º/8/2000, e REsp 105.215/DF, DJ 18/8/1997." Segunda Turma. REsp 162.026-MG, Relator Ministro Peçanha Martins, julgado em 20/6/2002. (**Informativo** STJ n° 139).

⁴⁰ REsp 177.965-PR, Rel. Min. Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar , **DJU** 23.8.99, p. 130.

⁴¹ "Legitimidade. MP. Majoração. Seguro-Saúde. O Ministério Público tem legitimidade para propor ação civil pública em favor dos consumidores de serviço de saúde prejudicados pela majoração ilegal dos prêmios de seguro-saúde. Precedentes citados: REsp 177.965-PR, DJ 28/3/1999, e Resp 178.430-MA, DJ 13/10/1998." REsp 286.732-RJ, Rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em 9/10/2001. (**Informativo** n° 112).

Em se tratando do direito constitucional à educação, qualificado pelo Ministro Relator Carlos Velloso como um interesse social indisponível, foi reconhecido que incumbe ao Ministério Público a promoção de sua defesa quando haja descumprimento, por parte do Município, das normas de distribuição de receitas orçamentárias vinculadas⁴².

Entretanto, causa espécie hipótese em que essa linha evolutiva jurisprudencial, que parecia já estabilizada, foi interrompida por acórdão que entendeu não existir direito individual homogêneo a ser tutelado pelo M.P. em hipótese de indenização por contaminação pelo vírus HIV em transfusões sanguíneas⁴³.

Mais uma vez invocando a devida *venia*, a decisão além de um pouco confusa parece estar em desacordo com a proteção dos direitos fundamentais previstos na Carta de 1988, sobretudo quando se trata do direito à vida!

Finalmente, outros casos têm chegado ao exame do Superior Tribunal de Justiça e merecido acolhida.

É o caso da proteção dos consumidores contra propaganda enganosa de certos sorteios televisivos⁴⁴.

⁴² Trata-se do RE 190.938-MG, de 11.6.2002, cujo Ministro Relator é Carlos Velloso, que proferiu voto no sentido de dar provimento ao recurso, por se tratar o objeto da ação de interesse social indisponível, cabendo, pois, ao Ministério Público, promover a sua defesa. Segundo o Informativo nº 272, após iniciado o julgamento do Recurso Extraordinário em questão, interposto contra o acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais (que decretara a extinção de ação civil pública proposta pelo Ministério Público com o objetivo de condenar município a incluir em sua lei orçamentária o percentual correspondente à diferença entre os valores constitucionalmente definidos - 25% - e os valores aplicados pelo município em exercícios pretéritos) visando à manutenção e ao desenvolvimento da educação, consoante artigo 212 de nossa Constituição Federal, foi efetuado pedido de vista pelo Ministro Nelson Jobim. Havia sido afastada, pelo Mln. Rel. Carlos Velloso a intervenção estadual no município (art. 35, III, CRFB), com fundamento de se tratar de ato político que deve ser evitado.

⁴³ "Processo civil. Ação civil pública. Falta de indicação expressa do dispositivo legal apontado como violado. Indenização por contaminação pelo vírus HIV em transfusões sanguíneas. Relação jurídica estabelecida entre a união e o cidadão. Não aplicabilidade, ao caso, da Lei nº 7.347/85, posto que a referida ação presta-se à proteção dos interesses e direitos individuais homogêneos, quando os seus titulares sofrerem danos na condição de consumidores. Ilegitimidade ativa do Ministério Público reconhecida. Precedentes desta corte superior. (...) 2. Nos exatos termos da Lei nº 7.347/85, a Ação Civil Pública é o instrumento processual adequado para reprimir ou impedir danos ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, protegendo, dessa forma, os interesses difusos da sociedade. 3. A jurisprudência desta colenda Corte de Justiça vem se firmando no sentido de não ser cabível o uso da Ação Civil Pública para fins de amparar direitos individuais, nem se prestar à reparação de prejuízos causados por particulares pela conduta comissiva ou omissiva da parte ré, não revestindo o caso em apreço no conceito constante da Lei nº 7.347/85. 4. A Ação Civil Pública não se presta como meio adequado a indenizar cidadãos que tenham sido contaminados pelo vírus HIV em transfusões sanguíneas realizadas em quaisquer estabelecimentos do país. 5. Os interesses e direitos individuais homogêneos, de que trata o art. 21, da Lei nº 7.347/85, somente poderão ser tutelados, pela via da ação coletiva, quando os seus titulares sofrerem danos na condição de consumidores. 6. Ilegitimidade ativa do Ministério Público reconhecida" (REsp 220256-SP, Rel. Min. José Delgado, DJU 18.10.99, pág. 215).

⁴⁴ LEGITIMIDADE. MP. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. SORTEIOS TELEVISIVOS. O Ministério Público tem legitimidade para propor ação civil pública objetivando proteger os consumidores de eventual propaganda enganosa, alegando o não-cumprimento das exigências legais ou a própria falta de amparo legal para sorteios televisivos por meio da linha telefônica 0900. REsp 332.331-SP, Rel. Min. Castro Filho, julgado em 26/11/2002. (Informativo nº 156).

Contudo, em sede de revisão de benefícios previdenciários, a Corte volta a assumir postura restritiva⁴⁵⁻⁴⁶⁻⁴⁷, o que vem ao encontro da já referida modificação inserida no parágrafo único do artigo primeiro da Lei Federal nº 7.347/85, pela MP 2180-35, de 24 de agosto de 2001, a saber: “*não será cabível ação civil pública para veicular pretensões que envolvam tributos, contribuições previdenciárias, (...)*”

Mais uma vez a Corte mostra-se desafinada, data vênia, com a moderna tendência do direito processual, uma vez que não é razoável exigir-se a propositura de dezenas, centenas, milhares de ações individuais, quando por uma única ação coletiva, sujeita a todas as formas de controle existentes, poderia solucionar a questão, evitando uma desnecessária e absurda sobrecarga do Poder Judiciário.

Como visto, a jurisprudência está ainda vacilante acerca da delimitação da legitimação do Ministério Público para a defesa do direito individual homogêneo, nas suas mais diversas acepções.

⁴⁵ MP. LEGITIMIDADE. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. REVISÃO. BENEFÍCIOS PREVIDENCIÁRIOS. Prosseguindo o julgamento, a Turma, por maioria, entendeu que o Ministério Público não tem legitimidade ativa para promover ação civil pública para defesa de direitos individuais disponíveis referentes à revisão de benefícios previdenciários de que trata o art. 2º, parágrafo único, da Lei n. 8.078/1990. Precedentes citados: REsp 370.957-SC, DJ 15/4/2002 e REsp 248.281-SP, DJ 29/5/2002. REsp 419.187-PR, Rel. originário Min. Laurita Vaz, Rel. para acórdão Min. Gilson Dipp, julgado em 15/4/2003 (**Informativo** nº 170).

⁴⁶ "Ação Civil Pública. Aposentadoria Especial. Ilegitimidade. MP. Trata-se de ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público Federal objetivando obrigar o INSS a aceitar pedidos de aposentadoria especial, sem a exigência do requisito do limite de idade. Ocorre que os beneficiários da Previdência Social de tais aposentadorias não estão enquadrados na definição de consumidores, ex vi art. 2º, parágrafo único, da Lei n. 8.090/90 (CDC). Sendo assim, o direito pleiteado nesta ação, embora invocado por um grupo de pessoas, não atinge a coletividade como um todo, nem contém aspecto de interesse social o que se torna inaplicável o art. 21 da Lei n. 7.347/85. Trata-se de direito individual disponível que os titulares podem dele dispor, logo o Ministério Público não tem legitimidade ad causam para propor a ação pública (art. 6º da LC n. 75/93). REsp 143.092-PE, Rel. Min. Jorge Scartezini, julgado em 24/4/2001 (**Informativo** nº 93).

⁴⁷ AÇÃO CIVIL PÚBLICA. PREVIDÊNCIA MUNICIPAL. MINISTÉRIO PÚBLICO. Trata-se de ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público, visando à suspensão da eficácia da Lei Municipal n. 702/1995 e seu consentâneo (Dec. n. 149/1995), o recolhimento de contribuição para o Fundo Municipal de Previdência Social. Prosseguindo o julgamento, a Turma, invocando precedentes, decidiu que a ação pública não se presta à proteção de direitos individuais disponíveis, salvo quando homogêneos e oriundos de relação de consumo. Como o direito ao regime de previdência é de natureza disponível, o Ministério Público não tem legitimidade ativa *ad causam*. Precedentes citados: REsp 115.500-PR, DJ 3/8/1998; AgRg no REsp 333.016-PR, DJ 18/3/2002; REsp 248.281-SP, DJ 29/5/2000; REsp 370.957-SC, DJ 15/4/2002, e REsp 369.822-PR, DJ 22/4/2003. REsp 146.483-PR, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, julgado em 5/2/2004 (**Informativo** nº 197).

Cronologicamente, verificamos que as primeiras decisões monocráticas foram, quase à unanimidade, contrárias à tese por nós defendida. Quando algumas dessas decisões foram submetidas aos segundo e terceiro graus de jurisdição, principalmente no período compreendido entre os anos de 1993 e 1998, vislumbrou-se uma evolução no sentido da compreensão da importância social do direito individual homogêneo, e do papel desempenhado pelo Ministério Público em sede de jurisdição coletiva⁴⁸.

Contudo, a partir de 1998, quando surgiram novas perspectivas do direito individual homogêneo, não vinculadas estritamente à matéria de consumo, os Tribunais Superiores passaram a adotar postura extremamente conservadora⁴⁹⁻⁵⁰, que não se afina com ditames avançados de nossa Carta Magna, e muito menos com os anseios de uma sociedade de massa, num mundo globalizado, onde o cidadão isoladamente tem cada vez menos valor.

Podemos exemplificar esta postura dos tribunais superiores através de decisões que optaram pela negação de legitimidade ao *Parquet* para,

⁴⁸ Nesse esteio, recentemente o REsp 416.298-SP, Rel. Min. Ruy Rosado, julgado em 27/8/2002, assim ementado: "Legitimidade. Ministério Público. Despesas. Correios.", de onde se extrai que "A Turma, embora não conhecendo do recurso, entendeu que, no caso, está legitimado o MP para propor ação civil pública, visto que tal procedimento atinge o interesse de um grande número de pessoas. Portanto, retirar do MP essa defesa é assegurar a continuidade da conduta abusiva em contratos de adesão, sem qualquer perspectiva concreta de outra ação eficaz. Precedente citado: RE sp 182.556-RJ, DJ 20/5/2002." (**Informativo** STJ nº 144). E ainda o RE sp 308.486-MÇ, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, julgado em 24/6/2002, "Legitimidade. MP. Assinatura. TV. O Ministério Público está legitimado no caso pelo Código de Defesa do Consumidor para ajuizar ação civil pública contra a alteração de contratos das TVs por assinatura, uma vez que existente o direito individual homogêneo entre aqueles assinantes." (**Informativo** STJ nº 140).

⁴⁹ "Ministério Público. Ilegitimidade. O Ministério Público ajuizou ação civil pública com pedido de liminar, objetivando afastar os efeitos da Portaria n.º 837/90 do Ministério da Educação, que veda a matrícula simultânea em dois cursos superiores na mesma universidade pública, assegurando tal direito a alunos universitários no Ceará. A Turma, confirmando a decisão a quo, considerou que não se afigura, no caso, interesse coletivo, difuso ou individual indisponível a legitimar a atuação do MP; na realidade, há apenas interesse material particular de alguns estudantes." REsp 240.033-CE, 1ª Turma, Rel. Min. José Delgado, julgado em 15/8/2000. (**Informativo** nº 66).

⁵⁰ "Legitimidade. MP. Arrendamento Mercantil. Renovado o julgamento, a Turma, por maioria, não conheceu do recurso, mantendo a decisão do Tribunal a quo, que entendeu não ter o MP legitimidade para propor ação civil pública na defesa de direitos do consumidor que defluem do contrato de arrendamento mercantil, atrelados, os reajustes à variação cambial do dólar americano." REsp 267.499-SC, Rel. Min. Ari Pargendler, julgado em 9/10/2001. (**Informativo** nº 112).

por meio de ação civil pública, defender interesses tais como pedidos de aposentadoria especial, no que se refere à exigência de idade mínima para a concessão do benefício, bem como com o fim de possibilitar a matrícula de alunos em mais de um curso de uma mesma universidade pública, e até nos casos de defesa do consumidor que defluem de contratos de arrendamento mercantil quando atrelados à variação da moeda norte-americana, como visto nos precedentes acima indicados.

Basicamente, hoje, a autorização para tutela de direito individual homogêneo pelo Ministério Público fica restrita aos casos de incidência do Código de Defesa do Consumidor. A partir de uma interpretação restritiva, apenas pelo fato de tal direito ter sido formalmente introduzido em nosso sistema normativo por tal Diploma, conclui-se que ele só existiria em tais relações.

Nesse sentido, negar-se ao Ministério Público a função de defender essa sociedade nas hipóteses em que há a soma de diversos direitos individuais, que acabam por se transformar num direito social, significa negar efetividade ao próprio acesso à justiça.

Isso significa dizer que, infelizmente, mais de dez anos após a promulgação de nossa Carta, muitos ainda não compreenderam que o cerne da questão não é a disponibilidade ou não do direito individualmente considerado, ou ainda sua vinculação a determinado ramo da ciência do Direito, mas sim o reflexo social deste, o que indica a necessidade de se garantir a livre atuação de uma instituição que promova sua defesa de forma irrestrita, ante a possibilidade de perecimento do mesmo, quer seja pela falta de interesse dos outros legitimados, quer seja pela falta de conscientização de alguns setores sociais e políticos de nosso país.

Em outras palavras, é necessária uma compreensão do direito individual homogêneo como um direito subjetivo de relevância social; destarte, em um conflito de interesses, deve ele prevalecer sobre um direito subjetivo meramente individual. Ademais, para que isso possa realmente ocorrer, é necessária a adoção de uma nova mentalidade, dentro da qual se conceba a jurisdição coletiva como a forma de solução dos litígios do século XXI.

Finalmente, neste contexto, até que a sociedade civil demonstre um nível aceitável de organização e mobilização, negar-se legitimidade ao Ministério Público para tutelar tais direitos significa negar vigência e efetividade à própria Carta de 1988 e aos direitos e garantias nela consagrados. ♦

A Teoria da Desconsideração da Personalidade Jurídica e o Abuso do Direito de Sócio

Mônica Gusmão

Coordenadora de Direito Privado e Professora de Direito Empresarial da EMERJ, da EMATRA, da Escola Superior da Defensoria Pública, da Associação do Ministério Público do Rio de Janeiro, do Centro de Estudos Jurídicos, do Curso Pretorium, da Pós-graduação em Direito Empresarial da Universidade Cândido Mendes e da Universidade Estácio de Sá.

O novo Código Civil cuida das sociedades como pessoas jurídicas de direito privado (art. 44, II), um contrato celebrado entre pessoas físicas ou jurídicas objetivando, reciprocamente, contribuir com bens ou serviços para o exercício de uma atividade econômica organizada (empresa), e a partilha, entre si, dos resultados. *Personalidade jurídica* é a aptidão de contrair direitos e obrigações na órbita civil. Começa com o arquivamento dos atos constitutivos no órgão competente (se sociedade empresária, no Registro Público de Empresas Mercantis e se simples, no Registro Civil de Pessoas Jurídicas) e termina pela via judicial ou extrajudicial (dissolução, liquidação, partilha e baixa dos atos no registro próprio).

Para Tavares Borba, a teoria da personalidade jurídica estaria melhor sistematizada se fosse compreendido que o simples contrato de formação da sociedade é suficiente para dar origem a uma nova pessoa jurídica, hipótese em que a personalidade jurídica adviria desta constituição e não do registro. Em princípio, e por conta da autonomia patrimonial, a pessoa física do sócio e seu patrimônio pessoal não se confundem com o da sociedade, mas isso não é cláusula pétrea na teoria da separação dos patrimônios jurídicos. Repudia ao direito a idéia de que a personalidade jurídica da sociedade possa servir de couraça aos sócios para acobertar situações antijurídicas.

O objetivo da **disregard of legal entity** não é outro senão o de desconsiderar momentaneamente a personalidade jurídica da sociedade para atingir esses bens particulares dos sócios, desde que comprovada a prática de atos fraudulentos, a confusão patrimonial ou o desvio de finalidade, entre outros, preservando-se, assim, os direitos e interesses de todos quantos negociem com a sociedade e se sintam potencialmente prejudicados pelo mau uso da sociedade. A teoria não visa a anular, desconstituir ou dissolver a sociedade, e sim desconsiderar, provisoriamente, a sua personalidade jurídica para atingir o patrimônio pessoal do sócio. O objetivo é evitar o injusto e realizar a justiça. Sempre que houver fraude, dolo, má-fé, desvio de finalidade ou confusão patrimonial, levanta-se o véu da sociedade (**lifting the veil**) para alcançar o patrimônio pessoal dos sócios, que, fosse de outra forma, estaria protegido por um verniz legal que de modo nenhum compraz ao direito ou ao sentimento mais comezinho de justiça. São exemplos da aplicação dessa teoria os arts. 50 do novo Código Civil, 18 da Lei nº 8.884/94, 4º da Lei nº 9.605/98 e 28 da Lei nº 8.078/90.

A teoria da desconsideração da personalidade jurídica não tem aplicação quando a responsabilidade dos sócios advier de expressa previsão legal (exemplos: arts. 158 da L. nº 6.404/76, 135, III do CTN, 1.015, parágrafo único e incisos, 1.016 e 1.080 do novo Código Civil e 13 da Lei nº 8.620/93, entre outros). Segundo Giovanni Comodaro Ferreira, "há situações em que a utilização da pessoa jurídica é feita ao arrepio dos fins para os quais o Direito albergou o instituto. Em muitos casos, os integrantes de um ente coletivo se ocultam por detrás de sua autonomia formal para lesar direitos ou infringir norma legal ou estatutária, valendo-se da pessoa jurídica como instrumento de fraude ou ilicitude". A doutrina e a jurisprudência majoritárias entendem que o abuso do direito cometido por um sócio é pressuposto da aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica.

Sobre o tema:

*Sociedade comercial. Desconsideração da personalidade jurídica. **Disregard doctrine**. Fraude e abuso de direito. Existência de apenas indícios ou presunções.*

*"Inaplicabilidade do instituto por exigir prova inconteste. Com a teoria da **disregard doctrine** visa-se coibir o uso irregular da forma societária, geradora da personalidade jurídica, para fins*

contrários ao direito. Contudo, a fraude e o abuso de direito, que autorizam a adoção desta teoria, no caso concreto, não de ser cabalmente demonstrados, não sendo suficiente a existência de indícios ou presunções, porque se cuida de uma excepcionalidade, demanda prova inconteste. A desconsideração da personalidade jurídica não pode ser levada ao exagero, acabando por destruir o instituto da pessoa jurídica, construído através dos séculos pelo talento de eméritos juristas dos povos civilizados. Assim, a simples fatura em nome da empresa, de produtos das associadas não basta para adoção da **disregard of legal entity**, de molde a justificar a penhora de bens daquela execução movida contra associada. O que é devido pelos sócios não o é pela sociedade; e o que a sociedade deve não é devido pelos sócios" (TJBA, RT, 736/315).

Agravo de instrumento, decisão interlocutória que indefere a aplicação da teoria da desconsideração da pessoa jurídica. Não demonstração cabal de fraude e ou abuso de direito.

"Não há como se examinar, nos estreitos limites do agravo de instrumento, a ocorrência dos requisitos exigíveis ex vi legis para a aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica. Mister faz-se a comprovação de que a pessoa formal, por intermédio de pessoas físicas esteja perpetrando atos fraudulentos e/ou em abuso de direito em detrimento de terceiros. Acerto da decisão hostilizada, à falta da demonstração dos pressupostos jurídicos do pedido. Recurso conhecido e não provido" (Agravo de Instrumento nº 2001.002.16788; Quarta Câmara Cível).

Desconsideração da pessoa jurídica. Falta de prova do Abuso do Direito ou de Fraude no Uso da Sociedade. Descabimento.

"A autonomia entre a sociedade e os seus membros continua sendo a regra, só estando o Juiz autorizado a desconsiderar a pessoa jurídica quando esta é utilizada para a realização de fraude ou abuso do direito. A simples insatisfação de um crédito não é suficiente, por si só, para o desprestígio da personalização. Desprovemento do recurso." Agravo de Instrumento nº 1998.002.01243, Segunda Câmara Cível, Des. Sergio Cavalieri Filho.

Falência. Extensão dos seus efeitos às empresas coligadas. Teoria da desconsideração da personalidade jurídica. Possibilidade. Re-

querimento. *Síndico. Desnecessidade. Ação autônoma. Precedentes da Segunda Seção desta Corte.*

"I - O *síndico da massa falida, respaldado pela Lei de Falências e pela Lei n.º 6.024/74, pode pedir ao juiz, com base na teoria da desconsideração da personalidade jurídica, que estenda os efeitos da falência às sociedades do mesmo grupo, sempre que houver evidências de sua utilização com abuso de direito, para fraudar a lei ou prejudicar terceiros.* II – *A providência prescinde de ação autônoma. Verificados os pressupostos e afastada a personificação societária, os terceiros alcançados poderão interpor, perante o juízo falimentar, todos os recursos cabíveis na defesa de seus direitos e interesses. Recurso especial provido*" (RESP 228357/SP – 3ª Turma).

É relevante remarcar que a noção de ato jurídico no Código Civil de 1916 era ampla, prevalecendo a divisão em *ato jurídico lato sensu* (que se partia em ato jurídico em sentido estrito, no qual as conseqüências do ato não eram determinadas pela manifestação de vontade do agente, mas pelo próprio ordenamento jurídico e *negócio jurídico*, no qual a manifestação de vontade do agente era determinante para a produção de efeitos do ato) e *atos ilícitos* (ato que viola direito subjetivo de outrem, responsabilizando-se o agente pelos danos causados). O art. 81 daquele álbum definia ato jurídico como todo ato lícito que tivesse por fim imediato adquirir, resguardar, transferir, modificar ou extinguir direitos. Não havia distinção nítida de ato jurídico em sentido estrito e *negócio jurídico* e essa imprecisão conceitual sempre foi um incômodo complicador. Essa antiga imprecisão não escapara já à astúcia do iluminado Pontes de Miranda, como se lê em Luiz Edson Fachini quando diz que "promovendo tal distinção, Pontes se antecipou à proposta do novo Projeto do Código Civil, o qual, agora, em notória mora, acata (em parte) essa dualidade sob a rubrica *dos atos jurídicos lícitos (...)*". Segundo Caio Mário, "como, porém, a expressão *ato jurídico* é um valor semântico abrangente de um conceito jurídico mais amplo, compreensivo de qualquer declaração de vontade, individual ou coletiva, do particular ou do Estado, destinada à produção de efeitos, o *negócio jurídico* deve ser compreendido como uma espécie do gênero *ato jurídico*". O novo Código Civil não recepcionou a divisão clássica de ato jurídico e dividiu os *atos jurídicos* em *negócios jurídicos* (art. 104 e seguintes) e *atos jurídicos lícitos* (art. 185).

Passemos ao ato ilícito. Com a erudição de quem é íntimo das coisas do Direito, o Des. Sérgio Cavalieri Filho o define como todo “ato voluntário e consciente do ser humano, que transgride um dever jurídico”. Comete ato ilícito quem viola direito subjetivo de outrem, responsabilizando-se pelos danos causados. Para Zanobi, “a responsabilidade jurídica, por seu turno, pode ser definida como sendo a consequência imediata da infração de um dever normativo preexistente, causador da lesão ao interesse jurídico que se pretendia tutelar”. No Código de 1916, o ato ilícito era visto pelo prisma subjetivo (a prova da culpa do agente era o seu pressuposto caracterizador e assim estava no art. 159 ao dizer que “aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano”). O novo Código Civil mitiga o elemento subjetivo do ato ilícito (culpa ou o dolo), antes pressupostos determinantes de sua caracterização, e permite a coexistência da responsabilidade objetiva e da subjetiva. Tanto é assim que o parágrafo único do art. 927 dispõe que a responsabilidade do agente na reparação do ato ilícito independe de culpa ou dolo, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade produzida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, riscos para os direitos de outrem. O art. 187 do Código Civil diz que também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes. Define-se abuso do direito a partir do art. 188, I, **contrario sensu**, isto é, comete abuso do direito quem pratica atos no exercício irregular de direito reconhecido. Sérgio Cavalieri Filho ensina que “o fundamento principal do abuso do direito é impedir que o direito sirva como forma de opressão, evitar que o titular do direito utilize seu poder com finalidade distinta daquela a que se destina. O ato é formalmente legal, mas o titular do direito se desvia da finalidade da norma, transformando-o em ato substancialmente ilícito”. Adiante, lembra que “enquanto no ato ilícito a conduta não encontra apoio em dispositivo legal e até é praticada contra dever jurídico preexistente, no abuso do direito a conduta é respaldada em lei, mas como já ressaltado, fere ostensivamente o seu espírito”.

A despeito de maciço entendimento em contrário, advogamos a tese de que naquelas situações em que o sócio agir com abuso do direito, vale dizer, abusar evidentemente dos seus direitos de sócio e exercê-

los de forma anormal, como, por exemplo, dispensar um empregado sob acusação de prática de falta grave (justa causa) por rixa ou capricho ou requerer imotivadamente a falência ou concordata da sociedade, entre outros, o prejudicado poderá demandar o sócio pessoalmente, tendo por fundamento a prática de ato ilícito em razão do abuso do direito cometido. A invocação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica, nesses casos, não é cabível nem consulta ao interesse do credor, e a razão é simples: o sócio que abusa do seu direito responde pelo dano independentemente da prova de fraude, diferentemente do que ocorre na aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica da empresa em que, dada a sua concepção subjetiva, sua aplicação é restrita aos casos em que se comprova a fraude perpetrada pelo sócio.

Segundo Alvinho Lima, “no ato abusivo há violação da finalidade do direito, de seu espírito, violação essa aferível objetivamente, de dolo ou culpa. Como se não bastasse, o E. nº 37 da Jornada de Direito Civil, promovida pelo Centro de Estudos do Conselho da Justiça Federal dispõe que “a responsabilidade civil decorrente do abuso do direito independe de culpa, e fundamenta-se somente no critério objetivo-finalístico”.

Para Tavares Borba, o art. 116 da L. nº 6.404/76 afasta o caráter institucional das sociedades anônimas, entendendo que controladores e administradores se encontram jungidos à obrigação de preservar os interesses dos acionistas, empregados e comunidade, sob pena de a inobservância gerar abuso de poder, propiciando ao interessado a prerrogativa de obter judicialmente a competente reparação.

Ainda aqui, é bem-vinda a observação do Des. Sergio Cavaliere Filho de que o fato de o novo Código Civil ter elevado o abuso do direito ao nível de princípio geral tem sido alvo de várias críticas em razão do perigo para a segurança das relações jurídicas se deixar os direitos individuais subordinados ao arbítrio judicial. Comungamos dessa opinião, especialmente por que o novo Código Civil traçou novas diretrizes e positivou princípios fundamentais como o da *eticidade*, amparado na probidade e boa-fé dos contratantes e da *socialidade*, mitigando o caráter individualista até então existente, como, por exemplo, a função social do contrato, em que os seus efeitos extrapolam as partes integrantes, repercutindo na sociedade como um todo, rediscutindo-se o

princípio da relativização dos contratos e autonomia da vontade das partes, gerando um equilíbrio entre o interesse privado e o social. Trocando em miúdos, sustentamos o cabimento da teoria da desconsideração da personalidade jurídica sempre que comprovados os pressupostos ensejadores de sua aplicação (fraude, má-fé, confusão patrimonial, desvio de finalidade etc.), mas repelindo-as quando a responsabilidade do sócio advier de lei, como no abuso do direito. Neste caso, e prevalecendo a responsabilidade objetiva, o credor poderá demandar o sócio pelo abuso cometido, sem necessidade da comprovação de culpa. ◆

Algumas observações quanto aos Reflexos Cíveis da Lei dos Juizados Especiais Federais sobre a Lei 9.099/95

Luis Felipe Salomão

Juiz de Direito do TJ/RJ, expositor na EMERJ e na Escola Superior de Advocacia-RJ, autor do Livro “Roteiro dos Juizados Especiais Cíveis”.

1 – Introdução

A Lei 10.259/2001 instituiu os Juizados Especiais Cíveis e Criminais da Justiça Federal, cumprindo mandamento inserido na Carta Magna, por força da Emenda Constitucional nº 22, de 18.03.99.

Assim dispõe o artigo 98, parágrafo único da Constituição Federal: *“Lei federal disporá sobre a criação de juizados especiais no âmbito da Justiça Federal.”*

A Lei dos Juizados Federais, logo no artigo 1º, mandou que se lhe aplique, naquilo que não houver conflito, as disposições da Lei 9.099/95. A técnica legislativa adotada, pois, foi a de tracejar os contornos gerais dos Juizados Federais, definir competência cível e criminal, estabelecer adequação de procedimentos e formas mais eficazes para criação e estruturação dos novos órgãos.

Na verdade, cumpre verificar que o processo propriamente dito e os princípios gerais foram definidos na legislação que serve como paradigma (Lei 9.099/95).

Os Juizados Especiais representam mais um esforço dos juízes brasileiros, na tentativa de apresentarem à sociedade uma solução adequada, rápida e gratuita, para democratizar e facilitar o acesso à justiça. Não resolverão, por certo, todos os problemas estruturais e de gestão do Judiciário brasileiro, mas simbolizam um passo firme em direção à construção do Poder apto a atender nossos jurisdicionados.

2 – Leis especiais e gerais. Formas de interpretação

Quando surge no mundo jurídico uma lei nova, especial em relação à outra geral, regulando uma questão específica, cabe logo a indagação sobre a forma de interpretação, de modo a evitar-se conflitos.

Nesse passo, a lição sempre atual de **Vicente Ráo**¹:

“A disposição especial de uma lei não revoga a geral de outra, nem a geral revoga a especial, senão quando a ela, ou ao seu assunto, se referir, alterando-a.”

Assim dispõe o artigo 2º, § 2º da Lei de Introdução ao Código Civil: *“A lei nova, que estabeleça disposições gerais ou especiais a par das já existentes, não revoga nem modifica a lei anterior.”*

Por outro lado, quando a lei posterior **“...regula inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior.”**, há a revogação (§ 1º, artigo 2º da LICC).

3 – A competência dos Juizados Federais Cíveis

O artigo 3º da Lei 10.259/2001 fixou a competência para os Juizados Federais Cíveis².

Utilizou-se o legislador de dois critérios para fixar a competência dos novos órgãos de jurisdição. O primeiro, remetendo o intérprete à Constituição Federal, são todas as causas de competência da Justiça Federal (artigo 109 da CF/88), excetuadas as mencionadas no § 1º do artigo 3º da lei em comento. O segundo foi o critério de valor, limitando-se aquelas causas que seriam da Justiça Federal comum, até o equivalente a sessenta salários mínimos.

Portanto, no que pertine ao critério de valor para fixação de competência dos novos Juizados, a Lei 10.259/2001 foi mais ousada que a anterior (artigo 3º, inciso I da Lei 9.099/95), ampliando o limite para sessenta salários.

4 – A ampliação do limite para 60 salários vale também para os Juizados Estaduais?

A resposta é afirmativa.

Para efeito de valor, houve uma nova definição do legislador quanto a *“causas cíveis de menor complexidade.”* (artigo 98, inciso I da CF/88).

¹ **“O direito e a vida dos direitos”**, Vicente Ráo, RT, V. 01, 3ª Edição, p. 303.

² *“Compete ao Juizado Especial Cível Federal processar, conciliar e julgar causas de competência da Justiça Federal até o valor de sessenta salários mínimos, bem como executar as suas sentenças.”*

De fato, a Lei 9.099/95, ao estabelecer a competência para o julgamento das “causas cíveis de menor complexidade”, utilizou-se também de dois critérios básicos, tais como “em razão da matéria e valor” (artigo 3º, Lei 9.099/95)³.

Ao dispor que as causas de menor complexidade, no que toca ao limite de valor, seriam aquelas até quarenta salários mínimos (artigo 3º, inciso I), o legislador de 1995 foi prudente. Certamente, tinha receio de que os Juizados fossem receber muitas demandas, e por isso a interpretação daquele dispositivo foi a de que, mesmo situado como inciso (e não no *caput*), o limite prevaleceria para todos os demais incisos do mencionado artigo 3º da Lei 9.099/95⁴.

Com o advento da Lei 10.259/2001, na verdade o legislador, a pretexto de dispor sobre a competência dos Juizados Federais, veio a fixar novo conceito de causa cível de menor complexidade, ao menos pelo ângulo do critério de *valor*. Dispôs, nesse passo, que o limite será o de sessenta salários mínimos.

Parece claro, pois, que houve ampliação também, no que se relaciona ao valor máximo de sessenta salários, para o Juizado Especial Cível, à semelhança do que ocorreu no âmbito da competência dos Juizados Criminais⁵.

Regulando a nova lei, integralmente, a mesma matéria versada na lei anterior, prevalece a lei especial mais recente (artigo 2º, § 1º, LICC).

Nesse particular, a parte final do artigo 20 da Lei 10.259/2001⁶ não é óbice para que se atinja a plenitude dessa interpretação.

³ “O Juizado Especial Cível tem competência para conciliação, processo e julgamento das causas cíveis de menor complexidade, assim consideradas: I – as causas cujo valor não exceda a 40 (quarenta) vezes o salário-mínimo; II – as enumeradas no art. 275, inciso II, do Código de Processo Civil; III – a ação de despejo para uso próprio; IV – as ações possessórias sobre bens imóveis de valor não excedente ao fixado no inciso I deste artigo.”

⁴ Enunciado Jurídico Cível do Encontro dos Juizes dos Juizados Especiais nº 2.4.1 - “Todas as causas da competência dos Juizados Especiais Cíveis estão limitadas a 40 salários mínimos.” Os enunciados podem ser localizados no site do TJ/RJ (www.tj.rj.gov.br).

⁵ Enunciado Jurídico Criminal do Encontro dos Juizes dos Juizados Especiais nº 1 - “Aplica-se ao Juizado Especial Criminal Estadual o conceito de infração de menor potencial ofensivo definido no art. 2º, parágrafo único, da Lei 10.259/01 (delitos a que a lei comine pena não superior a dois anos)”. Os enunciados podem ser localizados no site do TJ/RJ (www.tj.rj.gov.br). Na doutrina, confira-se **“Juizados Especiais Criminais – Temas Controvertidos”**, Editora “Lumen Juris”, 2002, do Juiz André Luiz Nicolitt e **“Sistema Acusatório”**, da mesma editora, de autoria do Juiz Geraldo Prado.

⁶ “Onde não houver Vara Federal, a causa poderá ser proposta no Juizado Especial Federal mais próximo do foro definido no art. 4º da Lei n. 9.099, de 26 de setembro de 1995, vedada a aplicação desta lei no juízo estadual.”

De fato, ao estabelecer a flexibilização da competência territorial, no caso de ausência de Vara Federal, a lei dispôs que, nesse caso (e somente nesse caso), não cabe aplicação da mesma no “juízo estadual”. Vale dizer, não poderá a parte, não havendo Juizado Federal no local, valer-se da Justiça Estadual ou do Juizado Especial Estadual. Deverá procurar o Juizado Federal mais próximo do foro definido no artigo 4º da Lei 9.099/95, fugindo ao padrão fixado pelo artigo 109, § 3º da CF/88.

Interpretar de maneira diferente a norma seria ferir de morte o que, expressamente, dispõe o artigo 1º da Lei dos Juizados Federais, ainda porque uma lei federal não pode ter sua aplicação vedada em qualquer sede de juízo neste país.

5 – Aplicação do disposto no artigo 17 da Lei dos Juizados Federais (dispensa de precatórios) também para o âmbito estadual

Na mesma linha de raciocínio, tenho que a nova lei ampliou a possibilidade de pessoas jurídicas públicas figurarem no pólo passivo, aplicando-se, *mutatis mutandi*, a regra do art. 17, com a dispensa do precatório.

Estabelece o artigo 8º que não poderão figurar como partes no Juizado Especial Cível, o incapaz, o preso, as pessoas jurídicas de direito público, as empresas públicas da União, a massa falida e o insolvente civil.

Parte, em direito processual, é quem pede ou em face de quem se pede a tutela jurisdicional.

O dispositivo retira de determinadas pessoas a capacidade de ser parte, pressuposto subjetivo para constituição válida do processo.

Vale dizer que, se um incapaz propõe uma ação no Juizado, o juiz deve extinguir o feito (artigo 51, incisos II e IV da Lei dos Juizados Especiais) sem julgamento do mérito.

A intenção do legislador foi, sempre, de valorizar a conciliação e a celeridade, o que restaria comprometido, de certa forma, com a presença das partes indicadas no dispositivo.

Lamentava-se, contudo, a exclusão da possibilidade de litígio contra as pessoas jurídicas de direito público no âmbito estadual⁷.

Sabe-se o quanto é dificultoso para o cidadão ajuizar qualquer ação tendo como réu o Estado. As Varas de Fazenda Pública estão

⁷ Confira-se o livro “Roteiro dos Juizados Especiais Cíveis”, Luis Felipe Salomão, 3ª Edição, ano 2003.

abarrotações de processos, e o litígio tende a se eternizar. Há desestímulo para que seja exercida a cidadania em sua plenitude, pois o custo e o tempo para a solução da demanda fazem com que o cidadão renuncie ao direito que, em tese, quer ver reconhecido. Basta citar, apenas como exemplos, os sucessivos planos econômicos, os expurgos de índices inflacionários, com “confiscos” e depósitos compulsórios e a falta de remédios nos hospitais públicos, indispensáveis ao tratamento de doenças crônicas. Diante da violência, em certas situações, por parte do Estado, com flagrantes violações aos direitos individuais, o cidadão prefere permanecer inerte, porque uma ação contra o Estado, em previsão otimista, não se encerra antes de cinco anos. E se houver condenação, o recebimento se dará por precatório, em moeda absolutamente defasada.

Ao ampliar a possibilidade para que os entes públicos federais figurem no pólo passivo da demanda, a lei nova trouxe inegável reflexo para a Lei 9.099/95, haja vista o princípio da isonomia consagrado no texto constitucional (artigo 5º, CF/88).

Vale transcrever a observação certa do Professor **Luiz Roberto Barroso** sobre o assunto⁸:

“Reproduzindo-se o conhecimento convencional, costuma-se afirmar que a isonomia traduz-se em igualdade na lei – ordem dirigida ao legislador – e perante a lei – ordem dirigida ao aplicador da lei. O princípio da isonomia forma uma imperativa parceria com o princípio da razoabilidade. À vista da constatação de que legislar, em última análise, consiste em discriminar situações e pessoas por variados critérios, a razoabilidade é o parâmetro pelo qual se vai aferir se o fundamento da diferenciação é aceitável e se o fim por ela visado é legítimo.”

⁸ Em nota de rodapé, prossegue o eminente constitucionalista: “Ao julgar o Mandado de Injunção nº 58, do qual foi relator para acórdão, averbou o Min. Celso de Mello (RDA 183/143): Esse princípio (o da isonomia) - cuja observância vincula, incondicionalmente, todas as manifestações do Poder Público - deve ser considerado, em sua precípua função de obstar discriminações e de extinguir privilégios (RDA, 55/114), sob duplo aspecto: a) o da igualdade na lei; b) o da igualdade perante a lei. A igualdade na lei - que opera uma fase de generalidade puramente abstrata - constitui exigência destinada ao legislador que, no processo de sua formação, nela não poderá incluir fatores de discriminação, responsáveis pela ruptura da ordem isonômica. A igualdade perante a lei, contudo, pressupondo lei já elaborada, traduz imposição destinada aos demais poderes estatais, que, na aplicação da norma legal, não poderão subordiná-la a critérios que ensejem tratamento seletivo ou discriminatório”.

Ao estabelecer, portanto, a possibilidade de participação do ente público nos processos dos Juizados Federais, quer parecer que o legislador, desenganadamente, criou situação de derrogação do disposto no artigo 8º da Lei 9.099/95, nesse ponto específico – tendo em vista os princípios constitucionais da isonomia e do devido processo legal (artigo 5º, inciso LIV da Constituição Federal).

6 - Conclusão

A conclusão, portanto, é que a jurisprudência, com sua construção paulatina, por certo enfrentará e resolverá as questões relacionadas com essas breves reflexões.

A Lei dos Juizados Federais trouxe inequívocos reflexos para a Lei 9.099/95.

No âmbito criminal, ampliou a competência para julgar delitos a que a lei comine pena não superior a dois anos.

No aspecto cível, aplicando o mesmo raciocínio, a lei nova criou outro paradigma para dispor sobre causas cíveis de menor complexidade, estabelecendo-as como de valor até sessenta salários mínimos (artigo 3º da Lei 10.259/2001). Esse novo conceito, por certo, se aplica aos Juizados Especiais Estaduais.

Também em relação à vedação dos entes públicos figurarem como partes, a nova lei dispôs de forma diferente. Logo, há reflexos na lei que regula o assunto no âmbito dos Juizados Estaduais, tendo em conta os princípios constitucionais da isonomia e do devido processo legal.

Apenas cabe acentuar uma observação final, mas relevantíssima. Os Juizados Estaduais já sofrem com uma explosão de processos, decorrentes da chamada “demanda reprimida” da cidadania. Se não houver aporte de recursos e definição de uma política de valoração dos Juizados Especiais pelas estruturas do Poder constituído, com investimento maciço em informatização, formação de juízes e conciliadores, e uma estrutura de ações coletivas, os novos órgãos, de pequenas plantas que são, não poderão cumprir com seu destino histórico de se tornarem grandes arbustos para o Judiciário.

Mas esse é outro assunto, e não pode servir de argumento quando o tema é interpretação de textos legais. ◆

Poderes Instrutórios de Juiz

DENISE DE MATTOS MARTINEZ GERACI

Promotora de Justiça, Professora de Direito Penal e mestranda em Direito pela Universidade Estácio de Sá no Rio de Janeiro.

JOEL TOVIL

Procurador de Justiça e mestrando em Direito pela Universidade Estácio de Sá no Rio de Janeiro.

Vigora em nosso processo penal, embora, com exceções (algumas razoáveis, outras não), o chamado **princípio acusatório**, cuja característica principal reside na divisão de poderes entre o órgão oficial encarregado da persecução penal, de um lado, e de outro o acusado que resiste à demanda, exercendo o direito de defesa. Intermediando ambos, posiciona-se o juiz, que deve exercer o poder de julgar com imparcialidade.

Ficou para trás, assim, o famigerado sistema inquisitório puro, em que se concentravam os poderes processuais de acusação, impulso, instrução e julgamento em uma só pessoa, normalmente referida como “inquisidor”, e que dificilmente poderia julgar com total imparcialidade, tendo em vista o evidente vínculo psicológico que o liga ao resultado das investigações por ele encetadas.

Como bem observa Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, em recente escrito¹,

O mais importante (...) ao sistema acusatório (...), é que da maneira como foi estruturado não deixa muito espaço para que o juiz desenvolva aquilo que Cordero, com razão, chamou de “quadro mental paranóico”, em face de não ser por exce-lência, o gestor da prova pois, quando o é, tem, quase que por definição, a possibilidade de decidir antes e, depois, sair em busca do material probatório suficiente para confirmar a “sua” versão,

¹ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. “O Papel do novo Juiz no Processo Penal”, in **Crítica à Teoria Geral do Direito Processual Penal**, Rio de Janeiro, Renovar, 2001, p. 3-56.

isto é, o sistema legitima a **possibilidade de crença no imaginário**, ao qual toma como verdadeiro.²

Geraldo Prado, em sua conhecida dissertação sobre o tema³, sustenta que a nova Constituição Federal editada em 1988 *elegeu* o princípio acusatório sendo com ela inconciliáveis, destarte, todas as disposições que contra ele atentem como, v.g. as regras dos arts. 10 e 28 do Código de Processo Penal, que prevêem hipóteses de intervenção do juiz na fase pré-processual, isto é, antes da deflagração da ação penal.⁴

Seria então compatível com o sistema adotado pelo Constituição a disposição inserta na parte final do art. 156 do Código de Processo Penal, segundo a qual **“o juiz poderá, no curso da instrução ou antes de proferir sentença, determinar, de ofício, diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante”?**

Em outras palavras, os poderes que a legislação infraconstitucional conferiu ao juiz em relação à colheita da prova são harmonizáveis com o modelo processual acusatório?

A resposta não é nada simples, e está acesa a polêmica a tal respeito.

Os antigos manuais de Processo Penal sempre ensinaram que “a verdade real, aquela dos fatos da forma em que ocorreram, supera a verdade que as partes colocam e deve ser buscada pelo juiz, independentemente da iniciativa da parte”.⁵

Esta a orientação foi consagrada no vigente Código de Processo Penal, tanto que sua exposição de motivos consigna que, com a edição daquele diploma,

o juiz deixará de ser um espectador inerte da produção de provas. Sua intervenção na atividade processual é permitida, não somente para dirigir a marcha da ação penal e julgar a final, mas também para ordenar, de ofício, as provas que lhe parecerem úteis ao esclarecimento da verdade. Para indagação desta, não estará sujeito a preclusões. Enquanto não estiver averigua-

² Ob. cit. p. 32, grifos do autor.

³ PRADO, Geraldo. **Sistema Acusatório. A conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais**, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 1999.

⁴ Ob. cit., p. 153.

⁵ Consulte-se, por todos, GRECO FILHO. **Manual de Processo Penal**, São Paulo, Saraiva, 1993, p. 192.

da a matéria da acusação ou da defesa, e houver uma fonte de prova ainda não explorada, o juiz não deverá pronunciar o *in dubio pro reo* ou o *non liquet*.

Outro não é o entendimento, inclusive recente, dos tribunais superiores:

O Processo penal, ao contrário do civil, não transige com a busca da verdade real. O juiz pode determinar a reprodução de provas e colher as que sejam úteis à instrução (STJ - RHC 1330-RJ, Rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro, RT 683/361).

Competindo ao Judiciário a tutela dos direitos e garantias individuais previstos na Constituição, não há como imaginar-se ser-lhe vedado agir, direta ou indiretamente, em busca da verdade material mediante o desempenho das tarefas de investigação criminal, até porque estas não constituem monopólio do exercício das atividades de polícia judiciária (STF, ADI nº 1517/MC-UF, Pleno, Rel. Min. Maurício Correia, DJ de 22.11.2002, pg. 55, Ement. vol. 2092-1/107).

O ilustre professor carioca Geraldo Prado assim não pensa. Apoiado na lição de Gomes Filho, sustenta enfaticamente que o modelo processual adversarial vigente nos países anglo-saxônicos - “*adversary system*” - é o melhor para a efetivação do direito à prova, porque “fundamenta-se em uma estrutura processual preocupada em evitar injustificadas e errôneas privações de direitos e em garantir a participação e o diálogo dos interessados no processo de decisão”.⁶

De conseguinte, conclui que **“entre os poderes do juiz (...), segundo o princípio acusatório, não se deve encontrar aquele pertinente à investigação judicial”**, vez que tal poder compromete a imparcialidade do magistrado.

Com efeito, argumenta que,

Quem procura sabe ao certo o que pretende encontrar e isso, em termos de processo penal condenatório, representa uma inclinação ou tendência perigosamente comprometedora da imparcialidade do julgador. Desconfiado da culpa do acusado, investe o juiz na direção da introdução de meios de prova que sequer foram considerados pelo órgão de acusação ao qual,

⁶ Ob. cit. pg. 128.

nestas circunstâncias, acaba por substituir. Mais do que isso, o mesmo tipo de comprometimento psicológico, objeto das reservas quanto ao poder do juiz de iniciar o processo, aqui igualmente se verificará, na medida em que o juiz se fundamentará, normalmente, nos elementos de prova que ele mesmo incorporou ao feito, por considerar importantes para o deslinde da questão, o que afastará da desejável posição de seguro distanciamento das partes e de seus interesses contrapostos, posição esta apta a permitir a melhor ponderação e conclusão.⁷

Tais razões, inteiramente procedentes, são as mesmas que animaram o legislador a proibir que o juiz possa exercer a jurisdição em processo em que ele próprio “houver servido como testemunha” (cf. art. 252, II do C.P.P.). É evidente o motivo do impedimento pois, com ser humano que é, tendo assistido ao fato *sub iudice*, o magistrado fica irremediavelmente vinculado ao seu próprio ângulo de percepção do ocorrido, o que quase sempre afeta a sua independência.

Como explica Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, com a contundência que lhe é peculiar,

*A lógica deformada do sistema (inquisitório) (...) privilegia o mecanismo “natural” do pensamento da civilização ocidental (e aí seu grande valor estratégico e, talvez, o motivo de sua manutenção até hoje) ou seja, a lógica dedutiva, que deixa ao inquisidor a escolha da premissa maior, razão pela qual pode decidir antes e, depois, buscar, quiçá obsessivamente, a prova necessária para justificar a decisão. Estamos diante daquilo que Cordeiro, com genialidade, chamou de “primato dell’ipotesi sui fatti”: o ponto central do sistema e sem o qual não é possível compreendê-la na essência. Por isso que partindo da premissa falsa, não poucas vezes assentada em um lugar comum (do gato preto induz-se bruxaria; do funcionário da empresa o autor do seqüestro; do mordomo o homicida, e assim por diante) chega-se a uma conclusão também falsa, transmutada em verdade construída.*⁸

Essa linha de pensamento, nitidamente influenciada pelos apologistas do sistema processual anglo-saxão, dito adversarial, pode

⁷ Ob. cit. p. 129.

⁸ Ob. cit. p. 25, grifos do autor.

conduzir a exageros, havendo até mesmo quem sustente que, no plano ideal, o julgador (ou julgadores), só deveria(m) entrar em contato com a demanda na data do julgamento, ignorando assim tudo o que dela conste, inclusive o nome do acusado, pois somente assim se poderiam evitar a influência dos preconceitos e demais fatores, inclusive inconscientes, que poderiam contaminar o espírito do juiz.⁹

Outros juristas, como Barbosa Moreira e Marcos Alexandre Coelho Zilli, este autor de obra inteiramente dedicada ao tema, intitulada **A Iniciativa Instrutória do Juiz no Processo Penal**, pensam de maneira diametralmente oposta.

Barbosa Moreira, com ironia, dirigindo-se “a quem porventura se escandalize com a idéia de que algum dos litigantes venha a tirar proveito do resultado de uma diligência instrutória ordenada pelo juiz, sem requerimento da parte, enxergando na atitude daquele imperdoável quebra do dever de ser imparcial”, aduz:

Se tivermos que tachar de imparcial o Juiz que ordena a realização de uma prova somente porque seu resultado seja capaz de beneficiar um dos litigantes, logicamente sua eventual abstenção mereceria a mesma crítica, já que a falta da prova causaria benefício para o outro litigante. Dilema insolúvel para o pobre juiz, preso à desconfortável alternativa de ser, em qualquer hipótese, parcial a favor de um ou parcial a favor de outro.¹⁰

Marcos Alexandre Coelho Zilli, por seu turno, depois de demonstrar que a iniciativa instrutória do julgador não é incompatível com o sistema acusatório nem com o sistema adversarial, e, ainda, que o ônus probatório que recai sobre a acusação também não é incompatível com o reconhecimento de um poder-dever instrutório do juiz, conclui:

Não há mais espaço para qualquer alegação de que, assim atuando, estaria o julgador entrelaçando as mãos com o órgão acusador. Na verdade e, como consequência natural da imparcialidade, quando o juiz assim age, por óbvio, desconhece o possível resultado que possa advir. Aliás, a nova prova obtida poderá

⁹ Cf. MAIER, Julio. "El C.P.P. modelo y las nuevas tendencias del proceso penal", in **Revista de Processo** n° 85, p. 252-255.

¹⁰ MOREIRA, José Carlos Barbosa. "Notas sobre Alguns Aspectos do Processo (Civil e Penal) nos Países Anglo-Saxônicos", in **Revista Forense**, vol. 344.

*revelar tanto a absoluta impertinência da acusação com a demonstração, por exemplo, de não ter o réu sido o autor da infração penal, como indicar a sua responsabilidade penal, podendo, ainda, transmutar a hesitação em um verdadeiro estado de dúvida.*¹¹

Tal opinião foi expressamente endossada pelo Prof. Antonio Magalhães Gomes Filho que, prefaciando o livro citado no parágrafo anterior, afirmou que **“a participação mais ativa do juiz na colheita de provas pode - e deve - ser preservada num modelo processual acusatório, desde que limitada e orientada pelas garantias do devido processo legal”**.¹²

Evidentemente, esses poderes instrutórios deferidos ao magistrado não de ser exercidos **com extrema parcimônia**, já que a atuação em matéria de prova do juiz não é principal e sim secundária, competindo a iniciativa de produção de provas primordialmente às partes.

Nesse passo, é de ser reavaliado o método *presidencial* preconizado pelo Código para a oitiva de testemunhas, pois não é compatível com o sistema acusatório que ao juiz caiba a primazia da oitiva das pessoas arroladas pelas partes, que somente ao final, e por intermédio do magistrado, podem formular reperguntas (art. 212 do CPP), ainda estas passíveis de indeferimento.

Melhor atende à garantia constitucional do contraditório a técnica anglo-americana do **cross examination** - aliás adotada pelo próprio CPP brasileiro como exceção, nos julgamentos pelo Júri¹³ - na qual a testemunha é inquirida diretamente pelas partes, sem a interferência do juiz, que detém apenas do poder de polícia da audiência.

E quais as vantagens desse novo sistema?

Para Antonio Magalhães Gomes Filho,

*Na técnica do **cross examination** evidenciam-se as vantagens do contraditório na coleta do material probatório, uma vez que após o exame direto, abre-se à parte contrária, em relação*

¹¹ ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. **A Iniciativa Instrutória do Juiz no Processo Penal**, 2ª ed. São Paulo, RT, 2003, p. 151.

¹² Ob. cit., p. 11.

¹³ Art. 467 do Código de Processo Penal.

à qual a testemunha é presumidamente hostil, um amplo quadro de investigação; no exame cruzado, é possível fazer-se uma reinquirição a respeito dos fatos já abordados no primeiro exame **cross examination** como também formular questões que tragam à luz elementos para a verificação da credibilidade do próprio depoente ou de qualquer outra testemunha (**cross examination as to credit**).¹⁴

Marcos Coelho Alexandre Zilli anota que, Nesses termos, a formatação “adversarial” traz inegáveis benefícios justamente por abrir espaço para que a exploração da prova seja efetuada, inicialmente, pelo sujeito parcial responsável pela introdução daquela fonte no processo. Conhecedor, a princípio e em tese, daquilo que será exposto pela testemunha, nada mais natural que o sujeito parcial explore a fonte, obtendo assim as provas que lhe pareçam necessárias e suficiente para reforço de sua(s) tese(s).¹⁵

Cumprе ressaltar, porém, que **ao Juiz não se deve reservar, aqui, o papel de mero fiscal do ato processual**: ao final da *cross examination* pode e deve inquirir a testemunha sobre as questões que ainda considere pertinentes. Evitam-se com isso, como adverte Zilli, “*inaceitáveis hipertrofias de qualquer um dos sujeitos processuais*”.¹⁶

Tal sistema de instrução testemunhal, já adotado em Portugal¹⁷ e na Itália¹⁸, não deve demorar a ingressar no ordenamento jurídico brasileiro, pois se aprovada a reforma do Código de Processo Penal (ante-

¹⁴ Ob. cit., p. 152/153.

¹⁵ Ob. cit., p. 189/190.

¹⁶ Ob. cit., p. 190.

¹⁷ O Código de Processo Penal português, em seu art. 348, dispõe que, na audiência “seguidamente a testemunha é inquirida por quem a indicou, sendo depois sujeita a contra interrogatório. Quando neste forem suscitadas questões não levantadas no interrogatório directo, quem tiver indicado a testemunha pode reinquiri-la sobre aquelas questões, podendo seguir-se novo contra-interrogatório com o mesmo âmbito” (§ 4º). Os julgadores também podem fazer perguntas: “os juizes e os jurados podem, a qualquer momento, formular à testemunha as perguntas que entenderem necessárias para esclarecimento do depoimento prestado e para boa decisão da causa” (§ 5º).

¹⁸ O Código de Processo Penal italiano de 1988 instituiu o “esame diretto e controesame dei testimoni”, determinando em seu art. 498 que “le domande sono rivolte direttamente dal pubblico ministero o dal difensore che ha chiesto l’ esame del testimone”. Ao juiz, são deferidos poderes integrativos suplementares, a teor do art. 506 do “Codici”: “Il presidente anche su richiesta di altro componente del collegio può rivolgere domande a testimoni, ai periti e ai tecnici, alle persone indicate dall’ articolo 210 ed alle parti già esaminate, solo dopo l’ esame e il controesame”.

projeto nº 4.205/2001) que tramita no Congresso Nacional, ficará assim redigido o art. 212 do CPP:

Art. 212. As perguntas serão formuladas pelas partes diretamente à testemunha, não admitindo o juiz aquelas que puderem induzir a resposta, não tiverem relação com a causa ou importarem na repetição de outra já respondida.

Parágrafo único. Sobre os pontos não esclarecidos, o juiz poderá complementar a inquirição.

Por outro lado, o que não nos parece possível, por absolutamente incompatível com um processo penal democrático, é **a atribuição de poderes persecutórios ao juiz antes de deflagrada a ação penal**, como v.g., a requisição de inquérito policial, a fixação de prazo para conclusão de procedimentos investigatórios à Polícia e, mesmo, o controle da obrigatoriedade do exercício da ação penal.

A propósito, lamenta-se que a Lei nº 9.034/95, em seu art. 3º, tenha criado a figura do juiz investigador, que **pessoalmente** e antes da instauração do processo, deve colher dados, documentos e outras informações em locais predeterminados pela Polícia.

Adotamos, aqui, a contundente opinião de Luiz Flávio Gomes, para quem,

o legislador, a pretexto de resguardar o sigilo probatório (sigilo este decorrente da tutela da privacidade das pessoas) acabou criando - dizemos isso com a devida vênia - uma monstruosidade, qual seja, a do juiz inquisidor (...). A lei, ao atribuir ao juiz a tarefa de colher provas fora do processo, quebrou o princípio da imparcialidade e, assim, violou o devido processo legal previsto no art. 5º, LIV. Também por isso é inconstitucional. A radical mudança da posição constitucional do juiz brasileiro, não fosse derivada de uma disposição inconstitucional e, portanto, inválida, configuraria, como afirmamos, um clamoroso retrocesso. Seria um caminhar na contramão da história. A tendência moderna não é transformar o juiz em protagonista principal da colheita de provas. Exatamente o oposto vem ocorrendo. O juizado de instrução napoleônico está em descrédito e em decadência.¹⁹

¹⁹ GOMES, Luiz Flávio; CEVINI, Raúl. **Crime organizado. Enfoques criminológico, jurídico (Lei nº 9.034/95) e político criminal**, São Paulo, RT, 1995, p. 103-1114.

Nesse sentido, vale registrar a recente decisão do Plenário da Suprema Corte que, julgando ADI intentada pela Exmo. Sr. Procurador-Geral da República (nº 1517), em 12.2.2004, por maioria de votos, **declarou a inconstitucionalidade do dispositivo em comento** afastando-o definitivamente do ordenamento jurídico brasileiro.

À guisa de conclusão, podemos afirmar que, depois da Carta de 1988, ao juiz não podem mais ser atribuídos poderes inquisitórios na fase pré-processual, e os que forem exercidos *ex officio* durante o processo, hão de sê-lo com comedimento e eqüidistância, podendo a lei vir a limitar tal atividade, a exemplo do que já se faz no direito italiano²⁰.

Entre correr o risco de obter um primeiro veredicto parcial e o sacrifício da verdade *possível*, preferimos o primeiro, até porque eventuais erros do julgador sempre poderão ser corrigidos na segunda instância, onde oficiam magistrados que não participaram da instrução criminal nem da colheita da prova. Demais disso, parece certo que a segunda opção aqui referida - sacrifício da verdade *possível* - também resultaria num julgamento parcial e, pior do que isso, injusto ...

A propósito, não há indícios de que, num futuro próximo, a regra do art. 156, segunda parte, do atual Código de Processo Penal venha a ser excluída do ordenamento jurídico brasileiro. Ao revés, ela foi expressamente mantida tanto no antigo anteprojeto de reforma daquele diploma elaborado pelo Prof. Frederico Marques²¹, quanto no texto recentemente redigido pela comissão presidida pela Prof^a. Ada Pellegrini Grinover. É o que prevê o anteprojeto de Lei nº 4.205/2001, que tramita no Congresso Nacional.

Releva notar, por último, que o código-modelo de processo penal para a América Latina, que já inspirou o direito positivo interno de países como o Uruguai e Costa Rica, determina aos julgadores "*el deber de procurar por sí la averiguación de la verdad mediante los medios de prueba permitidos*", ressaltando porém que tal atividade só pode ser exercitada "*durante el juicio*", e em determinadas circunstâncias e condições (art. 147, 1^a e 2^a partes, respectivamente).◆

²⁰ A propósito, assim dispõe o art. 190-2 do **Codice de Procedura Penale italiano**: "*la legge stabilisce i casi in cui le prove sono ammesse di ufficio.*"

Ampliação do Conceito de Infração de Menor Potencial Ofensivo e Lei 10.741/03 (Estatuto do Idoso)

ALEXANDRE COUTO JOPPERT

Promotor de Justiça/RJ. Professor de Direito Penal da Universidade Cândido Mendes, do Curso de Pós-graduação da Universidade Estácio de Sá e do Curso Jurídico CEPAD. Membro da Comissão da CONAMP, para reforma do Código Penal e do Código de Processo Penal.

Sabe-se que no dia 12 de julho de 2001 foi sancionada, e publicada no dia seguinte, a Lei n.º 10.259/01, disciplinando os Juizados Especiais Cíveis e Criminais no âmbito da Justiça Federal.

Da análise dos dispositivos a ela concernentes, percebeu-se desde logo, que apesar de o legislador ter restringido seu alcance às ações e processos de competência da Justiça Federal, o novo diploma legal acabou por promover substanciais alterações na Lei n.º 9.099/95, mormente quanto ao novo conceito de infração de menor potencial ofensivo.

De fato, com o advento da Lei n.º 10.259/2001, o legislador ordinário voltou a conceituar as infrações penais de menor lesividade, em tese restrito ao âmbito federal, promovendo expressivo alargamento em seu conceito para abranger, também, os crimes cuja pena máxima cominada não fosse superior a 2 (dois) anos, e aqueles apenados alternativamente com multa. Vejamos o que diz o parágrafo único, do artigo 2º do aludido diploma legal:

“Art. 2º [...]

Parágrafo único. *Consideram-se infrações de menor potencial ofensivo, para efeitos desta Lei, os crimes a que a lei comine pena máxima dois anos, ou multa.”* (grifo não-original).

Sobre o assunto, embora tenham sido erguidas isoladas vozes de resistência, a doutrina quase unânime concluiu pela inequívoca derrogação do art. 61, da Lei 9.099/95, afirmando que a partir da entrada em vigor da Lei n.º 10.259/01, numa visão sistêmica do

ordenamento jurídico, seriam infrações penais de menor potencial ofensivo: 1) As contravenções penais; 2) Os crimes punidos com pena privativa de liberdade, cuja pena máxima não fosse superior a 2 (dois) anos, independente de terem ou não procedimento específico.

○ tema parecia se encontrar pacificado.

Todavia, em janeiro de 2004 passou a vigor a Lei nº10.741/03, tida como Estatuto do Idoso, que em seu Título VI, elencou uma relação de crimes, em que os idosos figurariam como sujeitos passivos, fixando as respectivas sanções penais. Nesse âmbito, o art. 94 da noticiada legislação, reascendendo a celeuma sobre a definição de menor lesividade, trouxe a seguinte determinação:

*“Art. 94. Aos crimes previstos nesta Lei, cuja pena máxima privativa de liberdade não ultrapasse 4 (quatro) anos, **aplica-se o procedimento previsto na Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995 (GN)**, e, no que couber, as disposições do Código Penal e Código de Processo Penal”.*

Ora, ao inserir referido comando legal, o legislador ordinário nada mais fez, senão considerar que os crimes capitulados no Título VI, do Estatuto do Idoso, cujas penas máximas não ultrapassem quatro anos, devem ser reputados infrações de menor potencial ofensivo, seguindo assim o procedimento previsto na Lei 9.099/95.

Não é difícil concluir, portanto, que ainda que involuntariamente, o legislador acabou por promover um alargamento ainda maior na conceituação de infração de menor lesividade, englobando todos os crimes cujas penas máximas não ultrapassem 4 anos, sejam eles de competência da Justiça Federal ou Estadual, estejam eles inseridos ou não no Título VI, da Lei nº10.741/03. Assim sendo, devem ser considerados tacitamente derogados o art. 61, da Lei 9.099/95, bem como o art. 2º, parágrafo único, da Lei 10.259/01.

Poder-se-ia alegar que as disposições da Lei nº 10.741/03 não têm o condão de derogar os preceitos determinados pela Lei nº 9.099/95, uma vez que aquela tem aplicação específica aos crimes capitulados no próprio Estatuto do Idoso, haja vista que o novo diploma, ao determinar a observância do procedimento sumaríssimo para os injustos cujas penas máximas não excedam 4 anos, faz a expressa ressalva de que o aludido comando é aplicável “para os crimes definidos nesta Lei” (art. 94).

Trata-se no entanto de argumentação falha, e portanto, inaceitável.

De fato, a Constituição brasileira de 1988 consagrou a chamada igualdade substancial ou real em nosso ordenamento jurídico. Com efeito, em homenagem ao princípio da isonomia, devem ser tratadas igualmente as situações iguais e desigualmente as distintas (art. 5º, caput). A não ser que pretendamos menosprezar o noticiado princípio, torna-se evidente o fato de que a ressalva contida no art. 94, da Lei nº 10.741/03, no sentido de que o conceito de menor potencial ofensivo ali arquitetado só é aplicável para os injustos previstos naquela legislação, constitui-se em um nada jurídico, sem nenhuma aplicabilidade, pois o princípio da isonomia substancial afasta a distinção esdruxulamente pretendida pelo legislador ordinário.

Em atenção aos postulados da igualdade, razoabilidade e coerência, não há como não estender o procedimento da Lei 9.099/95 para todos os delitos, cujas penas máximas não superem quatro anos. Não há como estabelecer diferenciações em matéria processual penal de molde a fixar um conceito de infração penal de menor potencial ofensivo para os crimes cometidos contra os idosos, e outro diverso, a ser aplicável aos demais delitos.

É absolutamente óbvio que o juízo de reprovação social não se modifica diante da espécie de lei penal na qual se encontra descrito certo crime, mas sim nos limites de pena a ele reservados. A natureza da menor ofensividade da infração, estribada na quantidade de pena, é única, e deve ser adotada sempre que a pena máxima não ultrapasse 4 anos. Seria subversão ao princípio da isonomia, admitir-se que fatos típicos de mesma gravidade sancionatória, apenas por estarem ou não dentro de um diploma legal específico, tivessem distintas conceituações de menor lesividade, e recebessem tratamento processual diferente.

Sob pena de gerarmos verdadeira monstruosidade jurídica, não se pode admitir que um crime de submissão de idoso a condições desumanas, das quais advenham lesões corporais graves (art. 99, parágrafo 1º, da Lei 10.741/03) seja considerado infração de menor potencial ofensivo (com todas as medidas despenalizadoras previstas na Lei 9.099/95), e o crime de furto simples (art. 155, caput, do CP) não o ser. Não existe diferença valorativa alguma na gravidade dos fatos. O valor dos bens e a intensidade do ataque são, no mínimo iguais, eis que idênticos os limites de pena privativa de liberdade reservados aos dois injustos (reclusão de 1 a 4 anos).

Aqui mais do que nunca, impõe-se a máxima jurídica: “Para a mesma razão, a mesma solução”. Para fatos de mesma gravidade, tratamento igualitário.

Por tais razões, pode-se afirmar com segurança, que o art. 94, da Lei n.º 10.741/03, no que se refere à utilização da quantidade de pena cominada aos crimes, para definir a menor potencialidade ofensiva, acabou por efetuar a derrogação tácita do artigo 61 da Lei n.º 9.099/95, e do art. 2º, parágrafo único, da Lei 10.259/01, uma vez que os dispositivos disciplinam a mesma matéria, utilizando-se do mesmo critério determinante. Por tal razão, deflui-se que a menor ofensividade no Brasil, seja para os crimes de competência da Justiça Federal, seja para os da Justiça Comum, estejam ou não incluídos no Título VI, do Estatuto do Idoso, está delimitada para todas as espécies delituosas, cuja reprimenda sancionatória não supere 4 anos, além, é claro, das contravenções penais, independentemente dos limites de apenação.

E não é só. A exemplo do sistema conceitual já desenvolvido pela Lei 10.259/01, o novo texto derogador não excluiu da competência do Juizado Especial Criminal os delitos que possuam rito especial, alcançando, por exemplo, não só crimes como furto simples, dano qualificado, abandono de incapaz, como também os delitos de rito específico, tais como os de injúria qualificada, peculato mediante erro de outrem, advocacia administrativa etc.

Nesse passo, não é difícil vislumbrar as enormes modificações no plano prático, com o início da vigência do Estatuto do Idoso, já que o processamento dos delitos, cujas penas máximas não ultrapassem 4 anos, deixarão de seguir as regras do CPP e das leis especiais que estabeleciam rito específico, para seguirem os ditames da própria Lei n.º 9.099/95 no que se refere à fase policial e judicial. Dessa forma, a partir de janeiro de 2004, deverá ser lavrado termo circunstanciado e não auto de prisão em flagrante em relação àquele que, por exemplo, for detido subtraindo coisa alheia móvel para si ou para outrem. O procedimento a ser seguido em juízo, após a realização de audiência preliminar em que se frustrar a tentativa de transação, será o rito sumaríssimo da Lei n.º 9.099/95 e não o rito ordinário, eis que o delito passou a ser considerado de menor potencial ofensivo.

Superada que está a questão da derrogação do art. 61 da Lei 9.099/95, e do art. 2º, parágrafo único, da Lei 10.259/01, resta-

nos analisar a problemática acerca da retroatividade do art. 94, do Estatuto do Idoso, aos fatos anteriores à sua vigência.

Nesse ponto, convém registrar, desde já, o claro dispositivo contido no parágrafo único, do artigo 2º, do Código Penal, que assim estatui:

“Art. 2º [...]

Parágrafo único. *A lei posterior **que de qualquer modo favorecer o agente**, aplica-se aos fatos anteriores, ainda que decididos por sentença condenatória transitada em julgado”* (grifo nosso)

Ora, a norma contida no art. 94, da Lei 10.741/03, ampliando ainda mais a definição de infração penal de menor lesividade, é inquestionavelmente mais benéfica que os dispositivos a ela antecedentes, fazendo com que os institutos despenalizadores, todos com consequências penais, tais como, composição do danos civis, transação penal e suspensão condicional do processo penal alcancem um número ainda maior de injustos penais.

Por tais motivos, e em observância ao princípio da retroatividade da Lei Penal mais benéfica, pode-se afirmar que a nova sistemática conceitual operada pela Lei nº10.741/03 deve ser aplicada inclusive aos fatos ocorridos anteriormente à sua vigência. Desta forma, os feitos em curso que noticiem a ocorrência de crimes, cujas penas máximas cominadas nos tipos legais não sejam superiores a 4 anos, tenham ou não rito especial, são merecedores de imediata aplicação dos institutos despenalizadores contidos na Lei 9.099/95. ♦

O Cartão de Crédito e suas complexas Relações Jurídicas

LÍLIA MARIA LEITE TAMBINI PINTO

Advogada. Ex-bancária.

Temos vivenciado um interesse enorme das instituições financeiras em lançar no mercado consumidor os seus mais variados tipos e bandeiras de cartão de crédito. Isto porque o cartão apresenta uma multiplicidade de funções que agiliza os serviços bancários bem como fideliza o usuário à instituição que garante o seu crédito. O interesse das administradoras de cartão de crédito é ainda maior, posto que a taxa de administração cobrada assegura o risco de inadimplência, gerando grandes lucros. Somado a tudo isto, temos a necessidade premente do ser humano em consumir, notadamente em países como o nosso, em que o acesso a bens representa sucesso e poder. O conforto nem sempre é o principal motivador para o consumo, mas a aparência de realização e sucesso na sociedade. Assim é que, sendo o cartão de crédito a forma mais prática de realizar suas compras, com a possibilidade, inclusive, de parcelamento de seu crédito sem a burocracia da venda a prazo oferecida pelo vendedor, a procura pela moeda eletrônica, como são conhecidos os cartões de crédito, tem crescido assustadoramente, alcançando mercados de baixo potencial como os das cidades pequenas do interior de nosso país.

A maioria dos estudos e artigos, bem como a escassa doutrina existente, ao apresentarem as relações jurídicas que formam o sistema de cartões de crédito, tratam de apenas três contratos: administradora e afiliados, administradora e usuário e administradora e instituição financeira. No entanto, na estrutura vigente, mister se faz que incluamos a relação entre usuário/cliente e a instituição financeira que imprime sua marca nos cartões que distribui, e cuja venda financia, repassando à administradora o crédito. É importante ressaltar que, na prática, em sua grande maioria, o cliente, quando da adesão ao cartão de crédito, desconhece sua "bandeira" (administradora), considerando-o um produto do banco do qual é cliente. Não se pode, portanto, desconsiderar

a relação entre o usuário e a instituição financeira, posto que a relação de fidúcia que gera o negócio se dá entre estes dois e não entre o usuário e a administradora, que é sempre “virtual”, haja vista que o usuário só entra em contato com a administradora quando necessita resolver problemas surgidos na fatura ou de extravio ou furto de cartão e sempre através de telefone ou *internet*. Todo o relacionamento se dá, de fato, dentro de uma agência bancária.

Partiremos, portanto, do princípio da existência de quatro contratos relacionados entre si, não nos esquecendo de que há um quinto momento em toda essa intrincada rede de relações jurídicas, o momento do consumo final, entre o usuário e o estabelecimento afiliado, na hora da compra e venda de bens ou serviços.

CONTRATO N.º 1: ADMINISTRADORA E AFILIADOS

A afiliação se dá através de um simples contrato de adesão, sem cláusulas impressas no formulário a ser preenchido, ficando na rede bancária que intermedeia o contrato, à disposição do estabelecimento empresarial, as cláusulas gerais, ou, pior, são encaminhadas pela Administradora, depois da afiliação, junto com o terminal de venda e os adesivos de *marketing*, o que pode ensejar futuros conflitos por desconhecimento do teor do negócio realizado. Como todo contrato de adesão, o Termo de Afiliação, em suas cláusulas gerais, ao elencar as obrigações de ambas as partes, o faz impositivamente e em evidente disparidade, apresentando excessivamente mais obrigações ao estabelecimento afiliado do que à Administradora de Cartões de Crédito.

Cabe à administradora reembolsar o afiliado das despesas contraídas pelos usuários, respeitando os limites de crédito previamente concedidos, e responder pelos riscos de inadimplência, insolvência, falência ou concordata do comprador, ficando sub-rogado em todos os direitos do fornecedor para agir contra o titular do cartão. Qual seria, então, a natureza jurídica deste contrato? Há grande discussão em torno desta questão.

Há quem diga que é contrato de mandato, em nome do titular, mas se assim fosse, dispensável seria o contrato entre a Administradora e a Instituição Bancária, visto que aquela não precisaria de crédito aberto para financiar as compras, sendo apenas repassadora do crédito recebido pelo titular do cartão, o que não ocorre, haja vista que as condi-

ções de pagamento, bem como o seu valor, podem ser diferentes dos originais. Também não é contrato de abertura de crédito, não há crédito aberto em favor do afiliado, não há limite de crédito estipulado em favor dos estabelecimentos. Há quem afirme, em pólos opostos, mas com o mesmo fundamento doutrinário, que o contrato é uma assunção de dívida, em que o titular do cartão transfere a sua dívida à administradora, independente da anuência da afiliada; ou, por outro enfoque, que é uma cessão de crédito em que o afiliado transfere o crédito à administradora, independente da anuência do titular. Há, ainda, quem afirme ser sub-rogação convencional, entendendo outros que seja comissão mercantil. Outros, ainda, estipulação em favor de terceiro. Nenhuma destas teorias é suficiente para definir a natureza jurídica de tão recente e moderno instituto.

Othon Sidou ensina que o negócio jurídico que o usuário realiza ao aderir ao sistema de cartão de crédito é uma promessa de fato de terceiro. Entendemos ser esta a natureza jurídica do contrato firmado entre o estabelecimento afiliado e a Administradora, que assume o cumprimento da contraprestação devida pelo titular do cartão, no prazo estipulado no contrato. A gênese da obrigação não é uma dívida cedida pelo afiliado à Administradora de Cartões, que não assume a posição do titular nem do afiliado, e sim a dívida que ela assume no contrato que realiza com o usuário do cartão. É, portanto, dívida da própria Administradora. A dificuldade de se definir a natureza jurídica dessa espécie de contrato reside, principalmente, no fato de ser este um contrato entre vários que formam um sistema único de relações obrigacionais entre si.

CONTRATO N.º 2: ADMINISTRADORA E INSTITUIÇÃO FINANCEIRA

Diferentemente do que acontecia no passado, as Administradoras, hoje, em sua imensa maioria, associam-se contratualmente a uma ou mais instituições financeiras. Tal associação se justifica pelo fato de as Administradoras de Cartão de Crédito não serem consideradas instituições financeiras, conforme reconhecido pelo Banco Central através de sua Circular n.º 2044/91 em seu artigo 3º, estando, portanto, impedidas de cobrar juros bancários. Em caso de inadimplência do usuário e tendo por obrigação saldar a dívida junto ao estabelecimento afiliado, a Administradora recebe do banco associado um crédito e o re-

passa ao usuário, que, ao pagar, não o faz ao caixa da Administradora, mas do banco, este sim responsável pela cobrança dos juros da fatura líquida em atraso. Para que possa agir assim, a Administradora, impositivamente, inclui no contrato de adesão que realiza com o usuário a cláusula-mandato, cuja liceidade não discutiremos neste trabalho. Tal cláusula tem motivado constante debate nos Tribunais, sendo majoritária a corrente doutrinária – e não tão majoritária assim a jurisprudência – que reconhece a abusividade desta cláusula. Assim, atualmente, os contratos de adesão têm sido formalizados diretamente com os bancos e não mais com as administradoras, sendo o usuário correntista ou não, a fim de se evitarem os litígios.

Outro motivo para as Administradoras buscarem associar-se a instituições financeiras é a amplitude da parceria, pois bancos como Bradesco e Banco do Brasil, que dispõem de agências espalhadas por todo o País, são mais eficientes no *marketing*, nas adesões e na distribuição dos cartões, visto abarcarem um maior número de usuários. Este contrato é o único desta relação contratual multifacetada que não é de adesão ou contrato-tipo, já que ambas as partes discutem suas cláusulas.

CONTRATO N.º 3: ADMINISTRADORA E USUÁRIO

A relação contratual entre titular/usuário e a Administradora tem-se tornado cada vez mais rara no Brasil. Até há poucos anos, quando o cliente adquiria um cartão de crédito, ele o fazia, ainda que mediante relacionamento com o banco de onde era correntista, através de um contrato de adesão com a marca do cartão, ou seja, com a Administradora. O da Visa, por exemplo, denominava-se “Contrato de Adesão à Visa Administradora de Cartões de Crédito”. Se o usuário era também correntista, o cartão vinha com as funções próprias para movimento da conta-corrente; se não correntista, o banco intermediava a venda, recebendo para tanto uma comissão sobre o valor da anuidade paga à Administradora.

O problema principal deste tipo de cartão – daí o relacionamento hoje se dar prioritariamente com uma instituição financeira – é exatamente a possível (e cada vez mais comum no Brasil) inadimplência. Não quitada a fatura pelo usuário, a Administradora, que não está autorizada a emprestar nem a cobrar encargos, já que não é instituição financeira, vê-se obrigada a recorrer a um banco para obter empréstimo

com o qual paga ao estabelecimento comercial afiliado e cujos juros repassa ao usuário inadimplente. Desta forma, o risco é todo da Administradora, inclusive o encargo da cobrança.

Apesar das mudanças, as Administradoras ainda têm sua equipe de *marketing*, com vendas sem intermediação bancária. Um exemplo é o Amex – American Express Card – que, sem se associar a bancos, envia a proposta via correio ou através de telefone, o que é bastante inconveniente para quem a recebe, dada a insistência dos atendentes. É importante ressaltar que, percebendo que perdia um setor do mercado consumidor de cartões de crédito, o Amex afiliou-se à marca Visa para compartilhamento dos terminais de venda *on line*, mais conhecidos como maquinetas para cartão. Com isto, a empresa aproveita uma estrutura já existente de afiliação de estabelecimentos, priorizando apenas o *marketing* e as novas adesões de usuários.

Atualmente, o contrato de adesão é formalizado, na maioria dos casos, com o banco emissor do cartão, por razões várias, algumas já apresentadas, outras que elencaremos mais adiante, ao tratarmos do contrato realizado entre usuários e bancos. É oportuno notar como o instituto do cartão de crédito, pela sua modernidade, assim como os computadores, sofre constantes alterações em sua estrutura, dificultando o trabalho do operador de direito, que nem sempre se atualiza com a rapidez dos avanços tecnológicos. Assim é que, se há dez anos o cartão continha apenas a função de crédito para fins de consumo, e se há cinco anos surgiram as funções bancárias, há muito pouco tempo o cartão incorporou a estas duas funções a nova função de débito, ainda sem norma que a regulamente. É de ver que urge a necessidade de dispositivos reguladores de tantas novas funções para tão recente instituto.

Como, porém, ainda existem, apesar de em menor escala, contratos entre o usuário e a administradora sem intermediação bancária, é importante classificá-los. São contratos através dos quais a Administradora abre um crédito pessoal ao usuário, com o fim único de consumo, para ser utilizado junto à rede de afiliados, sendo certo que o débito a ele referente deve ser quitado no dia acordado, através da fatura emitida. Como contraprestação por este serviço, a Administradora cobra anuidade, geralmente parcelada, exigida na mesma fatura das compras. Como o fim do crédito aberto é de consumo, tais contratos regem-se pelo Código de Defesa do Consumidor.

CONTRATO N.º 4: USUÁRIO E AFILIADOS

Todos os contratos de cartão de crédito afluem para o momento final: a compra e venda de bens e serviços. Logo, o contrato que nasce no momento do negócio realizado entre o usuário do cartão e o estabelecimento afiliado é a razão de ser de todos os demais contratos do sistema de cartões de crédito. É a este fim que eles se destinam. Este, portanto, é um contrato atípico pelo qual a afiliada entrega um bem ao titular sendo o pagamento deste efetuado pela administradora do cartão, em regra, em 30 dias, com desconto do percentual da taxa de administração – comissão recebida pela administradora pela prestação de serviço ao afiliado – independente da adimplência do usuário com a administradora. O risco do estabelecimento é nenhum, enquanto o contrato existir. No momento do cancelamento do contrato entre o usuário e a administradora ou entre o usuário e o banco, o risco da operação é inteiramente do estabelecimento. Daí a importância de se verificar a idoneidade do cartão. Se o estabelecimento não se utilizar de todos os mecanismos disponíveis para a efetivação segura da venda, incorre em culpa por negligência, já que é sua responsabilidade conferir a assinatura do titular, bem como a validade do cartão. Em caso de dúvida, pode ainda recorrer às Centrais de Atendimento ao Estabelecimento Afiliado, que confirmarão a existência e validade do contrato entre o Usuário e a Administradora ou Banco.

Este contrato não forma o sistema de cartão de crédito, apenas o caracteriza, já que o cartão pode existir, gerar direitos e obrigações – cobrança de anuidade do usuário, repasse da comissão do banco, responsabilidade pelo roubo ou extravio – sem que jamais tenha sido utilizado nas relações de consumo.

CONTRATO N.º 5: INSTITUIÇÃO FINANCEIRA E USUÁRIO

É cada vez mais comum, atualmente, a existência de contratos de adesão a sistema de cartão de crédito formalizados com instituições financeiras e não com administradoras. Isto porque, como já referido, as administradoras não podem cobrar juros, o que dificulta o cumprimento da obrigação de quitar o saldo da fatura do usuário inadimplente junto aos estabelecimentos. Diminui-se, então, a carga obrigacional das administradoras e inclui-se a figura dos bancos. Além disto, outros fatores influenciaram esta mudança na intrincada rede de contratos conexos

e interdependentes que formam o sistema de cartões de crédito. O surgimento do cartão multiuso, com funções bancárias, de débito e de crédito, bem como a possibilidade de parcelamento das compras no cartão sobrecarregaram a responsabilidade dos bancos, esvaziando em muito a responsabilidade das administradoras. Como o ponto central deste estudo é a relação entre banco e usuário de cartão e suas conseqüências, utilizaremos novo capítulo para tratar deste contrato em particular.

O USUÁRIO E O BANCO

Com o crescente número de demandas judiciais contra as administradoras de cartão de crédito, em face de abusividade de determinadas cláusulas, da discutida ilegalidade da cláusula-mandato, da ilegitimidade das administradoras na cobrança de juros bancários e outros tantos motivos que têm abarrotado nossos Tribunais por todo o País, gerando grandes polêmicas e decisões divergentes e mesmo opostas sobre os mesmos pedidos, apresentando-se diferentes as jurisprudências de um estado para outro, houve uma mudança radical nos contratos de adesão ao sistema de cartões de crédito a partir de meados de 2002: a entidade emissora deixa de ser a administradora e passa a ser o banco. Logo, o usuário contrata com o banco diretamente, e não mais com a administradora através do banco. Isto traz mudanças radicais, principalmente no que concerne à legalidade da cobrança dos juros bancários e à cláusula mandato, que desaparece pela sua desnecessidade. Como já afirmamos, nem todos os cartões são bancários, algumas bandeiras são independentes e o contrato é formalizado diretamente com a administradora. No entanto, deter-nos-emos nas relações jurídicas que nascem quando da formalização do contrato de adesão ao sistema de cartão de crédito do banco, visto tais contratos estarem dominando o mercado de cartões.

Quando o cliente abre uma conta, corrente ou de poupança, em um banco, formaliza um contrato de adesão, que envolve todos os serviços e produtos massificados do banco, os quais são em geral, a conta-corrente, poupança, empréstimos do tipo “crédito direto ao consumidor”, limite de cheque especial e cartão multiuso, ainda que não venha a utilizar todos os produtos. A conta, por exemplo, pode não ter cheque especial; o empréstimo pode não ser necessário; não importa, o contrato é único e amplo. Da mesma forma, o cartão pode ter apenas

as funções bancárias, mas o sistema dos cartões de banco é sistema único, agrupando as funções de crédito, débito e bancárias, mesmo que o cartão emitido em face deste contrato único contenha apenas uma das várias funções contratadas. O contrato de adesão aos serviços e produtos do banco é muito simples, com pouquíssimas cláusulas, remetendo o cliente, via de regra, às cláusulas gerais de cada produto, colocadas na instituição financeira à disposição daquele, mas não apresentadas no momento da assinatura do contrato. Ou seja, o cliente assina sem saber como funciona o produto a cuja aquisição está aderindo naquele momento.

Há duas formas de se adquirir cartão de crédito: por iniciativa do cliente que o requisita ou por diligência do próprio banco que lho concede. Mercê dos ganhos obtidos pelo banco com a anuidade, há justificado interesse da instituição financeira em difundir a cultura do cartão de crédito, substituindo, em geral impositivamente, os cartões bancários por cartões de crédito. Assim, é mais fácil convencer o cliente a usar a função crédito quando o cartão está em seu poder do que convencê-lo a adquirir um, mesmo porque o próprio mercado consumidor o estimula a isto. Outra razão para o enorme interesse dos bancos na utilização dos cartões é que o custo sobre o cheque é maior do que o custo sobre o cartão. Quanto mais cartões na praça, menos cheque, menos custos.

Além das compras financiadas, o cartão disponibiliza ao cliente outra linha de crédito: o saque na conta cartão. Todo cartão tem uma conta com um limite para compras estabelecido pelo banco. Consta da fatura tal informação. Deste limite, um percentual pode ser utilizado pelo usuário para saque em dinheiro, a título de empréstimo. Por isto, sobre este saque incidirão juros bancários, cuja taxa consta da fatura. No Banco do Brasil S/A, por exemplo, o percentual para saque é de 25% do limite estabelecido para as compras. Não é um *plus*, haja vista que, sacando o cliente os 25%, restar-lhe-ão 75% para as compras. O usuário pode pagar o empréstimo a qualquer tempo até o dia da fatura, e os juros incidirão até o dia da quitação da dívida. Se, no vencimento da fatura, o cliente não tiver condições de honrar o valor integral, o banco permite que ele, para não incorrer em mora, pague um valor mínimo, parte referente ao capital e parte aos juros. Como qualquer empréstimo, os juros devidos e não pagos integralmente são somados ao restante do capital e exigidos novamente na próxima fatura, com

acréscimo dos juros devidos referentes àquele mês. É uma espécie de parcelamento da dívida. Muitos alegam anatocismo nesta prática. Não entraremos nesta discussão para não fugir do tema. O fato é que o crédito do cartão não é apenas para consumo, mas também para aquisição de empréstimo bancário.

É oportuno, se não trágico, destacar, em tudo o que foi apresentado, a força dos bancos em nosso país. É de suma importância transcrever a posição do douto contratualista Waldirio Bulgarelli neste assunto:

Nessa linha é que há de se ressaltar a excessiva concentração bancária que, monopolizando a coleta, a intermediação e a concessão de créditos, domina a economia do país, impondo suas condições e seus métodos. O monopólio, que é de fato e de direito, manifesta-se pela impossibilidade de guardar dinheiro em outra instituição que não os bancos; pela obrigatoriedade de pagar contas e operar créditos apenas com os bancos e suas coligadas. É o processo concentracionista, aparentemente benéfico pela solidez e redução de custos, vem revelando sua face negativa, na série de exigências que seriam incompreensíveis num regime concorrencial, traduzindo-se pelas tentativas de se eximirem dos riscos e dos custos, às expensas do consumidor, além da precariedade dos serviços que prestam. Em relação aos custos, primeiro se desobrigaram do pagamento de juros aos depositantes; depois passaram a cobrar por todos os serviços, até mesmo pelos talões de cheque; o que faz antever que, em breve, cobrarão também pelos depósitos, não bastassem já poderem imobilizar até 100% do seu capital, conforme a Lei n.º 4.595, 31-12-1964. No que tange aos serviços, o banco "supermercado", entre nós, é realmente desastroso.

Subordina-se, não raro, a obtenção do crédito à compra dos produtos negociados pelo banco: seguros (nos seus vários tipos); turismo; aquisição de letras de câmbio; domicílio bancário da declaração do imposto sobre a renda; participação no fundo de investimento comum ou do sistema do Decreto-lei n.º 157; cheque-ouro e suas modalidades; recolhimento de obrigações fiscais e previdenciárias, como o FGTS, INPS, PIS; pagamento de contas de luz, gás, telefone, crediários etc., além, é claro, do indefectível cartão de crédito.

Tudo se passa numa pressão extremamente delicada, mas, que afinal, tem como consequência inelutável aderir ou não obter crédito.¹

Não há como negar a necessidade premente e atual de se contratar continuamente com os bancos. Até as pessoas mais simples, sem instrução e sem condições financeiras para manter conta em banco, se vêem obrigadas a recorrer a este, seja para receber o benefício do INSS, seja para pagar uma conta de luz, seja para retirar o PIS/PASEP, cadastrar-se no CPF e tantas outras necessidades da vida moderna. Em relação a este ingresso do cidadão comum na esfera bancária, é interessante notar que os bancos têm valorizado a camada de baixa renda da população, apesar de não ser esta aparentemente rentável, por três motivos básicos:

a) os juros são tão altos que cobrem os riscos que advenham de uma possível inadimplência;

b) raramente esta ocorre quando se trata de devedor de baixa renda, segundo observado pelos que lidam com crédito bancário, visto a grande importância dada ao valor do nome, considerado o único bem que possui; e, por fim,

c) se ocorrer inadimplência, tal cliente não tem conhecimento suficiente para recorrer ao Judiciário a fim de resolver os conflitos que venham a surgir.

Todos, portanto, necessitam dos serviços bancários, daí ter-se criado um sistema de subordinação em que os bancos ditam as normas e aos clientes resta aceitá-las ou não. Mas, como já vimos, impossível não aceitá-las, já que, nos dizeres do douto Desembargador do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, Roberto Wider:

A prática da vida social revela essa impossibilidade de recusa na celebração desses contratos que regem interesses econômicos impostergáveis, entre os quais são exemplos significantes, (...) os de seguros e bancários, onde o princípio da livre concorrência é insuficiente para a proteção dos consumidores.²

¹ BULGARELLI, Waldirio. **Contratos Mercantis**. 13 ed. São Paulo: Atlas, 2000. p. 671.

² WIDER, Roberto. "O Direito dos Contratos e a Autonomia da Vontade. A Proteção Especial do Consumidores". **Revista de Direito do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro, n. 54, p. 21, jan.-mar. 2003

Se se rejeitam as regras de um banco, forçosamente se aceitam as de outro, em regra muito semelhantes. A concorrência não altera a forma de contratar, o cliente permanece em posição inferior, assumindo o pólo mais fraco jurídica e economicamente. Logo:

*Os mecanismos de concorrência não são satisfatórios, não só por aquelas reconhecidas deficiências que colocam o consumidor em estágio de inferioridade, mas, pelos próprios mecanismos do mercado, que dificultam ou mesmo anulam as opções, inclusive pela uniformização das ofertas pela própria concorrência.*³

Não há opção, não há escolha, mesmo que se mude de banco, os contratos de adesão serão os mesmos, contendo as mesmas regras. Daí a necessidade da intervenção estatal no disciplinamento das relações em que há visível desigualdade nas partes contratantes. Daí a necessidade de se aplicar o Código de Defesa do Consumidor nas relações bancárias.

O Codecon, ao normatizar as relações de consumo, incluiu expressamente os serviços bancários. Há quem discorde, uma minoria, mas aqueles que laboram em instituições financeiras são unânimes em afirmar que os bancos devem ser equiparados à empresa comercial, haja vista os empregados serem preparados para atuar em vendas: venda de títulos de capitalização, de seguros, de planos de previdência privada, entre outros produtos oferecidos pelos bancos. É lógico que os banqueiros não desejam ver reconhecida tal equiparação jurídica, posto o Código de Defesa do Consumidor cerceá-los-á em sua liberdade de explorar a boa-fé alheia.

Mas o Código de Defesa do Consumidor não é suficiente. O protecionismo político aos bancos é tão ofensivo que se faz necessária uma legislação específica para os cartões de crédito, a fim de tutelar não só o usuário, mas os estabelecimentos afiliados, muitas vezes obrigados a assumir responsabilidades que caberiam ao banco emissor do cartão. Acima da necessidade de regular o sistema de cartões, está a necessidade de impedir a agiotagem legalizada dos bancos, que atinge a todos genericamente, desde o cliente bancário denominado “popular”, que utiliza pequenos empréstimos massificados, até o “preferencial”, que não é só tomador de dinheiro, mas aplicador, utilizando-se ou não do cartão de crédito.

³ *Ibid.*, p. 32

CONCLUSÃO

O cartão de crédito é instituto novo, não porque criado recentemente, mas porque se modifica na velocidade da informática, ou seja, quando começamos a entender como funciona, já se alterou em forma e substância. Some-se a isso o fato de constituir, como já explanado, uma intrincada rede de contratos conexos entre si. A cada dia, as relações jurídicas que nascem da utilização do cartão bancário, seja nas funções crédito, débito ou bancária, aumentam significativamente, tendo em vista a modernização do sistema financeiro, que torna a ida do cliente à agência cada vez menos necessária. Diante de tudo isto, impõe-se premência na elaboração de lei que regule tais relações.

Se, na visão político-administrativa dos governos, os juros devem seguir as regras do mercado, na visão sociojurídica do Judiciário os juros deveriam ser limitados para que houvesse, de fato, justiça social. Se a Carta Magna afirma ser o Brasil um Estado Democrático de Direito, a Lei é o maior instrumento de Justiça Social. No entanto, parecemos mais um Estado Econômico de Direito, no qual as leis existem para tutelar a economia, e a visão macroeconômica impera sobre a visão “microindivíduo”. O sofisma do social em detrimento do individual é um engodo, com conseqüências avassaladoras sobre o povo: o aumento absurdo do desemprego e da pobreza, estagnação da economia interna, abismo entre ricos e pobres, sistema de saúde decadente, previdência em crise, educação deficitária.

Este trabalho não teve a pretensão de mudar a visão sobre o Brasil, nem tampouco de tratar de questões políticas, mas não se pode falar em justiça dissociada de um posicionamento político diante dos problemas e dificuldades do país. Não houve intenção também de esgotar o tema Cartão de Crédito, havendo muito ainda a falar sobre ele. No entanto, o objetivo foi o de proporcionar uma visão geral do sistema de cartões de crédito, bem como o de atualizar o estudo, visto terem ocorrido, recentemente, alterações significativas, o que deve gerar significativa influência nas decisões dos tribunais sobre a matéria. O objetivo final é, portanto, contribuir. ♦