

ISSN 1415-4951  
(versão impressa)

Revista da  
**EMERJ**



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

Vol. 7 - Nº 27 - 2004



ISSN 1415-4951  
(versão impressa)

REVISTA DA

# EMERJ

**v. 7 - n. 27 - 2004**

*Julho/Agosto/Setembro*

**Rio de Janeiro**

© **2004, EMERJ**

**Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro - EMERJ**

Revista doutrinária destinada ao enriquecimento da cultura jurídica do País.

**Conselho Editorial:**

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

**Coordenador Editorial:** Des. Décio Xavier Gama

**Produção Gráfico- Editorial: Divisão de Publicações da EMERJ**

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

**Apoio Cultural:** Banco do Brasil

**Tiragem:** 5.000 exemplares

Revista da EMERJ. v. 1, n. 1 - EMERJ, 1998. v. Trimestral - ISSN 1415-4951 V.1, n. 4, 1998: Anais da 4ª Semana de Integração Jurídica Interamericana Número Especial 2003. Anais dos Seminários EMERJ Debate o Novo Código Civil, parte I, fevereiro a junho 2002. Número Especial 2004. Anais dos Seminários EMERJ Debate o Novo Código Civil, parte II, julho/2002 a abril/2003. 1. Direito - Periódicos. I. Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro - EMERJ.	Rio de Janeiro:                CDD 340.05 CDU 34(05)
--	---

Todos os direitos reservados à  
Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro - EMERJ  
Av. Erasmo Braga, 115/4º andar - CEP: 20026-900 - Rio de Janeiro - RJ  
Telefones: (21) 2588-3400 / 2588-3471 / 2588-3376 - Fax: (21) 2533-4860  
**[www.emerj.rj.gov.br](http://www.emerj.rj.gov.br) - [emerjpublicacoes@tj.rj.gov.br](mailto:emerjpublicacoes@tj.rj.gov.br)**



## **DIRETORIA DA EMERJ**

### **Diretor-Geral**

Des. Sergio Cavalieri Filho

### **Conselho Consultivo**

Des. Celso Guedes

Des. Paulo Sérgio de Araújo e Silva Fabião

Des. Wilson Marques

Des. Sylvio Capanema de Souza

Des. Luiz Roldão de Freitas Gomes

Des<sup>a</sup>. 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



# Caminhamos ainda na Primavera

**DÉCIO XAVIER GAMA**

*Desembargador do TJ/RJ*

Com a edição deste 27º número da REVISTA DA EMERJ estamos sentindo, ainda, os últimos sinais do frio intenso deste ano com o que ingressamos no agradável clima de sonhos, de próximo tempo mais ameno, de bons augúrios, mas também de preparo para o encerramento das tarefas que ainda restam do ano. Bom seria vivermos por maior tempo sempre nessa aura de primavera, com o perfume das flores e a companhia de ventos aprazíveis, com dias alegres de sol, seguidos de luar de agosto, sempre e sempre.

Quimeras..., fantasia, esperança! Temos todos, em dias atuais, aspiração de paz, desejo de concórdia, anseio de entendimento entre os povos. Longe de todos, queira Deus, a violência que perturba este começo de século.

Preparamos com o maior cuidado e sempre com a colaboração de amigos da ESCOLA e da REVISTA, a penúltima que será editada neste ano de 2004. Pensamos profundamente em nossa missão e revivemos a cada dia o nosso Tribunal de Justiça, a nossa Escola e por que não o Brasil? Há cem anos tantos fatos agitaram e perturbaram o crescimento de nosso País e nos trouxeram, com duas grandes guerras, uma história de atraso e lentidão nas medidas de bem-estar do povo brasileiro. A crise econômica mundial que se iniciou em 1929, nos encontrou em crise também de governo, de revolução interna, com atos desfavoráveis ao povo e às instituições, porque duas constituições tentaram mudar a face do país. A primeira, de curta duração, fruto da revolução paulista de 1932 e a segunda, de 1937, antidemocrática e outorgada sem consulta a qualquer poder competente. A recessão tomou conta do país por largo tempo até que caiu o governo e tivemos, pelo Congresso eleito, a Constituição de 1946. Os governos que se seguiram nada fizeram para impedir uma inflação por cerca de 40 anos que corroe a nossa economia. Nesse longo período tivemos

desequilíbrio da balança comercial, déficits constantes e índices baixos de desenvolvimento.

Mas o Brasil superou aqueles episódios difíceis e, felizmente, vivemos hoje dias promissores. Muitos são os fatos atuais que nos encham de esperança, de vida próspera e perfeito equilíbrio institucional. Temos como certos índices melhores no campo educacional e de desenvolvimento econômico. Bem melhores são atualmente os índices do comércio, da indústria, da agricultura, da produção de petróleo e gás, que impulsionam a exportação para números nunca alcançados. Vemos para breve a auto-suficiência na produção de petróleo e gás.

Elevamos de 3.000 para 5.000 exemplares a tiragem de nossa REVISTA, desde o número anterior, aquele em que salientamos as comemorações do bicentenário do Código Napoleão. Neste número ainda publicamos artigo do Professor Argentino Gustavo Alberto Bossert, com valiosa apreciação sobre as influências do Código Francês sobre a codificação civil da América Latina no século XIX. Por outro lado, grande é o número de entidades que desejam ter a coleção da REVISTA, a mais completa possível. Também maior é agora o número de estagiários já integrados em nossos cursos e a quem distribuimos a REVISTA. Para tanto, não nos tem faltado o apoio seguido e valioso do Banco do Brasil e de seu parque gráfico no Rio de Janeiro.

Ao número 21, acrescentamos índices completos, por assunto e por nome de autores, com indicação da matéria publicada. Pela Internet prosseguimos com a divulgação dos índices de números posteriores, à qual poderão recorrer nossos leitores.

# SUMÁRIO

## NOTAS ACERCA DAS REPERCUSSÕES NO NOVO CÓDIGO CIVIL SOBRE OS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

19

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

1. O cenário de “publicização” do regime jurídico dos contratos. 2. Revisão necessária das exigências de habilitação nos editais de qualquer modalidade de licitação para a contratação de compras, obras, serviços ou alienações – 2.1 As questões decorrentes das novas sociedades. 2.2. A questão da “operação evidentemente estranha aos negócios da sociedade” – 2.3. A questão do registro das sociedades cooperativas. 2.4 A questão do “pequeno empresário” - 2.5 – A questão da exigibilidade dos balanços anuais. – 3. A boa-fé objetiva demanda maior rigor na fiscalização da execução dos contratos administrativos, incluindo o exercício das prerrogativas de penalidades ao contraente faltoso – 4. A título de conclusão; a responsabilidade solidária.

## DA ASSOCIAÇÃO NO NOVO CÓDIGO CIVIL

42

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

1. Conceito. 2. A liberdade de associação. 3. A criação de associação independe de autorização do governo. 4. O Estado não pode interferir no funcionamento da associação. 5. Somente decisão judicial pode dissolver ou suspender as atividades da associação. 6. Liberdade de associação e de desassociação. 7. Representação dos associados pela associação. 8. Inexiste relação jurídica entre os associados. 9. O estatuto da associação. 10. Direitos e deveres do associado. 11. O princípio da igualdade entre os associados. 12. Intransmissibilidade da condição de associado como regra geral. 13. O devido processo legal para a punição do associado. 14. A assembléia geral como órgão máximo de decisão. 15. Destino do patrimônio da associação em caso de sua dissolução.



## O CONTRATO NO NOVO CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO. ASPECTOS RELEVANTES DA INTERVENÇÃO DO JUDICIÁRIO

**Letícia da Faria Sardas - Desembargadora do TJ/RJ**

**I – A QUESTÃO DA ÉTICA:** O ensinamento de Aristóteles. Ética nos negócios. Origem do termo. Moral social e moral individual. A posição adotada por Norberto Bobbio. **II – EVOLUÇÃO DOS CONTRATOS:** Conceito. Características. Negócio jurídico e autonomia privada. O Direito Romano. O Contrato Social de Rousseau. Código Napoleônico. Princípios e dogmas. O dirigismo contratual. Fim do contrato? **III – A ABUSIVIDADE NO CONTRATO:** Cláusulas abusivas e a preocupação com o consumidor. O rol do Ministério da Justiça. Os contratos de Plano de Saúde. A mudança decorrente do Código de Defesa do Consumidor. O abuso no descumprimento dos contratos e as Directivas da Comunidade Européia. **IV – MODELAÇÃO DO CONTRATO:** Os artigos 421 e 425 do novo Código Civil Brasileiro. O tríptico aspecto do princípio da autonomia da vontade. Proteção contra a vulnerabilidade e a hipossuficiência natural nas relações humanas. Passagem de um modelo individualista para um modelo comprometido com a função social do direito. Construção da dignidade humana. **V – A FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO:** As normas fundantes e o artigo 113 do novo Código Civil Brasileiro. O equilíbrio das partes contratantes, impedindo que os socialmente mais fortes se sobreponham aos socialmente mais fracos. O papel de equilibrador técnico das relações negociais autorizado pelo artigo 317 do novo Código Civil Brasileiro. Contratos típicos e atípicos. **VI – A ETICIDADE E OS CONTRATOS:** O artigo 422 do novo Código Civil Brasileiro. Boa-fé objetiva. Exigência de conduta honesta, leal e transparente. Princípio provido de normatividade. Os novos contornos da liberdade contratual. A sanção específica do princípio da eticidade. Cláusulas principais e deveres anexos do contrato. **VII – O PAPEL DO JUDICIÁRIO EM TEMPO DE REMATE:** Há uma nova teoria contratual? A complexa sociedade moderna. Multiplicação das lides. O grande desafio: “O novo código será o que os magistrados quiserem que ele seja”.

## SAISINE E ASTREINTE

**Luis Camargo Pinto de Carvalho - Juiz do Segundo Tribunal de Alçada Civil de São Paulo**

*Saisine e Astreinte.* Vocábulos de língua estrangeira utilizados em nosso âmbito Jurídico. Influências do Código Civil Francês (*Saisine*, do fr. *Saisir*; com o sentido de posse de bens, apoderar-se), aportuguesado por Pontes de Miranda como *saisine*, termo com outro sentido segundo o Dic. Houaiss. (art. 1.572 do antigo Código Civil e 1.784 do Código de 2002). *Astreinte.* (Do verbo latim *adstringere* ou *astringere*). Obrigar, sujeitar, constranger. Coação de sentido econômico para que alguém cumpra a obrigação ou o seu equivalente. As multas dos arts. 287, 644 e 645 do CPC.

91

## A REVELIA PREMIADA E O SENTIDO DA EXPRESSÃO “PROVA URGENTE”

**Sergio Demoro Hamilton - Procurador de Justiça do MP/RJ e Professor Universitário**

Críticas à Lei nº 9.271/96 e às novas franquias criadas em favor do réu. Este, quando foragido, é o marginal de maior perigosidade. O direito à informação, o prêmio ao trânsito. A inadmissão pela jurisprudência da irretroatividade por inteiro da Lei nº 9.271/96. Também deveria ser considerada incabível a “produção antecipada das provas consideradas urgentes”, enquanto o processo estiver em andamento. A técnica superior do Código de Processo Civil regula a matéria no art. 846, inclusive com melhor redação e com referência a qualquer prova. O que seria prova urgente? Uma posição de equilíbrio na defesa da sociedade com a prisão preventiva “se for o caso”, como diz a lei. Toda prova deve ser considerada urgente. Em certas circunstâncias, sendo caso de o réu se ocultar para não ser citado (art. 255 c/c 362, do CPP), poderá ser decretada sua prisão preventiva.

99

## O NOVO DIREITO DAS OBRIGAÇÕES NA ALEMANHA

**Claus-Wilhelm Canaris - Jurista na Alemanha ocupa em Munique da Cátedra de Karl Lorenz**

Modificações no BGB (Código Civil Alemão), com reforma

108

mais abrangente e substancial em 1/1/1902, desde que sancionado em 1900, salvo, naturalmente, se considerarmos o Direito de Família. A reforma teve origem por orientação da União Européia, com incorporação da lei nacional de proteção do consumidor. Indução do Ministério da Justiça alemão como força motriz. As três áreas reestruturadas: a prescrição, a inexecução e a execução defeituosa, além de contratos de venda de bens e contratos de prestação de serviços. A história da reforma alemã. A reforma do direito das obrigações com início em 1979. Em 1984, uma Comissão nomeada começou a elaboração de projeto da reforma do Código, publicado em 1992, mas somente em 1999 os trabalhos tiveram continuidade com a apresentação de nova versão pelo Ministério da Justiça e pela Comissão de 2001, da qual participaram o autor do artigo e outros ilustres membros. Os trabalhos vieram a ser implementados no prazo fixado, de 1º de janeiro de 2002. O prazo curto e a pressão para sua conclusão geraram críticas. Foram mais de duas décadas (desde 1979) para discutir o projeto. A prescrição era uma das piores e de aspecto mais crítico do Código. O legislador encontrou como solução melhor o chamado *sistema subjetivo* de prazos e o antigo direito de obrigações alemão baseava-se no *sistema objetivo*. Como solução posterior veio o sistema de combinação dos dois sistemas. A lei da inexecução e execução defeituosa. A impossibilidade da execução (*impossibilium nula est obligatio*). Nova regra do art. 275 II do CCA. A incorporação do conceito de *frustração dos fundamentos do negócio* em cláusula que se assemelha aos artigos 478 – 480 do CC Brasileiro. O conceito de fundamento da transação. A questão da execução insatisfatória ou inadimplemento não específico, com cláusula geral para todas as reclamações de indenização, que prevê taxa de juros de até 5%, ou de 8% ao ano, no caso de intenuação entre pessoas jurídicas. Essas normas de juros vieram de regra firme da União Européia. A lei dos contratos de venda e os de prestação de serviços.

## A INFLUÊNCIA DO CÓDIGO CIVIL FRANCÊS SOBRE O CÓDIGO CIVIL ARGENTINO COM REFERÊNCIA A OUTROS CÓDIGOS DA AMÉRICA HISPÂNICA

125

**Gustavo Alberto Bossert - Magistrado da Argentina**

A legislação castelhana teve sua estrutura transferida para a América espanhola, herdada do *Corpus Iuris Civilis*, mas divi-

didada por matérias. Um só corpo legal resultou, após o movimento codificador que se iniciou na França, na divisão por matérias, Direito Civil, Comercial, Penal e Processual. O Código Civil Argentino seguiu a forma do Código Napoleão, como outros países na América Hispânica seguiram à maneira dos Códigos de Comércio, Processuais etc. da França e os dividiram em livros. Houve casos de cópia integral do Código Francês (Bolívia, Haiti). Em muitos países foram notáveis as influências recebidas do Código Francês. Lisandro Seguí, 1º comentarista e notável jurista, disse em sua revisão do Código Argentino que 2.282 artigos do C.C. Francês foram transpostos de uma maneira ou de outra para o Código Argentino e, desse número, 145 foram cópia textual do Código Francês. O Código Argentino ainda recebeu influência do Projeto espanhol de García Gollena, do notável Projeto de Teixeira Freitas, do Código Uruguai sancionado em 1855 e do Código Chileno de 1855, como também recebeu de autores que escreveram após a vigência do Código Napoleão. Aliás, as fontes foram indicadas pelo escritor Andrés Bello, em nota para cada artigo. O Código Civil Argentino entrou em vigor em 1871 e seu autor foi Velez Sarsfield, homem de grande cultura naquela época, profundo conhecedor do pensamento jurídico francês. Foi ele copiado pelo Paraguai em 1877 com vigência até a edição de outro, o de 1987. O Chile é um capítulo à parte pela grandiosidade do codificador Andrés Bello, grande jurista nascido na Venezuela, também literato, gramático e músico, que teve grande influência da França, sendo seu trabalho aproveitado por Equador, Colômbia, Panamá, El Salvador, Nicarágua e Honduras. Entrou em vigor o CC Chileno de Andrés Bello em 1857. Peru editou seu primeiro Código em 1852, vindo depois outro em 1836 e um outro em 1984, com fonte e legislação também castelhana. As influências do Código Francês na América hispânica e no Brasil nos meados do século XIX se devem ao mundo de liberdade indicado pela França, a igualdade entre os homens, a idéias republicanas. Quanto a temas do Código Francês pode-se apontar a fonte única do direito que é a lei. A França não queria saber dos costumes. Houve

problemas da lei no tempo e no espaço. Adotou-se na América o domicílio e não a nacionalidade para determinar o regime jurídico das pessoas. O Código Civil francês não admitiu a escravidão, mas ela continuou em algumas colônias francesas até que essa anomalia terminasse com o Decreto de 1848, mas na Argentina ela foi extinta desde o começo da Independência. Em 1858 o Código do Peru a admitiu. A morte civil, o começo da existência da pessoa jurídica, a forma de doação pelo filho. A prevalência do interesse da criança. As questões do Direito de Família, celebração do casamento civil e o religioso, o divórcio, sistemas regionais, próprios de países como Bolívia e Peru, são questões que foram objeto de divergências, ora adotado o sistema francês, ora não.

## **AS SOCIEDADES LIMITADAS ENTRE CÔNJUGES E O NOVO CÓDIGO CIVIL - BREVES COMENTÁRIOS**

**137**

**Cláudio Calo Souza - Promotor Público no RJ e Prof. de Direito Empresarial da EMERJ**

A Teoria da Empresa acolhida no texto do Código Civil. O art. 977 do novo Código admite a sociedade entre cônjuges ou com terceiros, desde que o regime matrimonial não seja o da comunhão universal, ou o da separação obrigatória. A duvidosa constitucionalidade do art. 2.031 e o prazo de um ano dado para adaptação ao novo sistema. As hipóteses de alteração do regime matrimonial de bens por autorização judicial, ou da “dissolução parcial” do vínculo de um dos cônjuges com a sociedade? Mas o art. 2.039 do CC de 2002 preceitua que não podem os cônjuges alterar o regime de bens, que era imutável na disciplina da Lei anterior. Em suma, os cônjuges casados antes do CC/2002 não podem modificar o regime matrimonial de bens, sendo certo, pois, que aquelas sociedades devem ser consideradas válidas, sem precisarem alterações porque quando se casaram, atenderam aos seus requisitos genéricos de validade.

## **DANO MORAL NAS RELAÇÕES DE CONSUMO À LUZ DO DIREITO BRASILEIRO E DO PORTUGUÊS**

**141**

**Denise Nicoll Simões de Sousa - Juíza de Direito do TJ/RJ**

1. Introdução. 2. Especialização das Relações de Consumo. 2.1.

A Questão Brasileira. 2.1.1 O Direito do Consumidor como Direito Fundamental. 2.1.2. O Código de Defesa do Consumidor: Âmbito do microsistema. 2.1.3. Os princípios norteadores da relação consumerista. 2.2. A Questão Portuguesa. 2.2.1. O Direito do consumidor no rol dos direitos e deveres econômicos: Art. 60º, nº 1, da Constituição da República Portuguesa. 2.2.2 – Lei de Defesa do Consumidor e o dano não patrimonial: Artigo 3º, alínea f, da Lei nº 24/96. 3. Dano como Foco da Questão: 3.1. O dano moral. 3.2. Visão jurisprudencial brasileira. 3.3. Visão jurisprudencial portuguesa. 4. Conclusão.

### **A COISA JULGADA NAS AÇÕES COLETIVAS**

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

1) Introdução. 2. A coisa julgada. 3) Conceito e Evolução. 4) Limites objetivos e subjetivos. 5) Ações coletivas. 5.1. Conceito. 5.2. Os interesses tutelados nas ações coletivas. 5.3. A sentença nas ações coletivas. 6) Coisa julgada nas ações coletivas. 7) Conclusão.

**168**

### **A INADMISSIBILIDADE NO PROCESSO PENAL DAS PROVAS URGENTES OBTIDAS POR MEIOS ILÍCITOS: UMA GARANTIA ABSOLUTA?**

**Alexander Araújo de Souza - Promotor de Justiça e Professor da EMERJ**

1. As provas obtidas por meios ilícitos e o princípio da proporcionalidade. 2. A teoria da inadmissibilidade das provas ilícitas por derivação e suas exceções. 3. Conclusões.

**185**

### **A LICENÇA URBANÍSTICA DE CONSTRUIR E SEU ESTATUTO NORMATIVO: O ESTUDO DE UM CASO CONCRETO**

**Rogério Gesta Leal - Desembargador do TJ/RS e Coordenador do Mestrado em Direito na Universidade de Santa Cruz do Sul/ RS. Professor convidado do Mestrado em Direito da Universidade Estácio de Sá**

1. Notas Introdutórias. II. Considerações sobre os elementos identificatórios do problema urbano e jurisprudencial em es-

**201**

pécie. III. Um preliminar enquadramento político-constitucional do tema recursal. IV. Da licença edilícia, seu tratamento administrativo local e para o caso concreto. V. O problema da caracterização do direito adquirido no caso concreto. VI. Sobre os limites do Mandado de Segurança ao exaurimento das pretensões deduzidas. VII. Do dispositivo.

**CELERIDADE DA JUSTIÇA: LIMITES QUE SE IMPÕEM** **228**  
**Luiz Felipe da Silva Haddad - Desembargador do TJ/RJ**

Justiça célere e a morosidade advinda do CPC de 1939. Mudanças ocorridas no CODJERJ e no próprio Código. O volume de processos a serem despachados e solucionados. Problema difícil em todas as regiões do país. Também na Segunda Instância em que se buscam corrigir os erros de julgamentos de primeira instância, em virtude do acúmulo de serviços.

**LISTA DE ACIONISTAS COM ENDEREÇOS: INTERPRETAÇÃO DO ARTIGO 100, § 1º COMBINADO COM O ARTIGO 126, § 3º, DA LEI DE SOCIEDADES POR AÇÕES** **234**  
**Norma Jonssen Parente - Diretora da Comissão de Valores Mobiliários**

I. À guisa de introdução. II. Da distinção entre as normas previstas nos artigos 100, § 1º, e 126, § 3º, da Lei de Sociedades por Ações. III. Da lacuna e da integração do direito. IV. Do caráter público dos livros sociais. V. Da ponderação dos interesses em questão: o acesso a informações públicas e o direito à privacidade e ao sigilo de dados.

**A FUNÇÃO PEDAGÓGICA DO JUIZ COMO FATOR DE COLABORAÇÃO PARA O ACESSO À JUSTIÇA** **254**  
**André Felipe Vêras de Oliveira - Juiz de Direito do TJ/RJ**

O conceito de “acesso à justiça”, segundo Cappelletti e Bryan Garth. A gestão do “bem-estar” de cunho associativo e com função supervisora dos domínios da economia. Preocupações de outros caminhos. A Constituição de 1988 e as Agências Democráticas. A desburocratização do processo e as novas medidas legislativas (Leis nº 9.099/95 e 10.259/01); tais medidas ou reformas promovem o acesso à justiça ou à paz?

Desenvolvimento do processo e os valores éticos e morais da vida que se exigem das partes e do próprio juiz. Agente político que é, exige-se do juiz, na luta pelo aperfeiçoamento da realidade social, engajamento pelo aperfeiçoamento social, dado que a ele cabe ministrar justiça, tendo, portanto, papel fundamental nesse processo pedagógico.

**DEMOCRACIA E PROCESSO. BREVES REFLEXÕES SOBRE A INFLUÊNCIA DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO NA PRESTAÇÃO DA TUTELA JURISDICIONAL**  
**Hugo Filardes Pereira - Advogado no Rio de Janeiro/RJ**

**260**

1. O estado democrático de direito e os direitos fundamentais. 2. Democracia e processo. 3. Necessidade de motivação dos provimentos jurisdicionais. 4. Acesso à justiça como meio de participação ativa dos jurisdicionados nas decisões governamentais. 5. Tutela efetiva e eliminação de óbices legítimos à análise de mérito. 6. Coletivização da prestação jurisdicional.

**CONFRONTANDO O ART. 2.035 DO CÓDIGO CIVIL COM A CONSTITUIÇÃO FEDERAL**

**271**

**Marcelo Telles Maciel Sampaio - Juiz de Direito do TJ/RJ**

I. Introdução. II. O teor do artigo 2.035 do Código Civil vigente. III. Controvérsia sobre a validade da regra do artigo 2.035 do CC.

**CLASSIFICAÇÃO INDICATIVA - NATUREZA JURÍDICA**  
**Luis Felipe Salomão - Juiz de Direito do TJ/RJ**

**277**

O tema "mídia, justiça, cidadania" em debate recentemente. A busca de soluções. A questão tratada sobre o controle judicial da Televisão. "A classificação indicativa" como forma do controle da programação da mídia. A análise crítica da função e da qualidade dos trabalhos televisivos feitos pelo sociólogo Pierre Bourdieu. A qualidade das programações e os casos da TV do Rio de Janeiro. Disposições da Constituição Federal sobre a matéria.



## OS LIMITES INVESTIGATÓRIOS DO MINISTÉRIO PÚBLICO

286

**Glaucenir Silva de Oliveira - Juiz de Direito do TJ/RJ e Professor da Universidade Estácio de Sá**

Teria a Carta de 1988 outorgado legitimidade ao M.P. para investigação criminal, com atuação própria, ao invés de requisitar a medida investigatória à polícia judiciária? Os precedentes do STF (HC nº 75.769-4 (MG), 1ª T., Rel. Min. Octávio Gallotti e outros em que se concluiu a impossibilidade de investigação do Ministério Público por conta própria. Outros processos sob exame no STF, nenhum deles, ainda, pelo Plenário. O controle externo da atividade policial como função institucional do M.P. A dupla função que seria do M.P. no sistema acusatório e também no de investigação. As diversas normas da Carta e o seu art. 129 Inc. III. A lei Complementar 75/93 aplicável aos Estados. O equilíbrio de forças entre o MP e a defesa. Boa parte da Doutrina e da Jurisprudência contra o Promotor de Justiça investigador, mas a intervenção do M.P. no Inquérito Policial, ou suas atividades investigatórias, não lhe retiram a imparcialidade no exame dos fatos da prova. Não se trata de o M.P. comandar ou extinguir o inquérito, mas de poder colher informações diretas para embasar a ação. O Código Eleitoral, em seus artigos 2º e 3º, autoriza o M.P. a requisitar diretamente a qualquer autoridade as peças para fins de oferecer denúncia. A autorização da Lei nº 1.0741/03 – Estatuto do Idoso. Assim, via de regra, a investigação cabe à polícia judiciária, mas não se pode subtrair do M.P. o direito de investigar, principalmente, quando a atividade policial peca por omissão.

## NÃO INCIDÊNCIA DA COFINS SOBRE OS ATOS AUXILIARES DAS SOCIEDADES ANÔNIMAS

295

**Francisco Augusto Ramos - Advogado e Procurador Federal aposentado**

**Marcio Ávila - Advogado e ex-analista tributário da Petrobrás**

Introdução. Características gerais da sociedade cooperativa. A inconstitucionalidade formal da MP nº 2.158-35/01. A não

incidência da COFINS sobre as Cooperativas de Profissionais Médicos. O art. 79, *caput*, da Lei nº 5.764/71 e sua interpretação à luz da Constituição de 1988. Interpretações gramatical, histórica e teleológica. Interpretações extensiva e evolutiva. O Parecer Normativo CST nº 38, de 1.11.1980 e sua interpretação à luz do art. 79, *caput* da Lei nº 5.764/71. Atos não-cooperativos, diversos dos legalmente permitidos. Intermediação. Organização mercantil. Considerações finais.

## Colaboraram neste número

Alexander Araújo de Souza, 185  
André Felipe Vêras de Oliveira, 254  
Cláudio Calo Souza, 137  
Claus-Wilhelm Canaris, 108  
Denise Nicoll Simões de Sousa, 141  
Francisco Augusto Ramos, 295  
Glaucenir Silva de Oliveira, 286  
Gustavo Alberto Bossert, 125  
Hugo Filardes Pereira, 260  
Jessé Torres Pereira Junior, 19  
Letícia da Faria Sardas, 63  
Luciana de Oliveira Leal, 168  
Luis Camargo Pinto de Carvalho, 91  
Luis Felipe Salomão, 277  
Luiz Felipe da Silva Haddad, 228  
Marcelo Telles Maciel Sampaio, 271  
Marcio Ávila, 295  
Nagib Slaibi Filho, 42  
Norma Jonssen Parente, 234  
Rogério Gesta Leal, 201  
Sergio Demoro Hamilton, 99

# Notas acerca das Repercussões do Novo Código Civil sobre os Contratos Administrativos

**JESSÉ TORRES PEREIRA JUNIOR**

*Desembargador do TJ/RJ e Professor da EMERJ*

## 1) O cenário de “publicização” do regime jurídico dos contratos

A Lei nº 10.406/2002 trouxe-nos o novo Código Civil, pondo-o a produzir efeitos a partir de janeiro de 2003. É tempo de meditar-se acerca de suas repercussões sobre os contratos da Administração Pública, que sempre pretenderam constituir espécie ímpar de acordo de vontades, na medida em que um dos pólos da relação contratual é ocupado por pessoa jurídica devotada à realização do interesse público.

Mesmo sob a inspiração da autonomia individualista que marcava, desde os primeiros anos do século XIX, o modelo europeu inspirador do Código Civil brasileiro de 1916, os nossos contratos administrativos não se fizeram de rogados e, impulsionados pela presença prevalecente do interesse público, desenvolveram e acolheram os estímulos, que também vinham do Velho Continente um século mais tarde, para a formulação de princípios que os distinguissem dos contratos celebrados entre particulares.

Sendo privados os interesses dos contraentes, a lei civil não cogitava de indagar dos motivos e das finalidades que os impeliam a contratar, tanto que os requisitos essenciais do contrato eram a coisa, o preço e o consentimento, *tout court*. Sendo público o interesse de ao menos um dos contraentes, o direito administrativo impunha regime jurídico especial, exorbitante e derogador do direito comum, para que aquele interesse preponderasse na interpretação e na execução dos direitos e das obrigações decorrentes do contrato.

Daí as prerrogativas, inerentes a tal regime especial, que o art. 58 da Lei nº 8.666/93, sistematizando o que propunham a doutrina e a

jurisprudência, veio atribuir à Administração nos contratos administrativos, cujos motivos e finalidades integram-lhes a estrutura morfológica, agregando valor à coisa, ao preço e ao consentimento, a saber: (a) modificá-los unilateralmente; (b) rescindi-los unilateralmente; (c) fiscalizar-lhes a execução; (d) aplicar sanções ao contratado pela inexecução; (e) ocupar provisoriamente bens e serviços vinculados ao objeto do contrato.

Tratando-se, como se trata, de prerrogativas, ao agente público não é dado deixar de exercê-las, como se fossem de uso facultativo. Presentes os motivos que as inspiram, devem ser exercidas para garantir-se a preponderância do interesse público. Por isto que prerrogativa (dever jurídico imposto à Administração, como condição de exercício adequado da função pública) não se confunde com privilégio (benefício deferido a determinada pessoa, sem correlação com o exercício da função). Aquela será sempre, e necessariamente, legal, legítima e impessoal. Esta, sempre pessoal, será de legalidade e legitimidade duvidosas.

O novo Código Civil (NCC), como o antigo, não se pronuncia sobre o contrato administrativo. Até porque lhe cabe cuidar dos negócios jurídicos em geral, deixando a especialização, decorrente da presença do interesse público na relação contratual, para outros ramos das ciências jurídicas. Mas, em seu art. 113 (“os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração”), o NCC expressa clara preocupação com a regulação das relações sociais de molde a fixar, desde logo, a eticidade de sua hermenêutica em função da boa-fé, bem como a sua socialidade, ao aludir aos usos do lugar. O NCC aproxima-se da peculiar ética do interesse público, que sempre envolve os contratos administrativos em aura diferenciada.

Miguel Reale, co-autor e coordenador dos trabalhos de elaboração do projeto do Código Civil, que por mais de vinte anos tramitou no Congresso Nacional, tem assim destacado acerca do texto afinal convertido em lei: “no negócio jurídico, o que sobreleva não é o aspecto da ‘declaração de vontades’, mas sim o ‘encontro das vontades’, para dar nascimento a um conjunto de direitos e obrigações... é a fonte negocial (que se soma às três tradicionais do direito – legal, jurisdicional e costumeira), que emerge da própria sociedade civil por meio da autonomia de vontades concordantes, vontades essas que se conjugam para dar origem a direitos e deveres recíprocos, sobretudo por meio de avenças

ou contratos. Trata-se do poder negocial, que instaura relações jurídicas válidas, desde que não conflitantes com expressas determinações de ordem legislativa. É a fonte negocial que se desenvolve no plano das relações civis, justificando-se, por esse motivo, o tratamento privilegiado que lhe foi dado pelo novo Código Civil, o que tem escapado a comentaristas situados apenas no âmbito do Direito Privado, sem a visão ampla de toda a experiência jurídica. Com razão o supratranscrito art. 113 dá preferência aos negócios jurídicos para fixar as diretrizes hermenêuticas da eticidade e da socialidade” (**Justiça e Cidadania**, ago. 2003, p. 20-21).

A boa-fé é o substrato da eticidade, traduzindo-se em norma de conduta que salvaguarda a veracidade do que foi estipulado, a sinceridade e a probidade das vontades manifestadas, “em virtude do que se pode esperar que será cumprido o pactuado sem distorções ou tergiversações, tendo-se sempre em vista o adimplemento do fim visado ou declarado como tal pelas partes... é tanto forma de conduta como norma de comportamento, numa correlação objetiva entre meios e fins, como exigência de adequada e fiel execução do que tenha sido acordado pelas partes, o que significa que a intenção destas só pode ser endereçada ao objetivo a ser alcançado, tal como este se acha definitivamente configurado nos documentos que o legitimam... Além da boa-fé, o negócio jurídico deve obedecer aos usos e costumes do lugar em que foi constituído, o que demonstra que seu titular não é um sujeito de direito abstrato, mas uma pessoa situada no contexto de suas circunstâncias existenciais. Por aí se vê como estamos longe da concepção romana, conforme a qual no exercício de direito próprio não se causa dano a ninguém. Pelo atual Código Civil, ao contrário, o direito subjetivo deve ser empregado de conformidade com a boa-fé e os usos do lugar... Volta-se a dar importância ao direito consuetudinário, o qual foi banido do código anterior, que atuava somente como um sistema de normas legais, por sinal que rigorosas e auto-suficientes, em contraste com o ora vigente, com suas regras genéricas e abertas, que permitem ao advogado e ao juiz apreciarem as relações jurídicas *in concreto*. Daí as conseqüências do art. 187, ao considerar ilícito o comportamento do titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé e pelos bons costumes” (op. cit.).

O NCC elegeu a eticidade e a socialidade como os nortes da relação contratual, que sempre foram paramétricos dos negócios jurídicos

cos contratados pela Administração Pública. Assim, ao invés de se assistir à privatização do regime jurídico dos contratos administrativos — que a alguns parecia, talvez ainda pareça, o ovo de Colombo das contratações do Estado —, o NCC aproxima da ordem pública o regime jurídico dos contratos em geral. Como vaticinou Caio Mario da Silva Pereira: “O que no momento ocorre, e o jurista não pode desprender-se das idéias dominantes no seu tempo, é a redução da liberdade de contratar em benefício do princípio da ordem pública, que na atualidade ganha acendrado reforço, e tanto que JOSSERAND chega mesmo a considerá-lo a ‘publicitação do contrato’. Não se recusa o direito de contratar, e não se nega a liberdade de fazê-lo. O que se pode apontar como a nota predominante nesta quadra da evolução do contrato é o reforçamento de alguns conceitos, como o da regulamentação legal do contrato, a fim de coibir abusos advindos da desigualdade econômica; o controle de certas atividades empresariais; a regulamentação dos meios de produção e distribuição; e sobretudo a proclamação efetiva da preeminência dos interesses coletivos sobre os de ordem privada, com acentuação tônica sobre o princípio da ordem pública, que sobreleva ao respeito pela intenção das partes, já que a vontade destas obrigatoriamente tem de submeter-se àquele” (**Instituições de Direito Civil** – 10. ed. Forense, 1999, v. III, p. 13-14).

O cenário que se desenha à luz do NCC vem sendo percebido nas instâncias administrativas, a advertir para a necessidade de algumas ênfases nos misteres de contratar pela Administração Pública, diretamente ou mediante licitação. O Tribunal de Contas da União, que desempenha atividade paradigmática para todos os órgãos e entidades da Administração federal, ou que recebem e aplicam recursos provenientes do tesouro federal, “vem consolidando o entendimento de que as empresas que contratam com a Administração atuam não apenas na defesa de seus interesses privados, mas mantêm verdadeiro vínculo de colaboração com o Poder Público para o atingimento do bem comum. Por conseguinte, têm o dever de agir com honestidade e lizeza ao celebrar ajustes de natureza administrativa. Não é aceitável que estabeleçam preços bem acima dos cotados no mercado quando contratam com entidades da Administração Pública. Frise-se que, hoje, a evolução do direito privado levou à positivação de princípios de índole social em normas que visam a regular relações eminentemente privadas. Prote-

ge-se a boa-fé dos contratantes, apena-se com a nulidade cláusulas de caráter abusivo, repudia-se o abuso do direito. O novo Código Civil estabelece a lesão e o estado de perigo como fatores a ensejar a relativização da autonomia da vontade. Sendo a função social do contrato, de que a boa-fé é consequência imediata, o princípio aplicável aos contratos de direito privado, com mais razão ainda deve o contratado que celebra ajuste com a Administração agir com correção, sob pena de responder, administrativamente inclusive, pelos danos que vier a causar ao erário. Máxime quando os contratos celebrados têm, por fim último, a satisfação do interesse público” (TCU, Plenário, Processo 016.988/2001-8, acórdão nº 165/2002, rel. Min. Benjamin Zymler).

É hora, pois, de chamar-se à reflexão todo aquele que, por força do disposto no art. 70, parágrafo único, da Constituição da República, deva prestar contas das funções de gestor, ao utilizar, arrecadar, guardar, gerenciar ou administrar dinheiros, bens e valores públicos, no que respeita à atividade contratual da Administração Pública. O NCC trouxe reforçadas exigências de eticidade e socialidade, que se impõem à Administração e aos que com ela venham a contratar.

## **2) Revisão necessária das exigências de habilitação, nos editais de qualquer modalidade de licitação para a contratação de compras, obras, serviços ou alienações**

Os artigos 27 a 31 da Lei nº 8.666/93 traçam as exigências que a Administração Pública está autorizada a fazer para que os licitantes comprovem, em fase preliminar, a sua habilitação jurídica, a sua regularidade perante o fisco, a sua qualificação técnica para a execução do objeto em licitação, a sua qualificação econômico-financeira quanto ao lastro de que disponha cada qual para essa execução, e a observância das normas de proteção ao trabalho de menores. Sem tal comprovação, estritamente documental, o licitante será eliminado e não poderá apresentar a sua proposta comercial à Administração, nas modalidades tradicionais de licitação (concorrência, tomada de preços, convite, leilão e concurso). Na modalidade do pregão, mais recentemente instituída (Lei nº 10.520/2001), em que a habilitação ocorre ao final do procedimento, também resultará eliminado aquele cuja proposta de preço foi classificada em primeiro lugar, se desatender à comprovação documental arrolada no edital. Segue-se a relevância de rever-se o texto da Lei nº 8.666/93 em face do NCC.



## 2.1) As questões decorrentes das novas sociedades

O art. 28 da Lei Geral das Licitações e Contratações cuida das exigências de habilitação jurídica, ou seja, aquelas que aferem a constituição regular da pessoa do licitante para assumir direitos e obrigações. Faz uso de expressões que se defasaram em face do chamado direito de empresa, que o NCC veio incorporar como novo livro do direito privado unificado, descolado do vetusto direito comercial.

O art. 28 faz referência à “empresa individual” no inciso II, às “sociedades comerciais” e “sociedades por ações” no inciso III, à “sociedade civil” no inciso IV, à “empresa ou sociedade estrangeira em funcionamento no país” no inciso V. Essas denominações não se harmonizam com as figuras definidas nos artigos 966 a 1.195 do NCC, estando por eles parcialmente derogadas, acarretando efeitos importantes para a elaboração dos editais de licitação e o exame dos documentos tendentes a comprovar aquelas habilitações.

A produção e a circulação de bens e serviços não mais gravitam em torno da pessoa do comerciante. O NCC reestrutura o tema a partir da figura do empresário. Define-o como todo aquele que “exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços” (art. 966), excetuado “quem exerce profissão intelectual, de natureza científica, literária ou artística, ainda que com o concurso de auxiliares ou colaboradores, salvo se o exercício da profissão constituir elemento de empresa” (parágrafo único).

Empresário é, pois, aquele que se dedica a produzir e a fazer circular bens e serviços; essa é a atividade econômica da qual extrai o seu lucro. O não empresário é aquele cujo rendimento provém de atividade de natureza intelectual, científica, artística ou literária, exceto se essa atividade for segmento de um conjunto empresarial maior.

Quando o art. 967 obriga o empresário a inscrever-se no registro público de empresas mercantis de sua respectiva sede, antes do início da atividade empresarial, não se está referindo somente a pessoa jurídica. O destinatário da norma é o empresário, ou seja, todo aquele que exerça atividade econômica com o fim de produzir ou fazer circular bens e serviços. O art. 1.150 incumbe desse registro as Juntas Comerciais, que são autarquias estaduais. Em cada Junta haverá o registro público de empresas mercantis para receber as inscrições de quem seja empresário.

O empresário tanto pode ser pessoa jurídica quanto física, uma vez que realize a atividade definida no art. 966 (produção ou circulação de bens e serviços). Também a pessoa física, desde que se caracterize como empresário, estará no dever de inscrever-se no registro público de empresas mercantis das Juntas Comerciais. É evidente a repercussão sobre a exigência de habilitação jurídica na licitação. O empresário, pessoa física ou jurídica, desde que inscrito no respectivo registro da Junta Comercial de sua sede, poderá participar da licitação. A Junta Comercial passou a ter a incumbência de manter registro também de pessoas físicas, desde que correspondam à figura do empresário, tal como delineada no art. 966 do NCC. Logo, se a natureza do objeto em licitação for inconciliável com a atuação de empresário pessoa física (como a prestação de serviço cuja execução demande estrutura de sociedade mercantil, por exemplo), o edital deverá ser explícito quanto à vedação de concorrer pessoa física, ainda que ajustada à definição legal de empresário.

Ao empresário pessoa jurídica corresponderá a chamada “sociedade empresária”, não mais empresa, posto que esta designa a atividade econômica. É impropriedade terminológica, em face do NCC, chamar de empresa a pessoa jurídica que exerce atividade econômica, posto que esta também pode ser exercida por pessoa física.

Um quadro esquemático das correspondências entre a Lei nº 8.666/93 e o NCC seria, em síntese, o seguinte: a atividade societária divide-se entre empresária e não empresária; a empresária é a que produz e faz circular bens e serviços; a não empresária é a que exerce atividade intelectual de natureza científica, literária ou artística. A atividade empresária pode ser realizada por pessoa física (o empresário) ou jurídica (a sociedade empresária). A sociedade empresária poderá revestir-se de qualquer das espécies de sociedade admitidas no NCC, que as manteve conforme conhecidas na legislação anterior. Assim, encontramos no NCC a sociedade em conta de participação; a sociedade em nome coletivo; a sociedade em comandita, simples ou por ações; a sociedade limitada; a sociedade anônima. A atividade não empresária também poderá ser realizada por pessoas físicas ou jurídicas. Se for realizada por pessoa jurídica, estaremos diante de duas espécies de sociedade — as sociedades simples e as sociedades cooperativas. A síntese: há sociedade empresária e sociedade não empresária; as sociedades empresárias assumem qualquer das modalidades previstas em lei; as sociedades não empresárias, ou são as simples ou as cooperativas.

Confrontem-se as denominações do art. 28 da Lei nº 8.666/93 com os designativos do direito de empresa que o NCC veio consagrar: a empresa individual referida no inc. II é o empresário pessoa física, com inscrição obrigatória no registro da Junta Comercial; a sociedade comercial referida no inc. III é a sociedade empresária sob qualquer das modalidades dos artigos 1.039 a 1.092 do NCC; a sociedade por ações é a sociedade empresária disciplinada nos arts. 1.088 a 1.089, que, aliás, faz referência à “sociedade por ações” em apenas dois artigos, o que remete a disciplina da estrutura e do funcionamento dessas sociedades para legislação específica; a sociedade civil é a sociedade simples disciplinada nos artigos 997 a 1.038 do NCC, sob qualquer das modalidades admitidas para as sociedades, e também a sociedade cooperativa; a empresa ou sociedade estrangeira é a sociedade estrangeira, que recebe exatamente esse nome nos artigos 1.134 a 1.141 do NCC, aduzindo-se que sempre dependerá de autorização do Poder Executivo Federal para funcionar no País (então, não se pode deixar de requisitar, no edital de licitação em que se preveja a participação de sociedade estrangeira, a prova de dispor dessa autorização para funcionar no País).

Considerando que o empresário, qualquer que seja, pessoa física ou jurídica, sob qualquer modelo societário, somente se habilita ao exercício da atividade empresária mediante a prévia inscrição no registro competente (NCC, art. 985), conclui-se que, para os fins de comprovar-se a habilitação jurídica nas licitações públicas, tanto o empresário pessoa física quanto a sociedade empresária pessoa jurídica devem estar inscritos no registro público de empresas mercantis da Junta Comercial de sua sede (art. 967). E que também as sociedades simples e as sociedades cooperativas devem estar previamente inscritas no registro que seja o competente, como se verá adiante.

O art. 969 do NCC determina ao empresário “que instituir sucursal, filial ou agência, em lugar sujeito à jurisdição de outro Registro Público de Empresas Mercantis, neste deverá também inscrevê-la, com a prova da inscrição originária”. Portanto, o empresário cuja sede esteja em Brasília e instituir sucursal, filial ou agência em Salvador, terá de providenciar a inscrição igualmente na Junta Comercial do Estado da Bahia e averbá-la na Junta Comercial de Brasília, junto ao seu registro originário. Assim, se quem estiver participando da licitação for a sucursal, a filial ou a agência, vale dizer, se quem for cumprir a execução do

objeto contratado for a agência, a filial ou a sucursal, a Administração deve certificar-se, ao julgar a habilitação jurídica na licitação, que a filial, a sucursal ou a agência tenha inscrição no registro da Junta onde opera, com averbação no registro da Junta onde tem sede a matriz. O NCC evidentemente não desceu, nem lhe caberia descer, a pormenores procedimentais das autarquias – se, por exemplo, as inscrições e averbações poderão ser fundidas num só documento, expedido pela Junta do registro da sede, de maneira a que esta, na inscrição do registro principal, faça constar as inscrições secundárias no registro de outras Juntas, e vice-versa. Importa que o edital exija a prova da inscrição e da averbação nos registros competentes.

No art. 1.000 e seu parágrafo consta a mesma exigência de inscrição principal e de inscrição da sucursal, filial ou agência, se se tratar de sociedade simples. Só que, ao invés de ser inscrição no registro da Junta Comercial, será no registro civil das pessoas jurídicas. As sociedades simples, ou seja, as antigas sociedades civis não empresárias, que entendam de abrir em outro Estado sucursal, filial ou agência, terão que promover a respectiva inscrição no registro das pessoas jurídicas desse outro Estado e averbá-la no registro da sede da sua matriz. A regra é idêntica.

Os editais de licitação deverão exigir, à vista do art. 28, III e IV, da Lei nº 8.666/93, a apresentação de prova documental dessas inscrições e averbações se o licitante for sucursal, filial ou agência, nas condições dos arts. 969 e 1.000 do NCC, conforme se trate de sociedade empresária ou de sociedade não empresária.

## 2.2) *A questão da “operação evidentemente estranha aos negócios da sociedade”*

A norma do art. 1.015, parágrafo único III, do NCC também importa à habilitação jurídica dos licitantes na medida em que admite ser o excesso de poder dos administradores societários oponível a terceiros, “tratando-se de operação evidentemente estranha aos negócios da sociedade”. Se os atos constitutivos de uma sociedade empresária definirem como seu objeto a venda de copos, será evidentemente estranha aos negócios dessa sociedade a venda de produtos eletrônicos. Se se pode fazer tal afirmação, de que quem vende copos não pode vender produtos eletrônicos, o excesso (vg, contratação indevida porque alheia

ao objeto da sociedade) não poderá ser oponível a terceiro e seus dirigentes responderão, com o seu patrimônio pessoal, pelos danos conseqüentes da contratação ilegítima. Caso contrário, nenhuma conseqüência adviria do fato. Previsíveis as dificuldades de interpretação. Está-se diante de conceito jurídico indeterminado — “operação evidentemente estranha aos negócios da sociedade”. Quais as balizas que identificam tal operação, qualificada pelo advérbio “evidentemente”?

Operação “*evidentemente estranha aos negócios da sociedade*” parece ser aquela que se reconhece a olho nu, desnecessária maior indagação, prescindível de verificação técnica. Mas, numa economia globalizada, onde a diversificação das operações das sociedades empresárias é a mola mestra dos negócios, a tendência é que cada sociedade atue em ramos variados, por si ou em coligações. Será tormentoso classificar, acima de qualquer dúvida razoável, o que é “operação evidentemente estranha aos negócios da sociedade”, a ponto de induzir ou não induzir a responsabilização de seus dirigentes por atos abusivos e excessivos em relação a esse objeto.

Eis desafio complexo para as comissões julgadoras de licitações e os técnicos que elaboram as especificações de materiais e os projetos básicos de obras e serviços, que devem acompanhar os editais (Lei nº 8.666/93, artigos 7º, § 2º, I, 14, e 40, § 2º). Desde as medidas preparatórias da licitação (onde se inclui a especificação do objeto) até o julgamento dos documentos de habilitação, passando pela composição das exigências editalícias, será indispensável a fixação de critérios que permitam distinguir, em cada caso, o que é “evidentemente estranho” do que é “razoavelmente compatível” com o objeto em licitação. Sim, porque no pólo oposto da “operação evidentemente estranha aos negócios da sociedade” deverá estar a operação razoavelmente compatível com esses negócios. Os órgãos administrativos, a doutrina e a jurisprudência das cortes judiciais e de contas terão ingente trabalho para estabelecer critérios objetivos de distinção, que demarcarão as decisões de habilitar, ou inabilitar o licitante cujo ramo de atividade não for, literalmente, coincidente com o objeto em licitação. Critérios que estarão sujeitos às características da economia de mercado globalizada, suas flutuações e idiosincrasias. Só haverá motivo para a inabilitação (entendendo-se por motivo o conjunto de razões de fato e de direito que legitimam a decisão, e cuja inidoneidade vicia o ato) da sociedade

licitante se ficar caracterizado que a disparidade entre o seu objeto societário e o objeto da licitação configura a “operação evidentemente estranha aos negócios da sociedade”.

Acresce dificuldade à questão o fato de ser frequente, e de há muito, a participação, em licitações, de sociedades cujo contrato social as define como de representação, aptas a vender desde palito a foguete. O exame da habilitação jurídica dessas sociedades deverá conjugar-se com o de sua qualificação técnica (Lei nº 8.666/93, art. 30, §§ 3º e 4º), para se saber se no passado realizou operação assemelhada àquela que constitui o objeto presente da licitação. Na medida em que o atestado de qualificação técnica demonstrar que aquele objeto já foi executado antes pela sociedade, ainda que pudesse haver alguma dúvida entre a simetria ou assimetria entre o objeto da sociedade e o objeto da licitação, haverá de concluir-se que evidentemente estranho o objeto não é, posto que conhecido e executado pela sociedade em contrato pretérito. De toda sorte, é de prever-se considerável casuística nas decisões que as comissões e os pregoeiros terão que tomar acerca da habilitação jurídica, confrontando o objeto da sociedade com o objeto da licitação, em face da “operação evidentemente estranha aos negócios da sociedade”.

### 2.3) *A questão do registro das sociedades cooperativas*

Além das dificuldades que desafiam o futuro previsível, há antagonismos já instalados. Um deles concerne às sempre controvertidas sociedades cooperativas — devem ser inscritas no registro das Juntas Comerciais ou no registro civil das pessoas jurídicas, que é o registro das sociedades simples não empresárias? O Departamento Nacional de Registro do Comércio, pelo Parecer nº 17, de 05.02.2003, entendeu que as cooperativas sujeitam-se ao registro das Juntas Comerciais, por força dos artigos 1.093 e 1.096 do NCC, que remetem a disciplina das cooperativas para a sua lei específica, a Lei nº 5.754/73, cujo art. 18 afirma que a inscrição deve ser levada ao registro das Juntas Comerciais. Ao ver daquele Órgão, a Junta seria a sede natural do registro de sociedades que, conquanto não sejam empresárias, congregam profissionais autônomos que, nos termos do NCC, são empresários.

Em fins de 2003, a Corregedoria Geral da Justiça do Estado do Rio de Janeiro foi provocada a manifestar-se sobre a questão porque, no exercício de sua função fiscalizadora e de polícia administrativa das

serventias extrajudiciais (tabelionatos, ofícios registrais e de notas), teve de orientá-las quanto a quem cabe o registro das sociedades cooperativas após a edição do NCC. Matéria importante, seja sob o prisma técnico-jurídico, seja sob a perspectiva de emolumentos e custas, vale dizer, das receitas dessas serventias, que atuam sob delegação do poder público, porém geridas em caráter privado (CF/88, art. 236).

A Corregedoria expediu diretriz, sustentando que as cooperativas são sociedades de pessoas não empresárias, por isto que devem ser inscritas no mesmo registro das sociedades simples, o que deduziu dos artigos 982, parágrafo único, 983, parágrafo único, e 988 do NCC. No sentir da Corregedoria, esses dispositivos dão prevalência ao caráter não empresário da atividade cooperativa sobre a índole mercantil do empresário, daí a impossibilidade de equiparar-se a sociedade cooperativa à sociedade empresária, e mais adequada a assemelhação, para fins de registro, às sociedades simples. Portanto, a sede da inscrição não seria a Junta Comercial, mas, sim, o registro civil das pessoas jurídicas.

Que posição devem tomar os editais de licitação quanto à prova da inscrição de sociedades cooperativas, quando admitidas a participar do certame — Junta Comercial ou Registro Civil? Ambos os pareceres expendem respeitáveis fundamentos. Certo tempo decorrerá até que se pacifique a controvérsia. O que fazer enquanto isso? Não abalaria a legalidade nas licitações os seus editais ressaltarem que a comissão julgadora pode satisfazer-se com qualquer das inscrições. É que, do ponto de vista da habilitação jurídica, o que importa provar é a inscrição em registro público, onde se encontrem depositados os dados necessários à verificação da regular constituição da sociedade; registro apto a fornecer certidões idôneas contendo a íntegra dos atos constitutivos e alterações posteriores, bem assim atestando, em conseqüência, o funcionamento regular da sociedade. E para isto, tanto o Registro Civil das Pessoas Jurídicas quanto a Junta Comercial estão legalmente autorizados, posto que, o primeiro, atua por delegação do Poder Público nos termos da Constituição, e a segunda integra, na qualidade de autarquia (pessoa jurídica de direito público), a administração pública estadual indireta, criada por lei exatamente para atender ao registro mercantil.

#### 2.4) A questão do “pequeno empresário”

Outra polêmica decorre do art. 970 do NCC, segundo o qual “A lei assegurará tratamento favorecido, diferenciado e simplificado ao empresário rural e ao pequeno empresário, quanto à inscrição e aos efeitos daí decorrentes”. A inscrição do pequeno empresário se fará na Junta Comercial, mas o art. 1.179, § 2º, do NCC o dispensa do sistema formal de contabilidade baseado na escrituração uniforme de livros à vista dos quais se levantam, anualmente, o balanço patrimonial e o de resultado econômico. Discute-se se a lei referida no art. 970, da qual dependerão os termos do tratamento diferenciado e simplificado, é a Lei nº 9.841/99, que cuida da microempresa e da empresa de pequeno porte, ou se a lei referida no NCC será outra, porque pequeno empresário não se confundiria com microempresa ou empresa de pequeno porte, constituindo terceiro gênero. Passariam a conviver na ordem jurídica positiva o pequeno empresário, a microempresa e empresa de pequeno porte.

Microempresa e empresa de pequeno porte são os designativos com que os artigos 170, IX, e 179 da Constituição Federal aludem a essas sociedades empresárias. Mas a nomenclatura que está no ápice da pirâmide normativa positiva brasileira não foi a utilizada pelo NCC, que, ao estruturar o direito empresarial, substituiu empresa por empresário, e este pode ser, como se viu, pessoa física ou pessoa jurídica. Se a discrepância for considerada uma desatenção do NCC, o seu art. 970 receberá interpretação conforme a Constituição, técnica com que o Supremo Tribunal Federal tem evitado declarar a inconstitucionalidade de leis que contravenham à Constituição, desde que comportem interpretação que as harmonize com o texto constitucional, devendo, então, prevalecer o esforço integrativo. Em consequência, ter-se-á de entender “pequeno empresário” como categoria equivalente a microempresa ou a empresa de pequeno porte. Entretanto, se se considerar que o NCC pretendeu criar o terceiro gênero, ter-se-á de aguardar a edição da lei prometida no art. 970 para se saber quem é o “pequeno empresário” e em que se distinguiria da microempresa e da empresa de pequeno porte, seguindo-se que seria contida a eficácia do art. 970.

A prevalecer a primeira solução, concluir-se-ia que microempresa e empresa de pequeno porte nada mais são do que as sociedades empresárias do NCC, a que se deve juntar o pequeno empresário. E todos



fariam jus a tratamento diferenciado porque o traço distintivo dessas categorias em relação a outras sociedades empresárias é de natureza socioeconômica, quer dizer, o estímulo ao seu desenvolvimento significa instrumento de política de geração de empregos e de crescimento econômico. A prevalecer a segunda solução, dar-se-ia realce à diferença que já existe, na legislação específica, entre a microempresa e a empresa de pequeno porte no atinente às respectivas receitas. A qual delas corresponderia o pequeno empresário? Somente lei nova poderia distinguir, omissas que são, quanto à terceira figura, as normas da Lei nº 9.841/99.

Recomenda a prudência que os editais de licitação aguardem melhor definição, venha por intermédio de lei ou de interpretação pretoriana, que somente alcançaria termos definitivos com a manifestação da Suprema Corte, dada a sede constitucional do tratamento diferenciado. Por ora, os artigos 970 e 1.179, §2º, do NCC portam eficácia contida até a edição de lei que venha esclarecer quem é o pequeno empresário e qual é o tratamento diferenciado que o NCC prometeu dispensar-lhe. Esse regime criaria exceção ao princípio da igualdade. Sabendo-se que o art. 37, XXI, da Constituição assegura igualdade entre os licitantes, nada pode antecipar a Administração Pública para dissipar a hesitação que o NCC sugere quanto à figura do pequeno empresário.

### *2.5) A questão da exigibilidade dos balanços anuais*

O art. 31, I, da Lei nº 8.666/93 trata da comprovação da habilitação do licitante sob o ponto de vista de sua qualificação econômico-financeira. Arrola os documentos aptos a essa comprovação, dentre os quais “balanço patrimonial e demonstrações contábeis do último exercício social, já exigíveis e apresentados na forma da lei...”. A segunda parte do dispositivo (“já exigíveis e apresentados na forma da lei”) delimita a efetividade da primeira parte, que é a apresentação desses balanços. Só podem ser exigidos os balanços exigíveis; os balanços, que ainda não forem exigíveis, não podem ser exigidos. Acaciano. As obviedades também carecem de interpretação, tantos são os palpitesiros de plantão. Daí a pergunta: quando é que esses documentos contábeis se tornam exigíveis em face do NCC?

A regra geral do art. 1.179 do NCC quer que, nas sociedades empresariais, o balanço patrimonial e o de resultado econômico sejam levantados anualmente. O art. 1.065, pertinente à administração das

sociedades por quotas, refere-se à elaboração do balanço “Ao término de cada exercício social”. Extrai-se que esses balanços são anuais e são levantados ao término de cada exercício, pelo menos no que toca aos balanços das sociedades por quotas. O NCC, em seus artigos 1.179 a 1.195, traça disciplina minuciosa sobre esses demonstrativos da contabilidade das sociedades empresárias, contudo não assinala prazo para que se realize a operação. Sabe-se, apenas, que esses balanços são anuais e devem ser levantados ao final de cada exercício. Por força de lógica formal, não se pode levantar o balanço enquanto não findou o exercício.

Na Administração Pública brasileira e no direito brasileiro, o exercício fiscal e o financeiro coincidem com o ano civil (Lei nº 4.320/64, art. 34) — de 1º de janeiro a 31 de dezembro. O que, aliás, ajuda a compreender questão que por vezes gera dúvida, sobre quando e como se deve contar o prazo anual dos contratos. A contagem só pode ser plena, porque assim se contam o ano civil e o exercício financeiro.

Dispõe-se do termo inicial para o levantamento dos balanços, mas não se dispõe de regra de caráter geral, no NCC, estipulante de prazo dentro do qual as sociedades devem efetivá-lo, fixando-lhe o termo final. A única pista nesse sentido está na regra do art. 1.078, I, que se destina às sociedades limitadas. Ali se prevê que, nos quatro meses seguintes ao término do exercício social, até 30 de abril portanto, a assembléia dos sócios tomará as contas dos administradores e deliberará sobre o balanço patrimonial e o de resultado econômico. De duas uma: ou se estende a regra específica de levantamento dos balanços das sociedades limitadas às demais sociedades, e então dir-se-ia que os balanços só são exigíveis, em relação ao exercício imediatamente anterior, a partir de 1º de maio, porque até 30 de abril teriam as sociedades prazo garantido pelo NCC para a sua aprovação interna; ou se rejeita a interpretação porque a norma tem por exclusiva destinatária a sociedade limitada, e também porque, ao classificar tal prazo como de aprovação, a lei indiretamente está a dizer que os balanços já existiam antes daquela data, embora carecessem de aprovação, e seriam, destarte, exigíveis, o que não resolve o problema. Este está em se saber a partir de quando ditos balanços se tornam exigíveis, para fins de comprovação da qualificação econômico-financeira, em relação ao exercício imediatamente anterior àquele em que se realiza a licitação.

Vero é que há atos normativos fiscais que fixam prazos variados para o levantamento de balanços. Teriam eficácia tão genérica e universal sobre a ordem jurídica em que se movimentam as sociedades empresárias, a ponto de induzirem a certeza de que, até para efeitos não fiscais, tais prazos seriam os autorizados, de modo a que somente a partir deles é que os balanços se tornariam exigíveis, para fins de comprovação de qualificação econômico-financeira nas licitações públicas? A questão não conta com elementos suficientes para uma conclusão definitiva. De um lado, se se estendesse o prazo conferido às sociedades limitadas às demais sociedades, ter-se-ia de admitir que, nas licitações realizadas no primeiro quadrimestre de cada exercício, cujos editais requisitassem a apresentação dos balanços, só poderiam ser considerados exigíveis aqueles levantados em relação ao exercício anterior ao último, porque, em relação ao exercício imediatamente anterior, os balanços não seriam exigíveis antes de 30 de abril. Se, de outro turno, recusar-se a generalização da regra, fica-se sem parâmetro legal e chegar-se-ia ao extremo de admitir que, sendo anuais e vinculados ao encerramento do exercício, ditos balanços teriam de estar levantados já em 1º de janeiro, o que não soa razoável em face da evidente necessidade de tempo hábil para que se opere o levantamento.

O que por ora parece razoável é fixar-se 30 de abril como a data do termo final do prazo para o levantamento dos balanços e 1º de maio como a data do termo inicial de sua exigibilidade. Antes dessas datas, somente seriam exigíveis os balanços do exercício anterior ao encerrado. Assim, por exemplo, de janeiro a abril de 2004, se se quiser o balanço como prova de qualificação econômico-financeira, somente será exigível o referente a 2002. Solução não imune à crítica de que, então, não disporia a Administração de retrato atualizado dos demonstrativos contábeis do licitante, o que poderia toldar o exame da qualificação econômico-financeira. A réplica seria a de que a aferição dessa qualificação não se prende a apenas um requisito, podendo outros ser exigidos, dentre aqueles relacionados no art. 31 da Lei nº 8.666/93.

### **3) A boa-fé objetiva demanda maior rigor na fiscalização da execução dos contratos administrativos, incluindo o exercício das prerrogativas de sua alteração por ato unilateral da Administração e de imposição de penalidades ao contraente faltoso**

Verificaram-se, até aqui, as mais perceptíveis repercussões do NCC sobre o processo preliminar das contratações da Administração Públi-

ca, que é o da licitação de que surta a apuração da proposta mais vantajosa, identificando-se o seu proponente como aquele com quem a Administração deve contratar, *intuito personae*, por isto que indispensável o procedimento de aferição dos requisitos de habilitação.

Apontar-se-á, agora, aquela que parece ser a mais notável repercussão no que respeita aos resultados da contratação, vale dizer, a influência que o NCC estará a exercer sobre as prerrogativas da Administração para introduzir, unilateralmente, alterações nas cláusulas de serviço ou regulamentares dos contratos, bem assim para exercer eficiente e eficaz fiscalização da execução dos direitos e obrigações decorrentes de suas cláusulas.

Reportando-se à lição de Reale e Caio Mário, tal como vem sendo absorvida pelo Tribunal de Contas da União (remete-se para o item 1, retro), serão ainda os princípios da eticidade e da socialidade os regentes da atividade contratual da Administração, instrumentalizados pela boa-fé objetiva e pelos usos e costumes do local da execução.

Se, em face do dogma da prevalência do interesse público, já se cobrava do gestor público rigor no manejo daquelas prerrogativas (modificação unilateral de cláusulas e fiscalização da execução, de que é corolário o poder-dever de impor penalidades ao contraente faltoso), ainda maior exação será exigível dos agentes e fiscais que, em nome da Administração, respondam pela gestão dos contratos que esta celebra.

Propõe-se a adoção do seguinte roteiro, a um só tempo estratégico (os fundamentos e as prioridades da ação administrativa), gerencial (a organização dos recursos de toda sorte postos ao serviço da contratação) e operacional (máxima efetividade da relação custo-benefício por efeito dos contratos):

- (a) a contratação resulta, por expressa exigência constitucional, de processo administrativo, cujo rito (procedimento) deve garantir tratamento igualitário da Administração a todos os licitantes;
- (b) o processo administrativo é necessário, quer se trate de contratação direta (sem licitação) ou mediante licitação, somente se admitindo a primeira se configurada, nos autos do processo, hipótese de exceção expressamente prevista em lei;
- (c) em qualquer caso de contratação, o processo administrativo inicia-se com medidas preparatórias, que, como previsto nos artigos 7º e 14 da Lei nº 8.666/93, são a especificação do objeto

(projeto básico), a estimação do valor de mercado do objeto, a reserva desse valor pelo órgão de execução orçamentária, o atendimento, se for o caso, do art. 16 da Lei de Responsabilidade Fiscal, e a autorização da autoridade competente;

(d) a especificação do objeto é a medida preparatória que condiciona todas as demais, devendo traduzir o coeficiente de inteligência da licitação e da contratação — objeto bem especificado é prenúncio de boa contratação, objeto inadequadamente especificado abre portas para contratação insatisfatória, quando não viciada;

(e) enquanto tais medidas preparatórias não estiverem completas nos autos do processo, não se pode instaurar a licitação, nem autorizar-se contratação direta;

(f) tratando-se de contratação direta, às medidas preparatórias se devem seguir outras que complementem a instrução do processo, especialmente documentos e pareceres que claramente configurem a hipótese de exceção ao dever de licitar presente no caso concreto, bem assim que atendam aos requisitos do art. 26, parágrafo único, da Lei nº 8.666/93;

(g) na hipótese da configuração da exceção depender de razões de ordem técnica, estas devem ser expostas com clareza e objetividade, de modo que justifiquem e dêem sustentação à decisão administrativa, não bastando que técnicos meramente afirmem, sem fundamentação, que tal ou qual solução é a melhor;

(h) os pareceres técnicos devem ser sempre prévios à decisão, seja para a configuração do cabimento da contratação direta, seja para justificarem alterações que se pretendam introduzir no projeto cuja execução esteja em curso — são as “devidas justificativas” referidas na cabeça do art. 65 da Lei nº 8.666/93;

(i) nenhuma alteração de projeto pode ocorrer durante a execução do contrato sem prévia autorização da autoridade competente;

(j) na interpretação das normas do edital e das cláusulas do contrato, a Administração deve aplicar o princípio do art. 41 da Lei nº 8.666/93 (vinculação ao instrumento convocatório) levando em conta as regras de hermenêutica, notadamente aquelas desenvolvidas pela escola teleológica (lógica das finalidades), mercê das quais a melhor interpretação nem sempre será a que resulte

da literalidade do texto, mas as que privilegiam as finalidades públicas a alcançar;

(l) a Administração deve designar um fiscal da execução de cada contrato, fiscal este que será o seu representante no exercício da prerrogativa prevista no art. 58, inciso III, da Lei nº 8.666/93;

(m) as atribuições desse fiscal, definidas no art. 67 da Lei nº 8.666/93, têm como limite a fiel execução do projeto contratado, vedado ao fiscal autorizar, por iniciativa própria, qualquer alteração, quantitativa ou qualitativa, no objeto contratado;

(n) as alterações regularmente autorizadas não podem exceder os limites estabelecidos no art. 65, §1º, salvo se presentes, cumulativamente, em situações excepcionais, os pressupostos estabelecidos pela Decisão Plenária nº 215/99, do Tribunal de Contas da União;

(o) as alterações que, propostas pela sociedade empresária contratada, pareçam ao fiscal procedentes, devem ser por este submetidas aos órgãos competentes da Administração, para exame e lavratura de termo aditivo, no caso de serem autorizadas;

(p) o termo aditivo somente será desnecessário nas hipóteses previstas no art. 65, § 8º, da Lei nº 8.666/93, em que bastará o apostilamento;

(q) caberá também ao fiscal da execução do contrato expedir determinações para a regularização de faltas ou defeitos observados, exigindo que o contratado as atenda nos termos do art. 69 da Lei nº 8.666/93;

(r) se o contratado resistir ou recalcitrar no atendimento às determinações do fiscal, este deve comunicar o fato à Administração Superior, convindo que esta defina rotinas administrativas para o processamento da apuração da conduta do contratado, com vistas à aplicação, após o devido processo legal, das sanções previstas no art. 87 da Lei nº 8.666/93;

(s) a conduta inadequada de um empresário no cumprimento do contrato não pode servir de motivo para a Administração impedi-lo de participar de futuras licitações e contratações, salvo se houvesse oportunamente imposto a sanção de suspensão ou de declaração de inidoneidade;

(t) não cabe ao fiscal do contrato examinar pleitos de reajuste,

revisão, repactuação, correção ou atualização de contrato; a cada uma dessas figuras corresponde um conceito jurídico próprio, que deverá presidir a apreciação do respectivo pleito pelos órgãos competentes da Administração, certo que nenhum deles poderá ser atendido sem o processamento devido perante a autoridade que tenha a competência funcional para deferir-los ou indeferir-los.

#### **4) A título de conclusão: a responsabilidade solidária**

De certo que inúmeras outras repercussões do NCC se apresentarão sobre a jornada diária da atividade contratual da Administração Pública, calçadas, sobretudo, em seus artigos 113, 187 e 421-423, que consagram a probidade, a boa-fé e a função social do contrato. Repercussões vinculantes tanto da conduta dos gestores públicos quanto dos particulares que contratam com a Administração. Os primeiros, sujeitos aos órgãos de controle, interno, externo, judicial e popular. Os segundos, desde logo postos sob as prerrogativas da Administração. Daí o conselho que se deixa a título de conclusão: as normas, só por si, não bastam para movimentar o sistema jurídico de acordo com os valores que impregnam sua existência e seus rumos.

Há inacabada e rica tertúlia acadêmica, de extraordinárias conseqüências práticas, acerca das correlações que devam existir entre princípios e normas. Para uns, diferença não há entre eles. Para outros, distinguem-se apenas quanto à densidade de suas proposições. Para terceiros, princípios e normas ocupam planos hierárquicos distintos de um sistema jurídico, sendo o princípio mais do que a norma.

Quando a Constituição de 1988, no art. 195, § 3º, estabeleceu a proibição de contratar pessoa jurídica em débito com a seguridade social, norma da mais elevada hierarquia, situada no vértice da pirâmide normativa da ordem jurídica brasileira, criou situação de perplexidade. Havia serviços essenciais (como os de telefonia, então monopólio de concessionárias estaduais) cujas prestadoras muito deviam à previdência social. Se não se podia contratar pessoa jurídica em débito com a previdência, impunha-se, a rigor, a rescisão de todos os contratos existentes com aquelas concessionárias, até que quitassem os débitos, o que era inatingível em face do volume da dívida. A conseqüência seria não se contar com os respectivos serviços. Diante de uma norma cuja aplicação conduz a um beco sem saída, perante a qual parece não

haver exceção possível, sob pena de se recusar cumprimento a norma expressa, e a cessação da atividade supostamente proibida é lesiva ao interesse público, a via jurídica que descortinará a solução não estará em outra norma. No caso que ilustra o raciocínio, nem poderia haver outra norma que suplantasse aquela posta no texto máximo da República. A solução há de vir de um plano mais elevado do que aquele em que circulam as normas. É o plano dos princípios.

As Cortes de Controle Externo, TCU à frente, validaram os contratos de telefonia com as concessionárias devedoras da previdência social porque o que estava em jogo era o princípio da continuidade dos serviços públicos. Sem telefonia, a Administração se inviabilizaria, ao menos em termos de modernidade de comunicações, e não havia alternativa tecnicamente idônea. Quando esses três fatores convergem — ausência de alternativa idônea, essencialidade do serviço, sua paralisação por força de vedação absoluta —, a composição encontra-se no plano dos princípios, no caso o da continuidade dos serviços públicos.

Assim, quando o confronto das normas de direito administrativo com as do NCC, em matéria de negócios jurídicos, engendrar aparentes impasses, a solução também terá de ser encontrada no plano dos princípios.

Evoquem-se os grandes navegadores dos séculos XV e XVI, Cabral, Vasco da Gama, Vespúcio, Colombo. Partiam do litoral europeu para a descoberta de novos mundos, afrontando preconceitos curiosos, porém razoáveis para a ciência da época, como o de que o mundo era um disco, cuja borda despencava em abismos insondáveis. Esses homens enfrentaram o desafio contando com o conhecimento que tinham sobre as estrelas. Com aparelhos singelos, como o sextante, estabeleciam os pontos cardeais e as rotas a partir da posição das constelações. Em suma, navegavam segundo as estrelas.

Imagine-se Vespúcio, ao levantar âncoras de um porto genovês, recebendo, para experimento, um modelo rudimentar de bússola. Em alto-mar, querendo o rumo sudeste, compara seus dois parâmetros e, atônito, verifica que se contradizem: a bússola aponta o sudeste numa direção; as estrelas indicam direção oposta. De certo que Vespúcio seguiu a direção indicada pelas estrelas, pela evidente razão de que elas não mudam de posição, estão no mesmo ponto do firmamento hoje, como estiveram ontem e estarão amanhã. E chegou ao destino deseja-



do. A comparação, relevada a sua simplicidade, é esta: a norma está para a bússola como o princípio está para as estrelas. A norma é uma medida de comportamento para se chegar a um destino, mas que se pode perder no caminho. O princípio é um valor, perene, fixo, certo, o norte confiável do sistema.

O princípio é paramétrico, preenche lacunas, corrige omissões, retifica rumos, descortina horizontes, traça objetivos. Na dúvida entre norma e princípio, ou na falta da norma, é o princípio que orienta a navegação do sistema jurídico. No caso da Administração Pública brasileira, são os princípios postos na Constituição, explícita (art. 37, *caput*) ou implicitamente.

O NCC é um conjunto normativo com sabor principiológico, porque todas as suas normas partem desses três valores fundamentais e a eles conduzem: eticidade (a probidade e a boa-fé); socialidade (a função social do contrato e o respeito aos usos e costumes do local da execução do negócio jurídico); operabilidade (a responsabilidade, que substitui a obrigação principal inadimplida, tende a ser sempre objetiva, de modo a, tanto quanto possível, não deixar dano injusto sem reparação, pela busca, não raro infrutífera, de culpas e dolos do agir humano, quando toda a sociedade deve ser solidária na reparação).

As normas do NCC incentivam a possibilidade e o dever de aplicação dessa trilogia a cada passo das relações jurídicas. Dela, consubstanciada notadamente nos artigos 113, 187, 371, 421 a 423, 931 a 933, se irradiarão conseqüências fundamentais sobre a elaboração, a execução, a interpretação, o controle e a avaliação dos resultados dos contratos celebrados pela Administração Pública.

Apenas para exemplificar, veja-se como o art. 20 da Lei nº 8.666/93 ganha nova dimensão diante do art. 113 do NCC (“Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração”). Preceitua o dispositivo da Lei Geral das Licitações e Contratações que a competição deve ocorrer no lugar onde haverá a prestação. A regra não poderá mais ser considerada facultativa, uma opção geográfica ou de racionalidade topográfica. Diante da eticidade (boa-fé) e da socialidade (usos do lugar de celebração), qualquer dúvida de interpretação do contrato administrativo haverá de resolver-se também compulsando-se os costumes do local da execução das obrigações, o que admitirá que, na região A, se interprete de um modo, e de outro modo poder-se-á interpretar na região B, se diversos forem os

respectivos usos de cada região. A boa-fé impedirá que os contraentes se surpreendam com interpretações sacadas de última hora, sem nexo com a realidade do local da prestação, isto é, fora do contexto, com os seus usos peculiares, em que houve o acordo de vontades.

A projeção, no campo das responsabilidades funcionais, será, como já tem sido, notável. Retome-se, para concluir, a decisão do Tribunal de Contas da União, no processo citado no item 1 desta exposição. Após aludir aos parâmetros trazidos pelo NCC, decide a Corte, na esteira do voto condutor: "... a empresa H. deve ser chamada a integrar o feito na qualidade de responsável solidária pelo débito acima indicado, em conjunto com os servidores da Entidade que acataram os valores exorbitantes apresentados pela contratada e efetuaram o pagamento sem nenhum questionamento. Por este fato deve responder, também, o engenheiro da C. que atestou (fls. 224/225 do Vol. IV) que os preços apresentados pela H. estariam em conformidade com os praticados no mercado. Deve ser responsabilizado ainda o Gerente de Atendimento e o Gerente Nacional de Suprimentos da Entidade, que também aceitaram os preços e afirmaram, *verbis*: 'avaliados em comparação com os valores praticados em contratações envolvendo fornecimentos e serviços da mesma natureza, os preços propostos mostram-se compatíveis com os correntes no mercado, conforme manifestações juntadas aos autos'."

Eis a responsabilidade solidária entre o particular contratado e os agentes da entidade administrativa contratante, pela lesão infligida ao interesse público, lesão essa tanto mais grave, e mais severamente exposta à censura, quanto violadora da boa-fé e da probidade na condução da licitação e na contratação de proposta viciada pelo falseamento de seus motivos e finalidades. Será, enfim, na prática, a plena consecução do que prenunciava o art. 74, § 1º, da Constituição da República, ao estabelecer a responsabilidade solidária em favor do interesse público e contra as irregularidades ou ilegalidades que o afligem. Assim seja. ♦

# Da associação no novo Código Civil

**NAGIB SLAIBI FILHO**

*Desembargador do TJ/RJ. Professor da EMERJ e da UNIVERSO*

## 1. Conceito

*Art. 53. Constituem-se as associações pela união de pessoas que se organizam para fins não econômicos.*

*Parágrafo único. Não há, entre os associados, direitos e obrigações recíprocos.*

A associação não tem fim econômico, fim este que caracteriza a sociedade, também referida no art. 44, II, mas regulada nos arts. 981 e seguintes na Parte Especial, Livro II, dedicado ao Direito de Empresa.

Na associação, dá-se aos integrantes a denominação de *associados*, deixando-se aos membros da sociedade a denominação de *sócios*.

Os associados se unem para alcançar fins culturais (como, por exemplo, Associação Musical Santa Cecília), religiosos (Ordem Terceira da Penitência), piedosos (Associação São Vicente de Paulo), científicos ou literários, esportivos (Clube de Regatas Vasco da Gama), recreativos, morais etc.

Pode-se constituir associação destinada a implementar qualquer fim lícito, que é, pelo conceito que se extrai *a contrario sensu* do disposto no art. 17 da Lei de Introdução ao Código Civil, o fim que não vulnere a ordem pública, a soberania popular e os bons costumes.

Note-se que tais conceitos (ordem pública, soberania popular e bons costumes) tutelam valores que devem ser os contemporâneos da instituição da associação, a qual deve adaptar os seus fins às alterações posteriores, sem que possam argüir *direitos adquiridos à situação anterior*.

Na interpretação das normas do Código Civil deve-se atentar para o sistema implantado pela Constituição de 1988 quanto ao direito liberal de livre associação.

Neste aspecto, aponte-se que na derogada ordem constitucional tanto os partidos políticos (que não têm fim econômico) como os sindicatos (que têm fim econômico, embora não tenham caráter lucrati-

vo) eram considerados órgãos estatais, inclusive o partido político se qualificava antes da nova Constituição como autarquia ou pessoa jurídica de direito público, com os privilégios e ônus de pessoa estatal.

Demonstrando a evolução do pensamento no sentido de se libertar da rançosa visão colonial de que o Estado é que criou a sociedade civil, hoje tanto o partido político como o sindicato independem de autorização estatal para o seu funcionamento, considerados como associações de direito privado, sendo vedado ao Poder Público até mesmo intervir no seu funcionamento e estrutura.<sup>1</sup>

Tal proibição, aliás, não inibe a ordem do juiz nos casos que lhe são colocados para julgamento para dirimir os conflitos de interesses envolvendo associações políticas ou sindicais e profissionais (em face do disposto no art. 5º, XXXV, da Constituição, de que nenhuma lesão ou ameaça a direito será subtraída da apreciação do Poder Judiciário).

Na sua Declaração de Direitos e Deveres Individuais e Coletivos, a Constituição expressamente dispõe no art. 5º sobre o modo de ser da associação, o que ora passa a ser comentado em face do conteúdo civilista de tais normas supremas.

## **2. A liberdade de associação**

*CF art. 5º, XVII - é plena a liberdade de associação para fins lícitos, vedada a de caráter paramilitar.*

A liberdade de associação somente pode verter sobre os fins lícitos, conceito normativo que se deve buscar no disposto no art. 17 da Lei de Introdução ao Código Civil, e que está muito além da mera legalidade objetiva, alcançando a ordem pública e os bons costumes.

Aliás, seria impossível se exigir do legislador federal (pois o tema de associação é exclusivamente federal, de Direito Civil) que dispusesse a cada momento sobre o que considera legal para que se formem entidades associativas, pois absolutamente imprevisíveis os multifários interesses que predominam a cada momento para levar o indivíduo a congregar-se aos outros com os mesmos interesses.

---

<sup>1</sup> A expressão Poder Público significa o Estado em sentido amplo, abrangendo a União, os Estados-membros, o Distrito Federal, os Municípios e seus entes, em qualquer dos Poderes Políticos (Legislativo, Executivo e Judiciário), inclusive as respectivas Administrações Públicas, como se vê no art. 37, *caput*, da Carta Magna).

A Constituição vedou, desde logo, a associação de caráter paramilitar,<sup>2</sup> pelo que representa de risco para o Estado Democrático de Direito.

Eventualmente, pode a associação inserir no estatuto, submetido ao registro público, fins declarados que, na verdade, dissimulam ou escamoteiam a real finalidade institucional. Tal dissimulação pode conduzir a sérias conseqüências jurídicas inclusive, e, principalmente, à responsabilização pessoal dos associados, através, por exemplo, da desconsideração da pessoa jurídica referida no art. 50 do Código Civil.

A Ética exige a licitude dos fins da associação, tanto os que declaram ao se constituir, como os que regem a sua atividade a cada momento; o objetivo institucional ou o fim visado pelos associados ao unirem os seus esforços é o verdadeiro espírito do grupo social e, no Direito, é o fundamento de toda a análise da associação.

### **3. A criação de associação independe de autorização do Governo**

Dispõe a Constituição, na Declaração dos Direitos Fundamentais (art. 5º):

*XVIII - a criação de associações e, na forma da lei, a de cooperativas, independem de autorização, sendo vedada a interferência estatal em seu funcionamento.*

A lei não pode exigir autorização do Governo para o funcionamento da associação, o que é coerente com o princípio da livre associação, antes comentado, embora possa fazê-lo quanto à criação de sociedade, em face do caráter econômico desta.

A cooperativa, mencionada no texto constitucional, é espécie de sociedade, em face de seus fins econômicos, não sendo, assim, associação, como já percebido por Plácido e Silva:

*Derivado do latim **cooperativus**, de **cooperari** (cooperar, colaborar, trabalhar com outros), segundo o próprio sentido etimológico, é aplicado na terminologia jurídica para designar a organização ou sociedade, constituída por várias pessoas, visando a melhorar as condições econômicas de seus associados.*

---

<sup>2</sup> Associação de caráter paramilitar é a que tem estrutura, organização e funcionamento semelhantes às organizações militares, fundada nos princípios da disciplina e da hierarquia que regem a atuação das Forças Armadas. A vedação de associação paramilitar em nível mundial veio da amarga experiência fascista e nazista que deflagrou a Segunda Guerra Mundial sem contar as organizações de extrema esquerda que conduziram à guerra civil em diversos países.

*Na sua composição, a sociedade cooperativa, que, em regra, se diz simplesmente cooperativa, pode adotar natureza civil ou comercial; mas, tecnicamente, possui forma jurídica sui generis, e se classifica como sociedade de pessoas e não de capitais.*

*As características dominantes das cooperativas, segundo os próprios princípios legais, são:*

*a) Variabilidade do capital social. Quer isto dizer que, embora com um capital social declarado, este sempre se apresenta móvel e pode ser aumentado ou diminuído, segundo se admitem novos sócios ou se excluem sócios antigos.*

*b) Limitação do capital. Os sócios das cooperativas, por este princípio, não podem subscrever ou adquirir cotas-partes do capital além do limite fixado em lei.*

*c) Incessibilidade das cotas. As cotas dos sócios são intransferíveis a terceiros estranhos à sociedade. E, mesmo causa mortis, a cota não passa aos herdeiros do sócio falecido, desde que estranho à sociedade. Em tal caso, a sociedade amortizará a cota correspondente.*

*d) Representação pessoal. A representação do sócio é anotada pela pessoa, isto é, pelo sócio considerado singularmente, em si mesmo, não pelo valor das cotas possuídas. Nestas circunstâncias, seja qual for o número de cotas-partes de capital, o voto do sócio será sempre um, representado por sua pessoa. Diz-se, também, singularidade do voto. Pode haver representação por procuração.*

*e) Lucros sobre operações. Além dos lucros decorrentes do capital, cabe aos sócios, na proporção das operações efetuadas com a cooperativa, uma participação nos lucros obtidos. A distribuição destes lucros, na base das operações, tem primazia sobre a distribuição de lucros sobre o capital, que pode até não ser instituído.*

*f) Área de ação. Não deve a cooperativa, na execução de seus objetivos, procurar estender a sua ação, isto é, o seu campo de operações, além dos limites em que, naturalmente, possa exercer seu controle ou tenha possibilidades de reunir seus associados.*

#### **4. O Estado não pode interferir no funcionamento da associação**

Se a associação independe de autorização governamental, também não pode o Estado interferir em seu funcionamento, isto é, o

governante, o administrador público e o legislador não podem atuar de forma a cercear o seu funcionamento. Evidentemente, a disposição constitucional ora em comento não abrange a atuação do juiz nos casos que lhe são oferecidos a julgamento no exercício do poder/dever de prestar a jurisdição como prometido no art. 5º, XXXV, da Lei Maior. O juiz poderá anular ou revogar os atos associativos ou nomear administrador provisório e tudo o mais que for necessário ao seu funcionamento dentro do Estado Democrático de Direito.

## **5. Somente decisão judicial pode dissolver ou suspender as atividades da associação**

Veja-se o que está no art. 5º da Constituição:

*XIX - as associações só poderão ser compulsoriamente dissolvidas ou ter suas atividades suspensas por decisão judicial, exigindo-se, no primeiro caso, o trânsito em julgado.*

A dissolução forçada da associação somente pode ser dar por sentença judicial transitada em julgado, mas as atividades podem ser suspensas por decisão judicial cautelar que é, essencialmente, provisória. A decisão judicial cautelar, ou provimento cautelar, tem por fonte a própria Constituição no art. 5º, XXXV, e pode ser manifestada em processo cautelar ou antecipação de tutela ou medida liminar prevista especificamente para certas ações, como, por exemplo, mandado de segurança ou ação possessória.

O que é importante fixar neste tema é que interpretação literal ou gramatical do texto constitucional acima transcrito restringe o poder cautelar do juiz no que se refere à dissolução total das associações, objeto que somente pode ser alcançado por decisão transitada em julgado. Evidentemente, em decisão cautelar, pode a associação ter suspensas suas atividades ou pode a mesma ser submetida a processo de dissolução parcial que, por analogia às sociedades, refere-se à retirada de um ou mais sócios que recebem a indenização pelo valor de suas cotas.

## **6. Liberdade de associação e de desassociação**

Também dispõe a Lei Maior, no seu art. 5º, em norma que impregna as relações de Direito Civil:

*XX - ninguém poderá ser compelido a associar-se ou a permanecer associado;*

A liberdade de associação é afirmada na Constituição como verdadeira via de trânsito de mão dupla, abrangendo não só o direito de se associar como o direito de desassociação, que é o poder do associado de se excluir da associação.

A fonte do direito de desassociação é a Constituição, pelo que não importa se este direito está previsto no estatuto ou foi objeto de assembléia dos associados: eventual previsão estatutária do direito de desassociação não pode ser interpretada como meio de limitação ou de restrição ao exercício do mesmo direito; no que o ato de disposição da vontade privada extrapolar dos limites constitucionais poderá ser reduzido ou mesmo desconsiderado pelo juiz no julgamento de cada caso.

Pode ocorrer que o direito de associação seja exercido através de meios formais mais solenes, como, por exemplo, a aprovação do nome do associado em reunião de diretoria ou mesmo em assembléia geral;<sup>3</sup> mas o direito de desassociação é exercido de forma bem mais simples, bastando mera comunicação do associado, podendo a norma estatutária ou regulamento assemblear dispor que a retirada somente produza os seus efeitos em determinado prazo razoável ou que o valor da cota do associado, se for o caso, possa ser pago mediante determinadas condições que permitam a sua realização pelos associados que permaneceram.

Os padrões liberais de conduta, que foram a fonte filosófica e política do texto constitucional, não podem tolerar nem que o indivíduo se veja obrigado a se consorciar nem o de permanecer associado, pela natural limitação de sua liberdade individual que implica o ingresso em grupo social.<sup>4</sup>

---

<sup>3</sup> A proibição constitucional de discriminação em qualquer de suas manifestações (art. 3º) e a exigência constitucional do devido processo legal (art. 5º, LIV, que conduziu ao disposto no art. 57 do Código Civil) finalmente acabaram com as exigências estatutárias que limitavam o ingresso do associado sem que se apontasse o fundamento, como era o caso de associações que exigiam a aprovação do associado em votação secreta da diretoria, sem que se manifestasse o fundamento da recusa, o que inibia o direito de ampla defesa.

<sup>4</sup> Há, contudo, grupos sociais que se formam por força de situações do Direito das Coisas, como no exemplo tão comum nos auditórios forenses, o denominado *condomínio de fato*, em que os moradores de determinada localidade constituem associação para fins de melhoramentos ou apoio mútuo, principalmente na área de segurança. Evidentemente, as obras serão custeadas tanto pelos que se associaram como pelos outros que acabam usufruindo os benefícios decorrentes dos melhoramentos que a todos aproveitam. Eventual ação de cobrança das contribuições será fundada no enriquecimento sem causa devida, embora a defesa geralmente apresente o argumento decorrente do direito de livre associação.



O associado pode se desligar da associação mediante declaração receptícia de vontade, isto é, o negócio jurídico que produz efeitos quando recebido pelo destinatário. Assim, o direito de desassociação se exerce simplesmente com o requerimento ou a comunicação do associado à entidade, mediante meio formal exigido somente para fins de prova, como protocolo na secretaria ou carta com aviso de recebimento, ou pelo cartório de títulos e documentos.

A desassociação constitui direito potestativo do associado, isto é, ele tem o poder de alterar a situação jurídica de outrem (no caso a associação), sem que este possa se opor, pois está em estado de sujeição.

Como o direito de desassociação se exerce através de declaração receptícia de vontade, a partir do momento em que foi recebida a comunicação ou de prazo razoável estabelecido estatutariamente ou em decisão assemblear, não tem mais o associado a obrigação de contribuir para os encargos sociais, perdendo também as vantagens decorrentes de tal situação. Contudo, até o momento do recebimento da comunicação estará sujeito o associado aos deveres próprios, inclusive o de contribuição financeira.

## **7. Representação dos associados pela associação**

Diz a Constituição, no seu art. 5º:

*XXI - as entidades associativas, quando expressamente autorizadas, têm legitimidade para representar seus filiados judicial ou extrajudicialmente;*

O novo Código Civil, no art. 53, parágrafo único, muito bem declarou que *não há entre os associados direitos e obrigações recíprocos.*

Daí se extrai norma no sentido de que a vontade que constitui a associação é a soma de cada individualidade (melhor dizendo, o consenso alcançado pela maioria), cada uma delas se mantendo sem influência dos demais associados.

O caráter transindividual, transcendendo o econômico, permitiu que a própria Constituição, independentemente de previsão legislativa ou estatutária, disponha que podem os associados autorizar no estatuto ou mesmo em assembléia-geral que a associação, através de seus ór-

gãos de administração, os represente tanto em juízo como fora dele.<sup>5</sup> Os órgãos de administração, que são órgãos de execução e não de deliberação, devem buscar, a cada momento, a devida autorização assemblear para ingressar em juízo em cada caso concreto.

A disposição constante do art. 5º, XXI, da Constituição guarda coerência com o disposto no art. 8º, III, da mesma Lei Magna, com referência ao sindicato e às entidades sindicais.

Muito se discutiu se o disposto no art. 5º, XXI, tem a natureza jurídica de representação, como agora regulado nos arts. 115 a 120 do novo Código Civil, ou de legitimação extraordinária ou substituição processual, em que a ordem jurídica defere a terceiro, em nome próprio, a defesa do interesse alheio.

O tema é relevante no Estado Democrático de Direito, tendo a associação legitimidade para a defesa de interesses coletivos, como está não só na Constituição como nas leis que tratam da ação civil pública, dos direitos do consumidor, das crianças e adolescentes etc.

Recorde-se que aos organismos não governamentais (ONGs), integrantes da denominada sociedade civil, que têm a forma jurídica de associação, devemos relevantes serviços na democratização do País, merecendo citação constitucional na área da seguridade social, implementando meios de democracia direta e de desestatização do interesse público na execução de serviço público relevante, como, aliás, explicitado no art. 204 da Carta Magna:

*Art. 204. As ações governamentais na área da assistência social serão realizadas com recursos do orçamento da seguridade social, previstos no art. 195, além de outras fontes, e organizadas com base nas seguintes diretrizes:*

*I - descentralização político-administrativa, cabendo a coordenação e as normas gerais à esfera federal e a coordenação e a*

---

<sup>5</sup> A autorização não pode ser concedida pelos órgãos de administração da associação, a despeito de possível delegação ter sido autorizada genericamente pelo estatuto ou por assembléia-geral. Os efeitos jurídicos da representação, como prometido na Constituição, conduzem à necessidade de expressa manifestação de vontade dos associados para os fins do art. 5º, XXI, da Constituição, com objeto determinado, de forma a se demonstrar cognição coletiva da extensão dos poderes concedidos à pessoa jurídica. Os efeitos que podem decorrer da autorização são gravosos, atinentes aos fins da associação, e assim muito além do mero poder de execução que orna o órgão de administração.

*execução dos respectivos programas às esferas estadual e municipal, bem como a entidades beneficentes e de assistência social;*  
*II - participação da população, por meio de organizações representativas, na formulação das políticas e no controle das ações em todos os níveis.*

Não só na formulação das políticas sociais ou no controle das ações nas diversas esferas governamentais, mas também executando a atividade de seguridade social, levaram-se inúmeras associações a se inscreverem junto aos órgãos governamentais como entidades de utilidade pública para obter inclusive benefícios orçamentários, com o correspondente dever de prestar contas junto ao respectivo Tribunal de Contas.

Em face de tal quadro que demonstra que o interesse da associação transcende aos interesses dos associados, aos quais representa de forma coletiva, veio a Medida Provisória nº 2.180-35,<sup>6</sup> de 24 de agosto de 2001, acrescer à Lei nº 9.494, de 10 de setembro de 1997, o seguinte dispositivo:

*Art. 2º-A. A sentença civil prolatada em ação de caráter coletivo proposta por entidade associativa, na defesa dos interesses e direitos dos seus associados, abrangerá apenas os substituídos que tenham, na data da propositura da ação, domicílio no âmbito da competência territorial do órgão prolator.*

*Parágrafo único. Nas ações coletivas propostas contra a União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios e suas autarquias e fundações, a petição inicial deverá obrigatoriamente estar instruída com a ata da assembléia da entidade associativa que a autorizou, acompanhada da relação nominal dos seus associados e indicação dos respectivos endereços.*

Note-se que o texto legal parece resolver a controvérsia doutrinária e jurisprudencial sobre a natureza jurídica do art. 5º, XXI, da Constituição, pela utilização da expressão *substituído* (o que indica que se trata de substituição processual ou legitimação extraordinária), embora

---

<sup>6</sup> Consoante o disposto no art. 2º da Emenda Constitucional nº 35, de agosto de 2001, as medidas provisórias editadas antes da publicação dessa emenda constitucional terão vigência enquanto não convertidas em lei pelo Congresso Nacional, norma que, assim, praticamente concedeu caráter definitivo a estes diplomas denominados provisórios... Há ação direta de inconstitucionalidade em face da aludida Medida Provisória nº 2.180-35, mas o Supremo Tribunal Federal não concedeu, ainda, qualquer liminar suspendendo a eficácia de suas disposições.

no parágrafo único conceda efeitos somente de representação, pois exige que venha ata contendo a autorização assemblear com a relação nominal dos associados e indicação dos respectivos endereços.

Enfim, pelo que está agora no parágrafo único do art. 53 do Código Civil, de que não há relação jurídica entre os associados, temos que, finalmente, ficou fortalecida a corrente doutrinária e jurisprudencial que considera como legitimação extraordinária ou substituição processual a representação da associação ao menos com referência aos associados que não se manifestaram na assembléia que autorizou o ingresso em juízo.

## **8. Inexiste relação jurídica entre os associados**

O parágrafo único do art. 53 do Código Civil declara elemento essencial da associação, que é a inexistência de relação jurídica entre os associados, os quais somente se vinculam à própria pessoa jurídica de direito privado nos termos colocados na Constituição, nas leis federais, no estatuto e nas decisões assembleares.

A vontade da associação tem fonte na vontade de cada associado, ou, ao menos, na vontade da maioria dos associados, os quais preservam o seu patrimônio e demais direitos e obrigações, salvo naquilo com que se obrigou a contribuir à associação.

Também em se tratando de associação prepondera o princípio do consenso ou da maioria para as deliberações assembleares e para as decisões dos órgãos de administração, sem prejuízo dos direitos da minoria, como decorre de diversas disposições legais.

## **9. O estatuto da associação**

*Art. 54. Sob pena de nulidade, o estatuto das associações conterà:*

*I - a denominação, os fins e a sede da associação;*

*II - os requisitos para a admissão, demissão e exclusão de associados;*

*III - os direitos e deveres dos associados;*

*IV - as fontes de recursos para sua manutenção;*

*V - o modo de constituição e funcionamento dos órgãos deliberativos e administrativos;*

*VI - as condições para a alteração das disposições estatutárias e para a dissolução.*

O disposto no art. 54 do Código Civil derroga disposição constante do art. 120 da Lei de Registros Públicos (Lei federal nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973), e prevê os requisitos que deverão constar do instrumento associativo que se denominou de estatuto.

O estatuto é documento formal a ser autenticado em cada folha pelos fundadores da associação, os quais devem ser perfeitamente identificados ao levarem o documento ao registro público.

A denominação da associação também é livre, não prevendo a lei nenhum mecanismo que possa evitar coincidências que muitas vezes são engendradas maliciosamente. Contudo, como previsto no art. 52, aplicando-se à pessoa jurídica, no que couber, a proteção dos direitos da personalidade, poderá a associação prejudicada pedir as providências que entender necessárias na instância judicial quando a denominação de associação malferir os direitos à denominação de outra pessoa jurídica.

Quanto à área de atuação, tem a associação ampla liberdade de escolha, devendo, no entanto, declarar o local de sua sede. Em face do princípio constante do art. 19 da Constituição, de que não se pode negar fé a documento público salvo fundada razão, a certidão de registro do estatuto a ser fornecido pela serventia do registro público tem validade em todo o território nacional. Em conseqüência, por que a lei não exige (como faz no art. 1.000 quanto à sociedade simples), a associação terá atuação em qualquer localidade no País, independentemente de levar o seu estatuto ao registro civil das pessoas jurídicas daquela localidade.

Os fins da associação devem ser explicitamente declarados e oferecer conteúdo lícito, não se admitindo a atuação de associação que venha a contrariar os fins declarados no seu registro de criação. Associação que tenha fim declarado de abrangência muito grande sempre terá dificuldades a cada momento de demonstrar a coerência de sua atividade, o que, aliás, é seu ônus de prova.

Os direitos e deveres dos associados e os requisitos para a sua admissão, demissão e exclusão devem ser explicitados no estatuto, levando-se em conta as normas constitucionais e civis.

As fontes de recursos para a manutenção da associação devem ser colocadas no estatuto ainda que de forma genérica, como usualmente se faz, dispondo em cláusula que *a associação será mantida pelas contribuições dos sócios, doações recebidas e outros meios financeiros eventualmente acolhidos pela Diretoria...*

O estatuto é que deve dispor sobre a organização da associação, prevendo o modo de constituição e de funcionamento dos órgãos deliberativos e administrativos.

Não há proibição à vitaliciedade de órgãos de administração,<sup>7</sup> nem de inalterabilidade de direitos dos associados (como, por exemplo, o associado remido, que fica dispensado de contribuir financeiramente para a associação, ou o associado honorário, que tem o título mas geralmente não desfruta dos deveres e encargos sociais).

Na organização da associação, o padrão usual é o do sistema político implantado pela Constituição, prevendo-se órgãos executivos e administrativos, como a Diretoria e os departamentos operacionais, órgãos de deliberação e fiscalização, como a assembléia-geral e conselhos fiscais, e até mesmo órgãos de solução de conflitos como os conselhos deliberativos.

Finalmente, deve o estatuto prever o meio de reforma estatutária e até mesmo o que acontecerá com o patrimônio da associação caso dissolvida seja.

A reforma estatutária é meio mais solene de tomada de decisões, devendo ser levada ao registro público, enquanto as decisões da assembléia dos associados têm caráter mais eventual.

É muito comum utilizar-se como padrão de discussão e deliberação da reforma estatutária o sistema previsto na Constituição da República para a sua reforma, deixando-se para os atos da assembléia o modo previsto para a elaboração de lei complementares e ordinárias.

O disposto nos arts. 59 e 60 referem-se à assembléia-geral e no art. 61 à dissolução da associação.

## **10. Direitos e deveres do associado**

*Art. 55. Os associados devem ter iguais direitos, mas o estatuto poderá instituir categorias com vantagens especiais.*

---

<sup>7</sup> Em muitas associações expressamente constam presidentes e diretores por toda a vida, e até mesmo que a associação se dissolverá com o óbito deles. O direito de vitaliciedade (que nada tem a ver com a vitaliciedade de magistrados, membros do Ministério Público e oficial das Forças Armadas, que somente perdem o cargo por sentença judicial criminal ou civil transitada em julgado) eventualmente concedido em ato estatutário não exclui a possibilidade de destituição do diretor ou presidente pela assembléia geral, mediante processo interno ou judicial que comprove a justa causa e que atenda aos princípios do devido processo de lei. A eventual perda da vitaliciedade não exclui, também, o poder da assembléia geral de alterar o estatuto e prever a eleição por tempo certo dos órgãos de administração.

*Art. 56. A qualidade de associado é intransmissível, se o estatuto não dispuser o contrário.*

*Parágrafo único. Se o associado for titular de quota ou fração ideal do patrimônio da associação, a transferência daquela não importará, de per si, na atribuição da qualidade de associado ao adquirente ou ao herdeiro, salvo disposição diversa do estatuto.*

*Art. 57. A exclusão do associado só é admissível havendo justa causa, obedecido o disposto no estatuto; sendo este omissivo, poderá também ocorrer se for reconhecida a existência de motivos graves, em deliberação fundamentada, pela maioria absoluta dos presentes à assembleia geral especialmente convocada para esse fim.*

*Parágrafo único. Da decisão do órgão que, de conformidade com o estatuto, decretar a exclusão, caberá sempre recurso à assembleia geral.*

*Art. 58. Nenhum associado poderá ser impedido de exercer direito ou função que lhe tenha sido legitimamente conferido, a não ser nos casos e pela forma previstos na lei ou no estatuto.*

## **11. O princípio da igualdade entre os associados**

A regra é a igualdade entre os associados. Eventuais exceções somente podem ser previstas estatutariamente se preservados os direitos constitucionais e civis do associado.

O princípio da igualdade dos direitos e obrigações entre os associados permeia a atuação da associação, embora possa o estatuto – e somente ele, ainda que através de reforma estatutária – dispor sobre categorias de associados que desfrutem de vantagens especiais.

Desde logo, afirme-se que a sede estatutária é para dispor genericamente sobre categorias de associados, e não para dispor individualmente embora possa erigir algum associado como diretor vitalício ou dispensá-lo de contribuições financeiras.

A previsão de vantagens especiais, como constante do disposto no art. 55, não pode representar ônus desproporcional para as categorias de associados que não estiverem entre as beneficiadas, e nem mesmo tais vantagens poderão dissimular ou inviabilizar os direitos e obrigações dos associados previstos na Constituição e na Lei Civil.

Em tema de direitos e deveres dos associados não se pode falar em direito adquirido ou imunidade de estatuto e disposições similares à previsão constitucional e legal de tais direitos e deveres.

A exclusão prevista no dispositivo em comento constitui pena ou sanção, e não se confunde com o direito de saída voluntário, ou direito de desassociação, antes comentado.

## **12. Intransmissibilidade da condição de associado como regra geral**

Como o fim da associação não é econômico, a regra geral, posta no art. 56, é que a qualidade de associado é intransmissível, se o estatuto não dispuser em contrário.

O parágrafo único do mesmo dispositivo distingue entre associação que prevê quota de patrimônio e associação sem tal previsão, garantindo ao adquirente *causa mortis* ou por ato *inter vivos* o direito de transferência patrimonial sem que se lhe atribua a qualidade de sócio, salvo disposição diversa do estatuto.

Se o associado falecer e deixar dívidas quanto às contribuições financeiras (mensalidade, jóias, despesas específicas), tais dívidas, como os créditos respectivos, serão apurados em inventário e declarados na forma a que se refere o disposto no art. 993 do Código de Processo Civil.

Nas duas oportunidades em que se remete aos estatutos, da disposição legal se extrai a idéia condutora de que o tema da transmissibilidade da condição do associado tem forte conteúdo dispositivo, a depender de previsão específica no estatuto ou ato assemelhado.

O caráter de disposição de vontade que impregna o tema admite a arguição de direito adquirido ou mesmo de imunidade do estatuto anterior às normas do novo Código Civil.

## **13. O devido processo legal para a punição do associado**

A disposição do art. 57 do novo Código Civil não é inovadora, pois a exigência constitucional do *due process of Law* impregna todas as relações jurídicas de direito público e de direito privado.<sup>8</sup>

Ainda que não existisse o disposto no art. 57 da Lei Civil, estaria o associado protegido não só da exclusão da associação, mas de qualquer punição, senão mediante os procedimentos cujo conjunto fazem

---

<sup>8</sup> Sobre o devido processo de lei, ver Nagib Slaibi Filho, **Direito Constitucional**, Rio de Janeiro, Editora Forense, 2004; **Sentença cível – fundamentos e técnica**, 6ª edição, Rio de Janeiro, Editora Forense, 2004.



parte do devido processo de lei que, antes de ser instituição jurídico-constitucional, tem conteúdo político de mitigar o intenso conteúdo de autoritarismo e de discriminação que ainda infestam os mais variados setores da sociedade brasileira.

É considerada motivo para a exclusão a justa causa, obedecido o procedimento estatutário. Se omissivo o estatuto, a exclusão poderá ocorrer mediante a causa de motivos graves.

Ao exigir a justa causa ou motivos graves, desde logo a lei está colocando como necessária uma adequada proporção entre a conduta que se pretende punir e o conteúdo da punição. A adequação dos meios é a previsão do critério da proporcionalidade, devendo em cada caso se apurar a proporcionalidade da sanção – não só de exclusão do associado, mas também as penas de censura, advertência, multa ou suspensão, previstas no estatuto – em face da conduta incriminada no caso concreto.

Tal adequação deve ser averiguada não só pelo órgão encarregado pela punição como pelo juiz nos casos que lhe forem submetidos, não se podendo dizer aí que está excluída a apreciação do mérito administrativo.

O procedimento a ser adotado em cada caso de punição deve ser aquele previsto no estatuto ou em ato genérico (mas não para o caso determinado!) do órgão encarregado de julgamento do caso, prevendo, inclusive, os legitimados para a abertura do processo, o órgão processante, as fases processuais, o modo de instrução do processo e a fase decisória.

Este procedimento, para atender aos termos constitucionais, deverá conter necessariamente fases procedimentais como:

- a imputação concreta correlacionada com a sanção que se propõe;<sup>9</sup>
- a citação do processado, nomeando-se curador em seu favor se não se defender ou não souber fazê-lo ou não constituir advogado;
- a instrução, com a realização das provas necessárias;
- o julgamento, inclusive com a oportunidade de alegações finais, através de deliberação fundamentada, pela maioria absoluta dos presentes à assembléia geral especialmente convocada para este fim.

---

<sup>9</sup> É impossível o exercício da defesa se não houver precisão na imputação ou se não houver expressa cominação da sanção.

Se acaso o estatuto prever outro órgão que não a assembléia-geral como julgador, a ela caberá a apreciação do recurso, o qual, também, deve ter previsão ou no estatuto ou em ato genérico.

O disposto no art. 58 é um reforço ao princípio do devido processo legal, pois nenhum direito ou função pode ser extraída do associado a não ser nos casos e pela forma prevista na lei ou no estatuto.

Até mesmo a punição do associado por falta de cumprimento de seus encargos financeiros, como o pagamento de mensalidades, deverá atender a critérios razoáveis, como, por exemplo, o máximo de multa moratória legalmente admitida, e, se cabível a sua exclusão pela existência de débitos; também aí deverá ser obedecido ao devido processo legal.

Do disposto no art. 58 também se extrai que o ato de admissão do associado é ato individual, de plena autonomia de vontade deste, mas que significa adentrar no ato-regra que são as disposições constitucionais, legais e estatutárias que definem o regime jurídico da associação.

#### **14. A assembléia geral como órgão máximo de decisão**

*Art. 59. Compete privativamente à assembléia geral:*

*I - eleger os administradores;*

*II - destituir os administradores;*

*III - aprovar as contas;*

*IV - alterar o estatuto.*

*Parágrafo único. Para as deliberações a que se referem os incisos II e IV é exigido o voto concorde de dois terços dos presentes à assembléia especialmente convocada para esse fim, não podendo ela deliberar, em primeira convocação, sem a maioria absoluta dos associados, ou com menos de um terço nas convocações seguintes.*

*Art. 60. A convocação da assembléia geral far-se-á na forma do estatuto, garantido a um quinto dos associados o direito de promovê-la.*

A assembléia geral é agora considerada o órgão máximo da associação, com os poderes agora mínimos de eleger e destituir os administradores, aprovar (e rejeitar, ou mandar diligenciar) as contas dos administradores, alterar o estatuto (o que está no art. 59), apreciar recurso em processo de exclusão de associado (art. 57, parágrafo único), e deliberar sobre o destino dos bens da associação em caso de sua extinção e omissão de previsão no estatuto (art. 61).

As normas que se extraem do disposto nos arts. 60 e 61 são incidentes a partir da vigência do novo Código Civil e têm evidente conteúdo ético no sentido de fazer prevalecer o princípio democrático da participação do associado. Tal princípio democrático deve ser resguardado nas decisões judiciais, inclusive cautelares que incidam sobre os temas ora em comento.<sup>10</sup>

Destaque-se que o sistema político instaurado pela Constituição de 1988 dispondo sobre o processo legislativo e o modo de funcionamento dos corpos legislativos é o padrão procedimental que impregna inclusive as relações privadas reguladas pelo Código Civil.

Assim, em atenção ao que está no art. 126 do Código de Processo Civil e art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil, de se usar a analogia em caso de inexistência de normas legais (e, no caso, também estatutárias), deve o juiz e o presidente da assembléia se socorrer dos procedimentos previstos não só na Constituição como no Regimento Interno do Congresso Nacional.

As normas do Código Civil dispensam alteração estatutária para sua eficácia em face de estatuto que disponha em contrário, como, por exemplo, o estatuto que diga que o órgão máximo da associação, com os poderes de nomear e destituir os administradores e aprovar as suas contas, seja o Conselho Deliberativo.

A assembléia geral é a reunião mais ampla dos associados com o direito de dela participar, nos termos estatutários.

Pode ser que haja estatuto que denomine diversamente a assembléia geral, mas neste caso importa o seu conteúdo que a lei civil estipulou com o poder de nomear e destituir administradores, aprovar as suas contas e alterar o estatuto.

Há associados que não têm direito até mesmo de participar da assembléia, conforme previsão estatutária, como, por exemplo, os associados inadimplentes quanto às obrigações financeiras,<sup>11</sup> ou os asso-

---

<sup>10</sup> Evidentemente, não se pode extrair do disposto no art. 2.031 do novo Código Civil uma interpretação que contrarie o exercício constitucional e legal dos direitos e deveres dos associados, permitindo que normas estatutárias que vulnerem as normas superiores permaneçam em vigor por um determinado tempo, ao alvedrio dos administradores, que poderiam realizar as alterações no último momento permitido pelo dispositivo antes referido.

<sup>11</sup> Se o estatuto confere ao associado o direito de participar da assembléia, não pode ele dela ser excluído sem justa causa, como, por exemplo, o fato de estar respondendo a processo para eventual punição por conduta considerada anti-social, pois, também neste caso, está em favor do associado o princípio constitucional da presunção da inocência.

ciados que desfrutem de situação honorífica especial, como os remidos em algumas associações.

Os incisos II e IV do art. 59 estabelecem normas do procedimento da assembléia geral para destituir administrador (mas não para designar, pelo que a eleição pode ser feita por outro procedimento a ser estabelecido ou no estatuto ou por ato assemblear, bem como a aprovação da conta) e alterar os estatutos, exigindo que em primeira convocação haja o quorum de instalação de mais da metade dos associados com direito de participação, e eventuais convocações sucessivas tenham ao menos o quorum de um terço para a instalação.

Tais normas incidem desde já, não se podendo falar em *direito adquirido* quanto ao procedimento anterior previsto no estatuto.

Exige-se que a assembléia seja especialmente convocada para os referidos fins, o que deve constar do edital de convocação e dos demais meios de intimação previstos para a ciência dos associados. Evidentemente, embora a assembléia tenha sido convocada para tal fim específico, não se exclua que outros assuntos também nela sejam tratados, como constantes do edital. O que não se pode é considerar os temas referidos no art. 59 como *assuntos gerais* constantes de item da pauta da assembléia geral, porque assim ficará prejudicada a ciência dos associados.

O quorum de deliberação para a destituição de administrador e emenda estatutária passou agora a ser, no mínimo, de 2/3 (dois terços) dos presentes. Se presentes para a instalação da sessão 51% dos associados em condições de participar da assembléia, teremos então o quorum equivalente a mais de 34% dos associados para destituir administrador e alterar os estatutos.

É um quorum rigoroso o de deliberação em 2/3 dos associados presentes, bastando se ver que a aprovação de emenda constitucional pelo Congresso Nacional exige 60% dos parlamentares componentes de cada Casa.

Como se trata de quorum dos presentes em 2/3, não se pode, assim, falar em inconstitucionalidade da norma civil ora em comento neste aspecto, pois não ultrapassa o rigor constitucional para as deliberações consideradas as mais importantes da associação mais ampla que é a associação política integrada por todos os cidadãos.

E se houver sucessivas convocações regulares e não se alcançar o quorum mínimo de instalação e de deliberação para destituir o administrador e alterar o estatuto?

A conseqüência acaciana é que permanece o administrador denunciado e não se formaliza a alteração do estatuto.

Pode sentença judicial substituir a decisão que, submetida à assembléia geral, não alcançou o quorum devido? A resposta é afirmativa, em face do disposto no art. 5º, XXXV, da Constituição, de onde se extrai não só o dever do Juiz conhecer dos temas que lhe são submetidos como o poder judicial de impor soluções aos conflitos de interesse.

A regra do art. 61, que confere a um quinto dos associados (certamente as categorias de associados que têm capacidade de participar da reunião) o direito de promover a convocação da assembléia geral, também incide desde a vigência do Código Civil, adentrando nas normas estatutárias e as alterando se for o caso.

A inovação contida no dispositivo visa, exatamente, reforçar a posição do associado em desfavor de órgãos cuja previsão estatutária geralmente tem o condão antidemocrático de afastar a participação individual e de isolar os grupos minoritários.

Aliás, o quórum de convocação de 1/5 constitui direito da minoria, que ainda serve para todos os fins referidos no art. 59, inclusive eleição de administradores e aprovação de suas contas.

No mais, quanto à convocação e deliberação da assembléia geral, incidem as regras estatutárias, desde que não sejam contrárias aos comandos do novo Código Civil.

Note-se que a eleição de administrador, a aprovação de suas contas e outros temas privativos da assembléia geral dispensam o rigoroso quorum referido no art. 59, o qual, no entanto, pode ser acolhido pelo estatuto, pois quanto ao mais, é regra dispositiva e não vinculante.

## **15. Destino do patrimônio da associação em caso de sua dissolução**

*Art. 61. Dissolvida a associação, o remanescente do seu patrimônio líquido, depois de deduzidas, se for o caso, as quotas ou frações ideais referidas no parágrafo único do art. 56, será destinado à entidade de fins não econômicos designada no estatuto, ou, omissis este, por deliberação dos associados, à instituição municipal, estadual ou federal, de fins idênticos ou semelhantes.*

*§ 1º Por cláusula do estatuto ou, no seu silêncio, por deliberação dos associados, podem estes, antes da destinação do remanes-*

*cente referida neste artigo, receber em restituição, atualizado o respectivo valor, as contribuições que tiverem prestado ao patrimônio da associação.*

*§ 2º Não existindo no Município, no Estado, no Distrito Federal ou no Território, em que a associação tiver sede, instituição nas condições indicadas neste artigo, o que remanescer do seu patrimônio se devolverá à Fazenda do Estado, do Distrito Federal ou da União.*

O que se extrai do art. 61 são normas dirigidas ao liquidante da associação e ao juiz, este em caso de conflitos de interesses que lhe sejam submetidos.

Havendo quota ou fração ideal do patrimônio, como referido no art. 56, parágrafo único, deve o conjunto ser deduzida do patrimônio e o restante será, então, destinado como dispuser o estatuto para os casos de dissolução.

Note-se que a destinação do patrimônio restante somente pode ser feita a entidade de fins não econômicos e, caso o estatuto anterior ao Código Civil assim disponha, a regra do dispositivo em comento passa a incidir imediatamente.

Se o estatuto dispuser sobre a destinação, poderão os associados também alterá-lo para mudar o destino ali previsto, desde que atendam à determinação legal da remessa a entidade de fim não econômico, inclusive, se for o caso, a entidade de direito público ou órgão público, os quais, para aceitar a doação, deverão atender às regras financeiras públicas.

Caso os associados não resolvam sobre a destinação do patrimônio da entidade, abandonando-o, incidem as regras do Código de Processo Civil sobre bens vagos, mediante procedimento de jurisdição voluntária que pode ser aberto pelo Ministério Público, pelo próprio Juiz competente e até mesmo mediante comunicação de autoridade pública ou de pessoa privada.

Note-se que o disposto no § 2º do art. 61 utiliza a expressão “devolverá”, o que deve ser entendido no sentido de que tal patrimônio não constitui patrimônio devoluto para fins do Direito Administrativo, como as terras públicas que antes eram do domínio privado do rei e que ele doava, pelo que, não cumpridas as condições de doação, eram devolvidas ao patrimônio real.

A expressão “devolver” tem no Direito expressão própria, que não pode ser confundida, no caso, pela idéia de que a sociedade é derivada do poder público.

Evidentemente, na liquidação da associação, antes de se fazer a destinação a outra entidade, aos próprios associados, como previsto no § 1º, ou ao Governo, deverão ser adimplidas as obrigações trabalhistas e fiscais, as quais tem caráter privilegiado. ◆

# O Contrato no Novo Código Civil Brasileiro. Aspectos Relevantes da Intervenção do Judiciário

**LETÍCIA DE FARIA SARDAS**

*Desembargadora do TJ/RJ.*

## I – A QUESTÃO DA ÉTICA

O primeiro grande estudo sobre a ética foi realizado por Aristóteles, na Grécia antiga, há cerca de 2.350 anos.

É de Aristóteles o conjunto das três obras de moral contidas nos “Corpos de Aristóteles” e denominadas **A Ética, A Edeumo e A Ética Nicômano e A Grande Ética.**

O ensinamento do filósofo grego<sup>1</sup> pode ser resumido em única e curta frase: **“O bem é o fim”**. Logo, a finalidade da ética é promover o bem estar.

A felicidade é posta como o fim supremo da atividade humana, e a virtude é definida como meio termo entre dois extremos.<sup>2</sup>

Em tempos de construção de responsabilidade social, nunca se falou tanto em ética, ou na falta dela, como atualmente.

Ética<sup>3</sup> é, sem dúvida, um termo de grande destaque na **Sociedade de Informação**, com a criação de um verdadeiro código de boa conduta, como uma forma de defesa contra a constante invasão da esfera da *reserva da intimidade da vida privada* dos novos habitantes deste novo mundo globalizado, preconceituoso, excludente, entrecortado pelas auto-estradas da tecnologia.

---

<sup>1</sup> Uma empresa estará compartilhando o princípio básico da ética se estiver consciente que, antes de fabricar biscoitos, sapatos, gasolina, produtos ou serviços, o que ela produz inicial e fundamentalmente é o bem estar. (cf. Cid Alledi e Osvaldo Quellas, in “Ética, transparência e responsabilidade social nas organizações”, **Cidadania e Justiça**, Revista da AMB, nº 12, ano 5, p. 37:43.

<sup>2</sup> Enciclopédia Larousse.

<sup>3</sup> Para a intervenção da ética na **Sociedade de Informação**, os franceses criaram o termo **netiquette**.



A professora **Laura Nash**, em recente exposição na Fundação Getúlio Vargas<sup>4</sup>, discorrendo sobre a ética nos negócios, referiu-se a duas grandes pesquisas realizadas nos anos 1999/2000.

A revista **Newsweek** realizou nos E.U.A. uma pesquisa em parceria com a Organização Harris.

Outra foi realizada pela Fundação Príncipe de Gales, no Reino Unido, e foi denominada “*Pesquisa do Milênio*”.

Uma pergunta era sempre formulada aos entrevistados. Buscava-se saber com que afirmativa eles concordavam, “*se as empresas deveriam preocupar-se apenas com seus lucros ou se deveriam ter, também, algum tipo de preocupação com a comunidade, chegando até mesmo a sacrificar lucros*”.

A conclusão é significativa: 95% dos entrevistados apontou para a necessidade de uma responsabilidade social das empresas, sacrificando o lucro.<sup>5</sup>

A “*Pesquisa do Milênio*”, realizada em 23 países, ouviu 25.000 pessoas de todas as camadas sociais, às quais era perguntado qual deveria ser a finalidade das empresas: somente o lucro; além do lucro, uma responsabilidade em relação à comunidade; ou uma alternativa intermediária.<sup>6</sup>

Em dois terços das respostas trazidas pelos 23 países participantes, optou-se pela finalidade social, além do lucro.<sup>7</sup>

---

<sup>4</sup> A expositora é Phd da Universidade de Harvard e esteve no Brasil no ano de 2002, a convite da Fundação Fides.

<sup>5</sup> Milton Friedman, da Universidade de Chigaco, adotando uma posição tipicamente neoliberalista, em artigo de grande repercussão, denominado “The Social Responsibility of Business is to Increase Profit”, publicado no **The New York Times Magazine**, em 13 de Setembro de 1970, defendeu a tese de que a única e exclusiva responsabilidade social das empresas é maximizar o próprio lucro.

<sup>6</sup> As notas referentes à palestra da professora Laura Nash foram colhidas do artigo denominado *Ética nos negócios: a quantas andamos?*, de Peter Nadas.

<sup>7</sup> O movimento denominado *ética da responsabilidade social* surgiu na Europa, de uma forma um tanto ou quanto negativa, através de boicote às empresas que privilegiavam o lucro, ou que praticavam atos antiéticos nas relações trabalhistas. A ONU, nos anos 70, contribuiu para a generalização deste movimento, ao editar resoluções referentes ao *apartheid*. O incidente da Nestlé na África foi outro fato determinante para a reflexão sobre a responsabilidade social das empresas. O case Shell na Nigéria tem fundamental importância na formação de organizações ambientalistas, tais como o Greenpeace, comprometidas com a ética ambiental.

O mundo exige ética nos negócios, ética nas profissões, ética na educação, ética na política<sup>8</sup>, ética sexual, ética na medicina, ética esportiva, ética na imprensa, ética na sociedade da informação.

Mas afinal, o que é ética?<sup>9</sup>

Sabe-se que ética, em sua acepção ampla, está ligada ao termo grego *ethiqué* ou *éthos* e do latim *ethica*, *ethicos*<sup>10</sup>, que significa moral, tendo a ver com costume, uso, caráter, comportamento<sup>11</sup>.

Ética, para uns é a parte da filosofia que estuda os valores morais e princípios ideais da conduta humana; para outros, é o conjunto de princípios que devem ser respeitados no exercício de uma profissão.<sup>12</sup>

Em todas as diferentes esferas da atividade humana, conceituar ética importa em determinar o alcance do mesmo problema: a distinção entre aquilo que é moralmente lícito e aquilo que é moralmente ilícito.<sup>13</sup>

A discussão será sempre sobre os princípios ou as regras que empresários, comerciantes, amantes, cônjuges, jogadores de pôquer ou de futebol, médicos, educadores, jornalistas, internautas, devem seguir no exercício de suas atividades.

Não se discute se existe ou não uma questão moral, se é ou não plausível colocar-se o problema da moralidade das condutas.<sup>14</sup>

---

<sup>8</sup> No drama *As mãos sujas*, de Jean-Paul Sartre, um dos personagens sustenta a tese de que quem desenvolve uma atividade política não pode deixar de sujar as mãos (de lama ou mesmo de sangue). Cf. Norberto Bobbio, **Elogio da Serenidade**, p. 50.

<sup>9</sup> Alberto Dines, em entrevista concedida a José Argolo, destacou que *legislação* não tem nada a ver com *ética*, esclarecendo que a lei impõe procedimentos, enquanto a ética pressupõe o livre arbítrio, a consciência, os compromissos morais.

<sup>10</sup> O contraste que Antígona contrapõe a Creonte, na conhecida tragédia grega, é uma representação marcante da ética grega.

<sup>11</sup> "A preocupação com a ética é tão antiga quanto a própria humanidade, já que, de acordo com o antropólogo francês Claude Lévi-Strauss, a passagem do reino animal para o humano, isto é, a transição da natureza para a cultura, só aconteceu quando, em face da proibição do incesto, instaurou-se a lei, estabelecendo-se, desse modo, as relações de parentesco, de grupo e, conseqüentemente, de alianças sobre as quais se soergueu a organização social humana". – cf. Ministro Marco Aurélio de Mello, *Ética nas funções do Estado*, **FÓRUM**, Revista da AMAERJ, n. 6.

<sup>12</sup> Dicionário Michaelis Trilingue, Editora Klick, 2001.

<sup>13</sup> Norberto Bobbio, obra citada.

<sup>14</sup> Num clássico exemplo da ausência de discussão da *própria questão moral*, Norberto Bobbio se refere a bioética, afirmando que no campo da animadíssima discussão entre os filósofos morais quanto à licitude ou ilicitude de certos atos, não se cogita de negar o problema mesmo. E acrescenta o pensador que, no exercício da atividade médica, surgem problemas que todos os que com eles lidam estão acostumados a considerar morais, e ao assim considerá-los entendem-se perfeitamente entre si, ainda que não se entendam quanto a quais são os princípios ou as regras a serem observados e aplicados. (cf. obra citada, p. 51).

Para Alberto Dines<sup>15</sup> a ética pressupõe o livre arbítrio, a consciência, os compromissos morais. É uma porção da Filosofia e da Moral<sup>16</sup>, que não pode ser reduzida ou comprimida em um conjunto de normas pragmáticas de conduta. Situa-se em uma esfera superior e íntima, mais abrangente e muito mais complexa.

Relevante, no entanto, distinguir *moral social* de *moral individual*.

Quando se fala em *moral social*, estamos nos referindo à moral que diz respeito às ações de um indivíduo que interferem na esfera de atividade de outros indivíduos.

Fala-se em *moral individual* para identificar, por exemplo, as ações relativas ao aperfeiçoamento da própria personalidade, independentemente das conseqüências que a busca deste ideal de perfeição possa ter para os outros.

Aliás, como adequadamente ressaltado por Norberto Bobbio, a *ética tradicional sempre distinguiu os deveres para com os demais dos deveres para consigo próprio*

Para finalizar este tópico, em que buscamos fixar uma noção genérica de ética, para posterior análise contextualizada, podemos dizer, tomando as palavras do filólogo Aurélio Buarque de Holanda<sup>17</sup>, que

---

<sup>15</sup> Citando o professor Muniz Sodré, o jornalista disse que no Brasil confunde-se *deontologia* com *ética* e relatou que viveu e trabalhou sete anos em Portugal, constatando que a noção de *deontologia* aparece, neste país, com freqüência quando se discutem comportamentos e procedimentos corporativos ou gremiais. Ninguém em Portugal ousaria falar em código de ética, mas em código deontológico, como disciplina apropriada para o estudo das regras do exercício e do uso profissional. (cf. **Ética Cidadania e Imprensa**, p. 15).

<sup>16</sup> Em articulado denominado *Breves Considerações sobre a Ética*, Felipe Augusto Miranda Rosa ressaltou que a discussão intelectual sobre as semelhanças e as diferenças entre os conceitos da ética e da moral lembra, de algum modo, a pergunta sobre quem nasceu primeiro, o ovo ou a galinha. Pedindo desculpas aos leitores pela figuração, o renomado professor brasileiro acrescentou: "A verdade é que o debate entre estudiosos da filosofia e das ciências sociais vai muito longe de uma definição que todos aceitem. A noção mais comum é a de que o conceito de ética tem precedência não temporal, mas hierárquica sobre o de moral. Esta última, no dizer de muitos comentaristas, seria menor do que a ética, tipo de fenômeno ético limitado a certas situações agudas por falta de consenso favorável a respeito de condutas humanas. O âmbito da moral é habitualmente apontado como igual ao dos fenômenos éticos. Desses, existem manifestações a respeito das quais os preceitos amplos do bom e do equânime lembram a definição de Ulpiano de que o direito é "ars boni et aequi". Tal fato mostra que a confusão conceitual é maior do que parece à primeira vista. Já agora o direito é apontado como a "arte" do que é bom e justo, o que significa, em primeiro lugar, que os preceitos jurídicos exprimem uma "arte" (e não uma ciência) do universo das coisas justas".

<sup>17</sup> Novo Dicionário da Língua Portuguesa, 2002.

“... ética é o estudo dos juízos de apreciação que se referem à conduta humana, susceptível de qualificação do ponto de vista do bem e do mal, seja relativamente a determinada sociedade, seja de modo absoluto.”

## II – EVOLUÇÃO DOS CONTRATOS

Contratos são *negócios jurídicos*<sup>18</sup> bilaterais.

A noção de *negócio jurídico* assenta na idéia de um pressuposto de fato, não só querido ou posto em jogo pela vontade das partes, mas, também, reconhecido como base do efeito jurídico perseguido.

O *negócio jurídico* tem por fundamento ético a vontade humana e tem como *habitat* a ordem legal<sup>19</sup>.

O acordo de duas ou mais vontades<sup>20</sup> é o fato gerador do vínculo obrigacional.

A autonomia privada<sup>21</sup>, no sentido substancial, é um dos pilares da ordem jurídica.

Os contratos criam, modificam, transferem, extinguem e provocam outros efeitos relativos a obrigações.<sup>22</sup>

A história dos contratos remonta ao direito romano, num clima de extremo formalismo e de fecunda inspiração religiosa, assegurando à vontade humana a possibilidade de criar direitos e obrigações.

---

<sup>18</sup> Para José de **Oliveira Ascensão (Direito Civil - Teoria Geral)**, o negócio jurídico, que é uma modalidade particular de ação, pode ser classificado como unilateral, plurilateral ou **contrato**. O critério classificatório é dado pela existência de uma só parte ou duma pluralidade de partes. Parte, no entanto, não é a mesma coisa que pessoa, pois uma parte pode ser constituída de diversas pessoas. O que define a parte é a titularidade dos interesses que se atuam nos negócios jurídicos. O contrato é um negócio jurídico plurilateral.

<sup>19</sup> Caio Mário da Silva Pereira, **Instituições de Direito Civil**, v. III, Editora Forense, 10<sup>a</sup>. Edição, Rio de Janeiro, 1998.

<sup>20</sup> “O negócio jurídico é pois um acto **finalista**, como certamente acentua Larenz. A intenção de produzir conseqüências jurídicas é-lhe essencial”. (cf. Oliveira Ascensão, obra citada, p. 61)”.  
conseqüências jurídicas

<sup>21</sup> O direito atribui à vontade humana o efeito formador do contrato, mesmo que o agente atue unilateralmente, ou quando a declaração volitiva marcha na conformidade de outra congênere, concorrendo dupla emissão de vontade, em coincidência, para a formação do negócio jurídico bilateral. (Caio Mario da Silva Pereira, obra citada).

<sup>22</sup> Do contrato não derivam só obrigações, brotam, também, efeitos reais, sucessórios, familiares e quaisquer outros. Há contratos de Direito Administrativo e de Direito Processual. Desta forma **Oliveira Ascensão** entende que o contrato é uma figura de Teoria Geral, não podendo estar restrito ao campo do Direito das Obrigações.

Coube ao Direito Romano a estruturação do contrato, considerando-o como um acordo de vontades sobre o mesmo ponto.<sup>23</sup>

Ao lado do *contractum*, o Direito Romano criou o *pactum*, que não autorizava a *rem persecuendi in iudicio*, não conferia ação às partes, logo, não era dotado de força cogente, gerando unicamente a *exceptiones*.

O *contractum* e o *pactum* eram considerados espécies do gênero *conventio*.<sup>24</sup>

Para Orlando Gomes<sup>25</sup>, não é no direito romano que se deve buscar a origem histórica da categoria jurídica que hoje denominamos de contrato.

O respeitado doutrinador brasileiro, adotando a posição de Bonfante<sup>26</sup>, assegura que o *contractum* romano era somente um especial vínculo jurídico (*vinculum iuris*), que consistia na *obligatio*, que, por sua vez, para ser criada, dependia de atos jurídicos solenes, tais como o *nexum*, *sponsio*, *stipulatio*.

---

<sup>23</sup> “Entendia o romano não ser possível contrato sem a existência de um elemento material, uma exteriorização de forma, fundamental na gênese da própria *obligatio*. Primitivamente, eram as categorias de *contratos verbis*, *re* ou *litteris*, conforme o elemento formal se ostentasse por palavras sacramentais, ou pela efetiva entrega do objeto, ou pela inscrição no *codex*. Somente mais tarde, com a atribuição de ação a quatro pactos de utilização freqüente (*venda*, *locação*, *mandato* e *sociedade*), surgiu a categoria dos contratos que se celebravam *solo consensu*, isto é, pelo acordo das vontades”. (cf. GIRARD, **Droit Romains**, p. 453, citado por Luiz Roldão de Freitas Gomes, **Contrato**, Editora Renovar, Rio de Janeiro, 1999).

<sup>24</sup> A principal distinção entre o *contractum* e o *pactum* era a *actio*, presente no primeiro e ausente no segundo. O que mais distingue o contrato romano do contrato moderno é a relação jurídica criada, vez que nos contratos romanos, em decorrência do caráter personalíssimo da *obligatio*, o elo se estabelecia entre as pessoas dos contratantes (*nexum*), sujeitando até mesmo seus próprios corpos. No direito moderno, a execução não mais incide sobre a pessoa do devedor, mas sobre seus bens.

<sup>25</sup> **Contratos**, Editora Forense, Rio de Janeiro, 17ª. Edição, 1997.

<sup>26</sup> “Pietro BONFANTE (1864-1932) é reputado um dos maiores juristas italianos do período que abrangeu as últimas décadas do Século XIX e as primeiras do Século XX. Teve particular predileção pelos estudos romanistas, mas também versou com grande profundidade outros ramos do Direito, especialmente no domínio histórico. Servido por vasta cultura, sobretudo humanística, pôs essa cultura ao serviço de suas investigações jurídicas. Membro de várias Academias era doutor *honoris causa* por diversas Universidades”. (cf. Inocêncio Galvão Telles, obra citada, nota 27, p. 36).

O *contractum* romano, - apesar do grande prestígio do Direito Romano<sup>27</sup> -, sofreu alterações e a *teoria da autonomia da vontade*<sup>28</sup>, surgida da inspiração canônica, desenvolveu-se através dos estudos de filósofos e juristas, nos tempos que antecederam a Revolução Francesa, afirmando dogmas tais como a obrigatoriedade das convenções e a equiparação da vontade das partes à força da lei.<sup>29</sup>

Do conjunto destas regras, surge o princípio denominado *pacta sunt servanda*, ou seja, os pactos devem ser observados.

Com o *Contrato Social de Rousseau*, os jusnaturalistas levaram o contrato ao seu apogeu, erigindo-o à própria base estrutural do Estado.

O contrato não mais estava limitado a criar obrigações. Era agora o instrumento hábil para modificar ou extinguir *qualquer* direito.<sup>30</sup>

O Código Napoleão, maior e mais representativo monumento legislativo do individualismo do Século XIX, reduzindo ao mínimo a interferência estatal<sup>31</sup>, priorizou a liberdade da vontade humana, que só por si mesma, em decorrência das obrigações assumidas, poderia sofrer limitação ou restrição.

Os modernos dogmatistas priorizaram a distinção entre *liberdade contratual* e *liberdade de contratar*.

---

<sup>27</sup> POTHIER (**Traité des Obligations**) buscou inspiração no Direito Romano para definir contrato: “*convention par laquelle lês deux parties réciproquement, ou seulement l’ une des deux, promettent et s’engagent envers l’autre, à lui donner quelque chose, ou à faire ou ne pas faire quelque chose*” – Oeuvres de Pothier, ed. de Dupin, 1831, p. 2:3, citado por Inocêncio Galvão Telles (**Manual dos Contratos em Geral**, Coimbra Editora, 4ª, edição, 2002).

<sup>28</sup> O princípio da autonomia da vontade serviu de inspiração para o Código Civil francês, estando disposto no art. 1.134 que as *convenções têm valor de lei entre as partes*.

<sup>29</sup> A moderna concepção do contrato como acordo de vontades por meio do qual as pessoas formam um vínculo jurídico a que se prendem, se esclarece à luz da ideologia individualista dominante na época de sua cristalização, do processo econômico de consolidação do regime capitalista de produção (cf. Orlando Gomes, obra citada).

<sup>30</sup> No sistema jurídico franco-italiano, o contrato opera a transferência dos direitos reais, enquanto ao contrário, na tradição romanista mantida pelo direito alemão e pelo direito brasileiro, o contrato só cria obrigações, transferindo-se propriedade em virtude da tradição para os móveis e do registro imobiliário para os imóveis. (cf. Arnoldo Wald, **Curso de Direito Civil Brasileiro**)

<sup>31</sup> A reação do liberalismo individualista do Século XIX contra as limitações impostas pelo Estado, durante a Idade Média, consagrou o postulado da liberdade dos homens no plano contratual. Ocorreu a denominada *mística contratual*, expressão utilizada por Arnoldo Wald, deixando ao arbítrio de cada um as decisões de todas as questões econômicas, sem qualquer interferência por parte de cada sociedade. (cf. obra citada, p. 162).

Fala-se em *liberdade contratual* para se referir à faculdade de contratar ou não determinadas obrigações.

*Liberdade de contratar* é o termo utilizado para determinar a possibilidade de se estabelecer o conteúdo do contrato.

Em resumo, a primeira se refere à possibilidade da realização do negócio, enquanto que a segunda é a *modelação* do contrato, tema que, por sua relevância, abordaremos em tópico distinto.<sup>32</sup>

Diversas causas concorreram para a modificação da noção de contrato no mundo moderno.

A preconizada *igualdade formal dos indivíduos* foi desacreditada na vida real, tornando evidente o desequilíbrio, especificamente no campo do direito do trabalho.

A intervenção estatal na vida econômica deu origem à limitação legal da liberdade de contratar, diminuindo a esfera da autonomia privada e ocasionando, em consequência, a restrição da liberdade de determinar o conteúdo da relação contratual.

A sociedade moderna ganhou novos contornos, novas condutas são exigidas, novos anseios devem ser protegidos.

Surgiu uma nova *técnica de contratação*, derivada da simplificação do processo de formação do contrato, e os denominados *contratos em massa* geraram o fenômeno da *despersonalização dos contratos*.

A estrutura básica, o regime legal e a interpretação dos contratos ganharam novas cores.<sup>33</sup>

O *dirigismo contratual*, também denominado de *intervenção do Estado na vida do contrato*<sup>34</sup>, é exercido pelo Estado através de leis que

---

<sup>32</sup> Segundo Carlos Ferreira de Almeida (**Contratos I – conceito, fontes e formação**), durante o Século XX, a literatura jurídica portuguesa produziu uma única obra sobre a teoria geral dos contratos – o **Manual dos contratos em geral**, da autoria do Professor Inocêncio Galvão Telles, do qual se publicaram três edições datadas de 1947, 1962 e 1965. Até há pouco tempo não havia, portanto, nenhum texto universitário que abordasse a teoria geral dos contratos à luz do direito português vigente.

<sup>33</sup> Importantes e abundantes leis dispensaram especial proteção a determinadas categorias de pessoas para compensar juridicamente a debilidade da posição contratual de seus componentes e eliminar o desequilíbrio. Desenvolveu-se uma legislação de apoio a essas categorias, com estímulo à sua organização. Determinado a dirigir a economia, o Estado ditou normas impondo o conteúdo de certos contratos, proibindo a introdução de certas cláusulas, e exigindo, para se formar, sua autorização, atribuindo a obrigação de contratar a uma das partes potenciais e mandando inserir na relação inteiramente disposições legais ou regulamentares. (Orlando Gomes, obra citada).

<sup>34</sup> Caio Mario da Silva Pereira, obra citada, p. 12.

impõem ou proíbem o conteúdo de determinados contratos, sujeitando a conclusão e a eficácia do contrato a uma autorização do poder público.

Este movimento ganha incrível dimensão, na medida em que a intervenção do Estado aumenta a extensão ou a intensidade das normas de ordem pública, levando os juristas tradicionais a acreditar no desprestígio e morte do contrato.

Seria o fim do contrato?

### III – A ABUSIVIDADE NO CONTRATO

O crescente repúdio às denominadas **cláusulas abusivas**, que desequilibram o contrato, tornando-o extremamente oneroso para uma das partes e, ao mesmo tempo, numa natural contrapartida, extremamente vantajoso para a outra parte, levou Paulo de Tarso Ramos Ribeiro, então Ministro da Justiça no Brasil, a enunciar cinco fatos que ferem os direitos básicos dos consumidores.

Com esta declaração, o Ministério da Justiça considerou abusivas as seguintes cláusulas contratuais:

- As que autorizam o envio do nome do consumidor, ou de seus fiadores, aos bancos de dados ou aos cadastros negativos de consumidores, sem que haja prévia notificação do contraente;
- As que impõem ao consumidor, nos denominados contratos de adesão, a obrigação de manifestar-se contra a transferência de seus dados pessoais para bancos de dados de terceiros, mesmo que esta transferência efetuada pelo fornecedor seja gratuita;
- As que autorizam que o fornecedor realize uma investigação da vida privada do consumidor;
- As que impõem nos contratos de seguro-saúde<sup>35</sup>, a limitação temporal para as internações hospitalares,<sup>36</sup>

---

<sup>35</sup> Tem sido destacada no mundo jurídico, uma recente decisão proferida pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, em que se reconheceu o direito dos consumidores à cobertura do plano de saúde para a realização de cirurgia de estômago na hipótese de obesidade mórbida. O desembargador Marco Aurélio dos Santos Caminha, interpretando a cláusula contratual que exclui, expressamente, o tratamento de emagrecimento, afirmou que não está incluída a cobertura do tratamento de obesidade mórbida. Na hipótese concreta, tratava-se de uma adolescente, com 15 anos, 1.70m de altura, pesando 145 quilos, o que, à evidência, lhe comprometia a saúde. Garantindo a realização da finalidade do contrato, a decisão judicial considerou que a cirurgia levaria à perda de peso por conseqüência e que não se podia falar em simples tratamento de emagrecimento, e sim de tratamento de doença grave, com sério comprometimento do funcionamento de órgãos vitais.

<sup>36</sup> Em referência expressa a esta cláusula abusiva, o Ministro da Justiça afirmou que somente o médico pode dizer o tempo necessário para a internação e para o tratamento de um ser humano, acrescentando que é impossível aceitar-se a mercantilização da medicina, que envolve a saúde das pessoas.



- As que, nos contratos de seguro-saúde ou nos contratos de plano de saúde, estipulam a falta de cobertura para as doenças de notificação compulsória, tais como febre amarela, dengue e malária.

Na oportunidade, Paulo de Tarso ressaltou que o consumidor deve ser alertado<sup>37</sup> de que estas cláusulas, mesmo que estejam estipuladas nos contratos, não têm qualquer validade, vez que são ilegais, não produzindo qualquer efeito contra o consumidor.

○ Ministro da Justiça, enfatizando o repúdio do órgão governamental, afirmou a necessidade de se restabelecer a **ética** nas relações de consumo, orientando que os consumidores que se sintam lesados busquem o auxílio dos Procon's, órgãos responsáveis pela defesa dos direitos individuais violados e pela fiscalização das empresas que se utilizam destes artifícios lesivos.

○ Ministério da Justiça tem divulgado, anualmente, uma relação de **cláusulas abusivas**.<sup>38</sup>

As multas aplicadas às empresas que lesam os direitos dos consumidores variam de 200 a 3 milhões de Ufirs.

Recentemente o Ministério da Justiça enunciou 16 situações de **cláusulas abusivas**, destacando-se, nesta ocasião, a que estipula juros

---

<sup>37</sup> Em conhecido precedente do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, o desembargador Paulo Sérgio Fabião referiu-se a um dos deveres anexos, destacando o *dever de particularizar*, ao dispor no acórdão: "BOA FÉ DO SEGURADO. Base para a celebração de qualquer contrato e, principalmente, do contrato de seguro-saúde, é a boa-fé que deve estar presente não somente quando da celebração do contrato, mas, também, quando de sua execução, consistente na interpretação de seus termos e na determinação do significado dos compromissos que as partes assumiram. O segurado é um leigo, que quase sempre desconhece o real significado dos termos, cláusulas e condições constantes dos formulários que lhe são apresentados. As cláusulas de exclusão, restritivas de direito, devem ser particularizadas. A expressão *casos crônicos*, visando a excluir a responsabilidade da seguradora, é de conceituação duvidosa, não sendo de compreensão do homem médio, daí não ter noção do que realmente contratou com o segurador".

<sup>38</sup> "A alma do contrato que visa a assegurar o direito à saúde, é, sem dúvida, a boa-fé objetiva. Cláudia Lima Marques, professora da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, em antigo e ainda atual artigo publicado na **Ajuris – Revista da Associação dos Magistrados do Rio Grande do Sul**, adverte que a cláusula abusiva viola a boa-fé objetiva, a alma do contrato, gerando: "... o descompasso de direitos e obrigações entre os contratantes, direitos e obrigações típicas daquele tipo de contrato, é a unilateralidade excessiva, é o desequilíbrio contrário à essência, ao objetivo contratual, aos interesses básicos presentes naquele tipo de relação, é a autorização da atuação desleal, maliciosa, de má-fé subjetiva, que esta cláusula, se cumprida, irá ocasionar." (cf. artigo de nossa autoria publicado em **Cidadania e Justiça**, Revista da AMB, ano 5, n.12, p. 204:206).

capitalizados (juros sobre juros)<sup>39</sup> nos contratos civis; a que autoriza o não fornecimento de informações, tais como histórico escolar ou ficha médica, se o consumidor estiver inadimplente; a que autoriza a remessa de dados ao cadastro negativo dos consumidores (SERASA e SPC) enquanto houver discussão em juízo, relativa ao contrato.

A questão não é nova, e o Código de Defesa do Consumidor Brasileiro, tem regra expressa de vedação às **cláusulas abusivas**, dispondo o artigo 51:

*“Art. 51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que: IV - estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade;*

*§ 1º Presume-se exagerada, entre outros casos, a vontade que:*

*I - ofende os princípios fundamentais do sistema jurídico a que pertence;*

*II - restringe direitos ou obrigações fundamentais inerentes à natureza do contrato, de tal modo a ameaçar seu objeto ou equilíbrio contratual;*

*III - se mostra excessivamente onerosa para o consumidor, considerando-se a natureza e conteúdo do contrato, o interesse das partes e outras circunstâncias peculiares ao caso.”*

---

<sup>39</sup> Caio Mario da Silva Pereira, na instigante obra denominada **Lesão nos Contratos**, ressaltou o nascimento de uma instituição que continha uma solução de equidade, uma verdadeira quebra no respeito sagrado à fórmula instrumental, uma brecha no *ius civile*. No contrato de empréstimo – *mutuum* – além de proibir a lei a contagem de juros dos juros (*anatocismus*), chegou-se à tarifação das taxas permitidas, limitando a liberdade contratual. Desta sorte, a *usura conventinalis* não podia ultrapassar cifras consideradas razoáveis: quatro por cento para as *personae illustres*, oito para os negociantes e fabricantes, seis para quaisquer outras pessoas. A fim de burlar a lei, contornar a nulidade que fulminava a convenção excedente das taxas permitidas e também evitar as penas cominadas para a infração, o mutuante fazia mencionar no instrumento quantia maior do que a realmente emprestada. Sendo o *instrumentum* prova bastante do contrato, ficava o devedor necessitado à mercê do credor, que tinha em seu poder o *chirographum*, contra o qual nada podia alegar a vítima. Nesse caso, como em qualquer hipótese de o instrumento estar em desacordo com a quantia mencionada, podia o devedor, signatário do documento, valer-se de um remédio instituído por constituições imperiais, através de uma defesa oponível ao credor: *exceptio non numeratae pecuniae*. O mutuário, quando demandado, alegava não ter recebido na verdade a quantia mencionada no instrumento. O que há de mais imaginoso nesta contestação é a inversão do *onus probandi*. O credor, que tinha por si o escrito, ficava ainda obrigado a provar que o excipiente de fato recebera a importância constante do quirógrafo. (cf. obra citada, p. 8:9).

A par do texto legal inserido na legislação específica, a jurisprudência brasileira tem desempenhado um relevante papel no combate às **cláusulas abusivas** em todo e qualquer tipo de relação jurídica, e não somente naquelas tipicamente consumeristas.

Especificamente nas hipóteses dos planos privados que se propõem a fornecer a proteção da saúde dos seus associados, a jurisprudência tem sido um importante alicerce na defesa dos direitos dos consumidores.

Importante ressaltar que a conhecida falência dos serviços da saúde pública no Brasil serviu de palco ao incremento dos planos privados de saúde.

Premido pela necessidade, e sem os necessários e imprescindíveis esclarecimentos, os consumidores aderem aos contratos previamente preparados<sup>40</sup>, quiçá com cláusulas obscuras ou até mesmo desprovidas de esclarecimentos e, no momento em que buscam o serviço contratado<sup>41</sup>, se deparam com as mais estapafúrdias desculpas das empresas.

Neste contexto, as decisões proferidas pelos tribunais brasileiros têm refletido a constante preocupação de garantir a concretização dos contratos de seguro-saúde.

Através das reiteradas decisões judiciais, tem se formado a consciência de que a prestação nos contratos de assistência médica ou de seguro-saúde, quando necessária, deve ser prestada com a devida qualidade, com a devida adequação, de forma que o serviço objeto do contrato que uniu o consumidor e o fornecedor do serviço possa atingir os fins que razoavelmente dele se espera.

Em recente palestra que proferimos no “*Seminário sobre Cláusulas Limitativas e Excludentes nos contratos de Plano de Saúde*”, realizado em Salvador, na Bahia, tivemos oportunidade de afirmar que o estudo e a aplicação das cláusulas limitativas ou de exclusão da responsabilidade

---

<sup>40</sup> Como tivemos oportunidade de realçar no artigo denominado Cláusulas Limitativas ou de Exclusão de Cobertura de Risco Médico-Hospitalar, publicado em **Cidadania e Justiça**, Revista da AMB, “*não se pode olvidar que as cláusulas abusivas, quer sejam limitativas ou excludentes dos direitos dos associados, são concomitantes com a celebração dos contratos, mas a descoberta da abusividade é geralmente posterior*”.

<sup>41</sup> A professora Cláudia Lima Marques tem destacado que a efetiva cobertura dos riscos futuros à sua saúde, assim como à saúde de seus dependentes e a adequada prestação direta ou indireta dos serviços de assistência médica, é o que objetivam os consumidores que contratam com as empresas prestadoras dos serviços de saúde.

de pela prestação de saúde têm sido um dos grandes embates entre o Poder Judiciário – que tem sido cada vez mais chamado a assegurar os mais variados direitos – e os planos de saúde, que tomaram para si o risco de preservar vidas, num papel de coadjuvante do Poder Público.

Vivemos em um momento de mudanças, em uma crise na qual os antigos paradigmas civilistas, fundados no princípio da autonomia da vontade já não mais resolvem as questões cotidianas.

O Código de Defesa do Consumidor trouxe novos ventos. Estes ventos sopraram direitos mais racionais. Sopraram direitos mais éticos. Sopraram direitos fundados, basicamente, na boa-fé.

O mundo pós-industrial se humanizou. As relações contratuais modernas têm características especiais. Da acumulação dos bens materiais, passamos para uma outra fase, a da acumulação dos bens imateriais.

Os contratos de *dar*, corriqueiros no século passado, já não resolvem os anseios das civilizações modernas, interessadas nos contratos de *fazer*, nos contratos de prestação de serviços.

A Revista **VEJA**, recentemente destacou em matéria de capa o denominado “*sonho da classe média*”.

O chamado da capa mostra, exatamente, essa mudança conceitual dos contratos modernos, ao afirmar que a classe média não tem mais como sonho principal a aquisição da casa própria.

O *sonho da classe média* está, atualmente, fundado na aquisição de bens e direitos imateriais. A classe média quer planos de saúde, prioriza a educação, preocupa-se com a previdência privada.

A questão que se coloca com prioridade é encontrar soluções para os modernos contratos de prestação de serviços, que envolvem obrigações de fazer contínuas e de longa duração, envolvendo os bens maiores protegidos constitucionalmente, que são a saúde e a vida.

Os profissionais do Direito foram acostumados a analisar contratos comutativos. Os modernos contratos de plano de saúde são contratos aleatórios<sup>42</sup>, em que a contraprestação principal do fornecedor de serviços de saúde depende da ocorrência de evento futuro e incerto, que é a doença do consumidor/cliente ou de seus dependentes.

---

<sup>42</sup> A base econômica do contrato é o mutualismo. Quando falamos em mutualismo estamos nos referindo a uma comunidade submetida aos mesmos riscos, o que leva, imediatamente, ao cálculo das probabilidades. O valor da contribuição de cada um dos associados – integrantes de uma comunidade submetida a riscos idênticos – dependerá do prévio conhecimento do número de sinistros que poderão – e aí entra o elemento aleatório destes contratos – ocorrer num determinado período. Através deste cálculo atuarial avalia-se o total dos prêmios a serem rateados entre os associados.

O Código de Defesa do Consumidor tem feito a aproximação entre os contratos comutativos e os aleatórios, criando uma mais nova e abrangente noção de vício do produto (art.18) e de vício do serviço (art. 20).

Com estas novas noções introduzidas pelas normas consumeristas, as prestações nos contratos dos planos de saúde, quando necessárias, devem ser prestadas com a devida adequação, para alcançar o fim a que se destinam.

A relação contratual nos contratos de prestação do serviço de saúde é tipicamente de resultado. O que se espera do prestador de serviço é um fato; um ato preciso, certo e determinado: “... *prestar serviço médico, reembolsar quantias, fornecer exames etc.*”.

Se ocorre o evento futuro e incerto, o prestador do serviço está obrigado a tratar o consumidor. A interná-lo. A propiciar serviços de assistência médica ou hospitalar.

A obrigatoriedade da contraprestação do fornecedor de serviços é perfeitamente conhecida. Ele só não sabe se vai prestá-la e quando vai prestá-la.<sup>43</sup>

O consumidor, ao pagar mês a mês a sua contribuição, visa à cobertura do risco. Anos podem se passar sem que os serviços oferecidos e contratados sejam prestados.

Para evitar que as cláusulas capazes de desfigurar o contrato típico se multipliquem, os deveres anexos, também denominados de deveres secundários<sup>44</sup>, se agregam aos contratos principais, indicando que a relação contratual obriga não só o cumprimento das obrigações clausuladas, como o cumprimento das obrigações acessórias.<sup>45</sup>

A preocupação da Comunidade Européia com o abuso no

---

<sup>43</sup> O contrato de plano de saúde envolve uma relação jurídica dinâmica, que nasce, vive e se desenvolve vinculando, durante anos, o fornecedor de serviços e o consumidor, assim como seus dependentes.

<sup>44</sup> Os deveres anexos aos contratos de plano de saúde são, basicamente: o dever de informar; o dever de esclarecimento (subdivisão do de informar. Ex. Riscos do plano); o dever de cuidado; o dever de cooperação (agir com lealdade, sem obstrução).

<sup>45</sup> O Código de Defesa do Consumidor brasileiro dispõe: “Art. 24 – A garantia de adequação do produto ou serviço independe de termo expresso, vedada a exoneração contratual do fornecedor”. Este texto legal se refere aos denominados deveres anexos, que se agregam aos deveres principais e não permitem que as cláusulas limitativas ou de exclusão de cobertura descaracterizem o contrato típico.

descumprimento dos contratos<sup>46</sup> culminou com a Directiva do Conselho de Ministros da CEE n. 13/93, de 5 de Abril, relativa às *cláusulas abusivas nos contratos celebrados com os consumidores*.<sup>47</sup>

Esta directiva estabeleceu o dia 31 de dezembro de 1994 como data limite para a adoção, pelos Estados Membros, das disposições legislativas, regulamentares e administrativas destinadas a dar-lhe cumprimento.

A proteção do aderente em face das cláusulas abusivas está garantida em Portugal pelo Decreto-Lei n° 446/85, de 25 de outubro, modificado em 31 de agosto de 1995, pelo Decreto-Lei n° 220/95 e, posteriormente, novamente modificado pelo Decreto-Lei n° 249/99, de 7 de julho.

O Decreto-Lei n° 249/99, de 7 de julho, veio sanar divergência de transposição da Directiva 93/13/CEE, de 15 de abril, apontada pela Comissão Europeia.<sup>48</sup>

Pinto Monteiro<sup>49</sup> ressaltou, com propriedade, que a Directiva da CEE somente *limitou* o âmbito aos contratos de adesão *entre profissionais e consumidores*, acrescentando que, no entanto, o problema não

---

<sup>46</sup> Nas décadas de 1970 e 1980 desenvolveu-se um movimento internacional e supranacional buscando a criação de uma disciplina específica de tutela do *aderente*. O Conselho da Europa, através da Resolução de 1976, recomendou a criação de instrumentos legislativos eficazes para proteção dos consumidores neste domínio. Também apontavam no mesmo sentido imperativo da Constituição da República Portuguesa, como o constante do artigo 81º. alínea j), a que corresponde, depois da revisão constitucional de 1997, o artigo 99º, alínea e).- Cf. **Manual dos Contratos em Geral**, de Inocêncio Galvão Tele, p. 318.

<sup>47</sup> "No plano doutrinal, a actualidade do tema é também evidente, como se comprova pelos inúmeros artigos de revista, monografias, conferências, colóquios e congressos que o tomam por objecto" (cf. Antonio PINTO MONTEIRO, "Contratos de Adesão e Cláusulas Contratuais Gerais: Problemas e Soluções", in **Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Rogério Soares**, Coimbra Editora, 2001).

<sup>48</sup> Estava em causa o problema da Directiva abranger todos os contratos de adesão entre empresários e consumidores, enquanto que a lei portuguesa, sendo uma lei sobre *cláusulas contratuais gerais*, só se aplicaria aos contratos de adesão celebrados através desta via, isto é, aos contratos de adesão que tivessem por base cláusulas contratuais gerais. Em decorrência, aparentemente pelo menos (contrariando a legislação comunitária), a lei portuguesa não se aplicava quando às cláusulas pré-elaboradas faltassem os requisitos da generalidade e indeterminação (ainda que o contrato fosse de adesão, verificando-se os requisitos de pré-diposição, unilateralidade e rigidez). – Cf. Antonio PINTO MONTEIRO, obra citada, p. 1125:1126.

<sup>49</sup> Cf. obra supracitada

se restringe às *relações de consumo*, colocando-se também nas relações contratuais entre empresários.<sup>50</sup>

#### IV – MODELAÇÃO DO CONTRATO

O fascínio do tema que envolve a abusividade nos contratos, e, portanto, o atualíssimo tema da boa-fé, obriga-nos a adentrar em outro tema que tem sido denominado de *modelação do contrato*.<sup>51</sup>

O novo Código Civil Brasileiro, Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, que entrou em vigor em janeiro de 2003, estabeleceu no art. 421: “Art. 421. A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato”.

Permite, ainda, que as partes estipulem contratos atípicos, dispendo no art. 425:

“Art. 425. É lícito às partes estipular contratos atípicos, observadas as normas gerais fixadas neste Código”.

A liberdade contratual está também expressamente autorizada na codificação civil portuguesa, constando do artigo 405º.:

“1. Dentro dos limites da lei, as partes têm a faculdade de fixar livremente o conteúdo dos contratos, celebrar contratos diferentes dos previstos neste código ou incluir nestes as cláusulas que lhe aprover.

“2. As partes podem ainda reunir no mesmo contrato regras de dois ou mais negócios, total ou parcialmente regulados na lei”.

Estes textos legais encerram o *princípio da autonomia da vontade*, o que significa dizer que encerram as regras que determinam o poder dos indivíduos de traçar uma determinada conduta para o futuro.

---

<sup>50</sup> Para o professor da Faculdade de Direito de Coimbra, inexistente no direito brasileiro qualquer referência legislativa às cláusulas contratuais gerais ou cláusulas gerais dos contratos. Assim, parece-lhe que o regime adotado nos artigos 51, 52 e 53 do Código de Defesa do Consumidor, relativamente às cláusulas abusivas, não depende, para a sua aplicação, do modo de celebração do contrato, ou seja, se por adesão ou não, nem do requisito de generalidade e indeterminação de eventuais cláusulas pré-estabelecidas. Desta forma, entende que a legislação brasileira vai além dos direitos que incluem no elenco das cláusulas abusivas apenas as que sejam *cláusulas contratuais gerais* ou que, pelo menos, façam parte de um contrato de adesão. (cf. obra citada, p. 1110).

<sup>51</sup> “... a liberdade contratual, na sua vertente de liberdade de *modelação* do conteúdo contratual (*Gestaltungsfreiheit*), permite que cada parte decida livremente acerca dos deveres que assume, das obrigações que contrai, desde que obtenha o acordo do outro contratante” Cf. Antonio PINTO MONTEIRO, *Cláusulas Limitativas do Conteúdo Contratual* - em **Estudos de Direito da Comunicação**, p. 194.

No clássico conceito, o *princípio da autonomia da vontade* manifesta-se sob um tríptico aspecto: a liberdade de contratar propriamente dita, a liberdade de estipular o contrato, a liberdade de determinar o conteúdo do contrato.

A *liberdade de contratar* permite que as partes regulem seus interesses por formas diversas, não estando obrigadas a obedecer, sequer, as linhas gerais de estrutura de cada contrato.

São livres, não só para determinar o conteúdo dos contratos, como os limites legais do contratado.

José de Oliveira Ascensão, na obra denominada **Ações e Factos Jurídicos** destacou a crise da autonomia da vontade no século XX, lembrando que a concentração do poder econômico, assim como o crescente intervencionismo estatal, aliado à formação da sociedade de massas, levou ao obscurecimento do princípio da autonomia da vontade.

Para o professor de Lisboa, a liberdade de criação sofreu novas restrições, quer direta, como nos contratos de seguro, quer indiretas, nas hipóteses das situações jurídicas a que as partes podem dar vida, criando novas tipificações de contratos.

Afirmou, ainda, que o contrato de adesão, típico daquele século, suprimiu completamente a liberdade de estipulação e, em consequência, mutilou a liberdade de negociação.

Lembrou o professor que sempre houve contratos em que não existia liberdade de estipulação; a novidade no contrato de adesão é a imposição do conteúdo do contrato genericamente imposto pela unilateral vontade de uma das partes.

Com as novas regras do Código Civil Brasileiro, agora regido pelos princípios da *sociabilidade*, da *eticidade* e da *efetividade* ou *operabilidade*, tem-se, apressadamente, afirmado a morte do princípio da autonomia da verdade e da força obrigatória do contrato.

No entanto, esta não é, com certeza, a intenção do legislador brasileiro e, como adequadamente refletido no pensamento de Sylvio Capanema de Sousa<sup>52</sup>, estes princípios continuarão sendo os pilares de sustentação de todo o direito das obrigações, cabendo aos magistrados o grande desafio de compatibilizá-los com os novos princípios.

---

<sup>52</sup> "O Novo Código Civil e a Reformulação da Teoria das Obrigações e dos Contratos". – **AMAERJ Notícias Especial**, nº 07, maio de 2003.



Desta forma, nos estritos termos do textos codificados quer na legislação brasileira, como na portuguesa, as partes podem definir o objeto do contrato<sup>53</sup>, precisando seu conteúdo e sua extensão, sem que esta *modelação* do contrato importe em qualquer excludente de responsabilidade.

Não se pode olvidar, no entanto, que a liberdade de contratar é uma faculdade concedida às partes para precisar o conteúdo das obrigações assumidas, balizando os limites da relação contratual, mediante a inclusão ou a exclusão de certas obrigações.<sup>54</sup>

A hipótese codificada, repita-se, não é a de excludente de responsabilidade e sim de *modelação* do contrato, através da supressão (ou da inclusão) de obrigações.<sup>55</sup>

A informalidade e a liberdade de escolher o que, como e com quem contratar são fundamentais para o bom desenvolvimento dos contratos, assegurando às partes o necessário equilíbrio, como uma eficaz proteção contra a *vulnerabilidade* e a *hipossuficiência* natural nas relações humanas.

---

<sup>53</sup> Discorrendo sobre a auto-regulação de interesses, Oliveira Ascensão apresenta uma interessante distinção entre as *relações de cortesia* e os *acordos de cavalheiros*, exemplificando: “Antonio combina com Baptista dar-lhe boleia no dia seguinte. Mas esquece-se, ou prefere outro conviva, ou tem outra coisa para fazer. Baptista chega tarde e sofre prejuízo com isso. Houve um negócio jurídico entre ambos? E quais as conseqüências da falta? Para o referido doutrinador, a hipótese é de relação denominada de *cortesia* ou de *obsequiosidade*. E, em seguida, formula outras duas questões: “podem as partes constituir sobre elas verdadeiras relações jurídicas?” “Pode haver uma responsabilização de quem se comprometeu?” As respostas não deixam dúvidas. O principal sentido da autonomia da vontade privada é o de admitir que as partes possam criar as vinculações que entenderem. Assim, as partes podem se obrigar a receber para jantar, a convidar para férias, a ensinar a dançar, ... O que não é possível é que se possa contestar a validade de uma obrigação livremente assumida, desde que corresponda a um interesse “digno de protecção legal”. Para justificar a resposta é pertinente a indicação do artigo 398º nº 2, do Código Civil Português: “A prestação não necessita de ter valor pecuniário; mas deve corresponder a um interesse do credor, digno de protecção legal”. Nos *acordos de cavalheiros*, no entanto, a situação é inversa. A matéria que poderia ser jurídica, é tratada nos termos de um acordo.

<sup>54</sup> O professor de Coimbra ressaltou que na esfera da liberdade de contratar ninguém poderá ser responsabilizado pelo não cumprimento de uma obrigação que não faz parte do contrato.

<sup>55</sup> No estudo indicado, **Pinto Monteiro**, citando Paul Durand (*Des conventions d’irresponsabilité*) ressaltou que *uma coisa é assumir-se determinada obrigação, ainda que afastando previamente a responsabilidade pelo seu não cumprimento, e, outra, diferente, é nem sequer assumir o devedor essa obrigação, afirmando que neste último caso não há responsabilidade porque não há, sequer, incumprimento, visto que a obrigação não faz parte do contrato.*

Em trabalho publicado pelo Instituto Jurídico da Comunicação, o professor Antonio Pinto Monteiro<sup>56</sup> discorreu sobre as cláusulas de exclusão de responsabilidade, fazendo uma perfeita delimitação diferenciadora de outras figuras, com as quais são comumente confundidas, tais como, as *cláusulas limitativas do conteúdo contratual*.<sup>57</sup>

Em tempo de conceitos, disse o festejado professor que as *cláusulas de exclusão de responsabilidade constituem um meio de o devedor se prevenir das conseqüências desfavoráveis que a situação de não cumprimento lhe acarretará*, ou seja, configuram a hipótese em que o devedor previamente se furta à responsabilidade que sobre ele poderá recair.<sup>58</sup>

Necessário, no entanto, para que a também denominada **cláusula de irresponsabilidade** seja capaz de desonerar o devedor, que, sem ela, tivesse de indenizar o devedor.

Ou seja, com a cláusula de exclusão de responsabilidade, como o próprio nome está a sugerir, as partes afastam uma obrigação que, normalmente, faria parte do contrato.

Para finalizar este tópico de nosso estudo, podemos dizer, sem medo de errar, que a grande modificação advinda do novo Código Civil Brasileiro é a passagem de um modelo *individualista*, solidamente alicerçado nos conhecidos e vetustos dogmas do Estado liberal, com os princípios da *autonomia da vontade* e da *imutabilidade dos contratos* considerados como valores absolutos, para um modelo comprometido com a função social do direito, preocupado com a construção da dignidade humana, inserido na busca da formação de uma sociedade mais justa e igualitária.<sup>59</sup>

---

<sup>56</sup> Professor da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra e Presidente da Direção do IJC – Instituto Jurídico da Comunicação.

<sup>57</sup> Cf. “Cláusulas Limitativas do Conteúdo Contratual” - **Estudos de Direito da Comunicação**, Instituto Jurídico da Comunicação, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Gráfica de Coimbra, 2002.

<sup>58</sup> No supracitado artigo, que nos serve de apoio para a complementação do tema, Pinto Monteiro formulou alguns exemplos práticos. Uma oficina de reparação de automóveis, uma garagem de recolha de automóveis (de um hotel, por exemplo) ou um qualquer parque de estacionamento (no interior da cidade, num aeroporto, num centro comercial, etc), declara, através de um aviso ou leiteiro afixado no local de cumprimento do contrato ou no *ticket* destinado ao utente do mesmo, que “*não se responsabiliza pelo desaparecimento de objectos deixados no interior dos veículos*”; ou que “*não responde pelo furto dos veículos*”; ou, ainda, de um modo mais explícito, que “*a empresa não assume a obrigação de vigilância*”, que “*a empresa limita-se a proporcionar um espaço para estacionamento da viatura*”, que “*não há contrato de depósito*”.

<sup>59</sup> Cf. Sylvio Capanema de Souza, obra citada.

## V – A FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO

Miguel Reale<sup>60</sup>, um dos maiores articuladores do novo Código Civil Brasileiro, tem ressaltado que em todo o ordenamento jurídico há artigos-chaves, isto é, normas fundantes que dão sentido às demais, sintetizando diretrizes válidas para todo o sistema.

Nesse contexto, o doutrinador referiu-se ao artigo 113<sup>61</sup> do novo Código Civil Brasileiro, afirmando que o texto consagra a eleição específica dos negócios jurídicos como disciplina preferida para regulação genérica das relações sociais.

Como já tivemos oportunidade de destacar nestas breves linhas, de um modelo individualista, solidamente alicerçado nos dogmas do Estado Liberal, que transformava os *princípios da autonomia da vontade* e da *imutabilidade dos contratos* em valores absolutos, o sistema civil brasileiro passou para um sistema profundamente comprometido com a *função social do direito*, preocupado com a construção da *dignidade humana* e com a solidificação de uma sociedade não só mais justa, como também igualitária.<sup>62</sup>

Vista sob este aspecto regulador, a norma fixou os princípios da *eticidade*, da *sociabilidade* e da *operabilidade*.

Denomina-se de *função social do contrato*<sup>63</sup> o fenômeno que determina o equilíbrio das partes contratantes, de tal forma que os *socialmente mais fortes* não se sobreponham aos *socialmente mais fracos*.

---

<sup>60</sup> No Congresso Internacional sobre o Novo Código Civil, realizado na EMERJ, Escola da Magistratura do Rio de Janeiro, em dezembro de 2002, o professor Miguel Reale, amplamente aplaudido pela platéia, relatou os incidentes ocorridos durante a tramitação do projeto na Comissão Revisora e Elaboradora do Código Civil, afirmando que “... *jámais a vaidade nos impediu de lançar mão de todos os meios de elaboração de um anteprojeto plenamente satisfatório, podendo-se afirmar que, em virtude das numerosas emendas aprovadas no Congresso Nacional, a redação final do novo Código Civil consubstancia o que há de mais significativo na civilística nacional*”.

<sup>61</sup> Art. 113. Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração.

<sup>62</sup> Conceitos refundidos do artigo escrito pelo desembargador Sylvio Capanema de Souza para o **AMAERJ Notícias Especial** - 7.

<sup>63</sup> Em excelente estudo do *para quê do negócio*, OLIVEIRA ASCENSÃO destacou que a doutrina italiana foi a que mais profundamente tratou da matéria relativa ao *fim do negócio jurídico*. Acrescentou que Carnelutti em vez de *causa*, *vontade* e *forma de negócio*, falou de *fim*, *intenção* e *atuação*, discutindo o fim em termos estritamente objetivos, distinguindo-o da intenção do agente, mas entrando em conflito com a utilização diversa que a lei faz do termo *fim*. Para o professor de Lisboa, parece mais conveniente manter a utilização da palavra *causa*. (obra citada, p. 270).

O novo Código Civil Brasileiro inseriu, expressamente, a *função social do contrato*, dispondo no art. 421:

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

Por sua evidente similaridade, o texto da nova codificação brasileira remete para o art. 5º., inciso XXIII, da Constituição da República Federativa do Brasil, que limita o âmbito do direito de propriedade, utilizando a mesma expressão, em atendimento à função social.

Com esta introdução de conceitos na legislação infraconstitucional, o legislador brasileiro demonstrou a intenção de limitar o campo da liberdade da vontade, nas contratações de direito privado, à consecução do escopo social.

Para Oliveira Ascensão, todo negócio jurídico deve ter uma função socialmente relevante. Mas esta afirmação tem pouco valor quando se está no campo dos contratos *típicos*, vez que a valoração da *função social* destes negócios jurídicos já está consagrada na lei que os criou.

O significado da inserção da exigência do cumprimento da *função social* do contrato é importante nos denominados contratos *atípicos*, em que a modelação do contrato, pela vontade das partes, se faz absolutamente presente.

Nesta hipótese, portanto, será necessário valorar a presença ou a ausência da *função social* em relação a cada um dos negócios jurídicos concretamente realizados.

Ou seja, nestes novos tempos, a manifestação de vontade deverá ser não só exercida, mas também valorada, em razão do objetivo social.<sup>64</sup>

A *função social do contrato* retrata a preocupação do legislador deste novo século, buscando, primordialmente, assegurar o equilíbrio entre as partes contratantes e já encontrava dispositivos no Código de Defesa do Consumidor, que contém dispositivos destinados à defesa dos hipossuficientes técnicos ou econômicos.

Regra de expressivo significado social está inserida no artigo 317 do novo Código Civil Brasileiro:

---

<sup>64</sup> San Thiago Dantas, atento ao liberalismo econômico do início do Século XIX, afirmou que o direito contratual do início deste século deixou de proteger os socialmente fracos, mas criou oportunidades para os socialmente mais fortes, aceitando riscos e dando ensejo ao aparecimento de novas riquezas.

“Art. 317. Quando, por motivos imprevisíveis, sobrevier desproporção manifesta entre o valor da prestação devida e do momento de sua execução, poderá o juiz corrigi-lo, a pedido da parte, de modo que assegure, quanto possível, o valor real da prestação.”

Com este dispositivo, o juiz passa a assumir o papel de *equilibrador técnico* das relações obrigacionais.

Dele será a função de velar pela equação financeira dos negócios jurídicos, mantendo a *comutativa* inicial do contrato.<sup>65</sup>

Em concreto, todo ato jurídico deverá ser valorado, para uma apreciação da *função social*, quer se trate de negócio *típico* ou de negócio *atípico*.

O problema interpretativo da *função social* está na valoração em abstrato, vez que imprescindível determinar a categoria em que o negócio *atípico* se enquadra e se desempenha uma função capaz de justificar sua admissão social.

Ao juiz caberá perguntar se o negócio jurídico desempenha um fim útil, ou se, serve de instrumento para um interesse objetivo.

A visão não é mais meramente individualista.

Está em causa, primordialmente, a função econômico-social do contrato inteiro.

## VI – A ETICIDADE E OS CONTRATOS

Em evidente transformação de um modelo individualista, para um sistema preocupado com a dignidade humana e com a formação de uma sociedade mais justa e, principalmente, igualitária, estabelece o artigo 422 do novo Código Civil Brasileiro:

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

---

<sup>65</sup> Sylvio Capanema de Souza afirmou que pessoalmente sempre tinha entendido que esta revisão superveniente poderá ser feita, mesmo que o desequilíbrio resultasse de um **fato previsível**, desde que *imprevisíveis seus efeitos*, posição que foi adotada pela maioria dos participantes de encontro realizado pelo Superior Tribunal de Justiça, do qual resultaram os primeiros enunciados interpretativos do novo Código Civil Brasileiro. (cf. artigo citado).

Com este texto legal, a boa-fé objetiva<sup>66</sup> transformou-se, na legislação brasileira, em dever jurídico, em cláusula geral implícita em todos os contratos, exigindo dos contratantes uma **efetiva conduta honesta, leal e transparente**.

Tem-se afirmado, com fundamento na teoria da boa-fé objetiva desenvolvida no direito alemão, e agora adotada pelo legislador brasileiro, que a hipótese é de *princípio*, logo, provido de normatividade.

Esta afirmação provém da interpretação do § 242 do Código Civil alemão, que tem servido de esteio à expressão alemã *Treu und Glauben*, que engloba os conceitos de *lealdade* e de *crença*, invocando um *dever*, uma *obrigação* socialmente recomendada.

A regra de conduta individual deve estar fundada na lealdade (*Treu*), na confiança, na lisura, na retidão, na consideração dos interesses do *alter*.

O dever de conduta, agora regido pelo *princípio da eticidade*, não deve frustrar a confiança alheia.

O contratante é visto como um membro de um conjunto social que é juridicamente tutelado.

É sabido que as partes gozam, no domínio contratual, de uma ampla liberdade, o que lhes permite adequar as relações jurídicas à medida de seus interesses, criando instrumentos negociais aptos à obtenção dos objetivos traçados.

A liberdade contratual é, sem dúvida, a expressão mais relevante do *princípio da autonomia da vontade*, que, como já tivemos oportunidade de defender, não está abolido com a reformulação da teoria das obrigações e dos contratos no novo Código Civil Brasileiro.

Em tempos de valoração da *dignidade humana*, o direito só pode estar a *serviço do homem* (*hominum causa omne ius constitutum*), não mais no seu sentido individualista, mas agora como um integrante de uma sociedade que se quer, antes de tudo, mais igualitária.

---

<sup>66</sup> O princípio da boa-fé tem raízes no Direito Alemão, com a *teoria da confiança nas declarações*, pela qual se fazia necessário presumir a boa-fé dos contratantes. Assim, fixou-se neste país, pela primeira vez, um conceito objetivo para a boa-fé. A partir daí o princípio da boa-fé vem sendo enfatizado, mormente por emprestar conteúdo ético ao direito contratual. (Carlos Alberto Álvaro de OLIVEIRA, "A Evolução do Direito Privado e os Princípios Contratuais"- *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 328, p. 28, 1994)".

A *liberdade contratual* ganha novos contornos, assume a feição de um meio indispensável para o livre desenvolvimento da personalidade humana<sup>67</sup>, perante as aceleradas transformações econômico-sociais.

Está ultrapassada a fase da boa-fé subjetiva, que traduzindo mera exortação ética, muito pouco contribuía para a garantia de equações econômicas mais justas.

A boa-fé é o cerne ou a matriz da eticidade, que não existe sem o elemento psicológico da intenção ou do propósito de guardar fidelidade ou lealdade ao contratado.

Dessa intencionalidade resulta a boa-fé objetiva, como norma de conduta que deve resguardar a veracidade do que foi estipulado.

Pode-se, desta forma, afirmar que a *boa-fé* é uma das condições essenciais da atividade ética, assim como da atividade jurídica, caracterizando-se pela *sinceridade* e pela *probidade* de todos aqueles que dela participam.

Em decorrência da *boa-fé* pode-se esperar o cumprimento do pactuado sem distorções, máxime se dolosas, tendo-se sempre em vista o adimplemento do fim visado ou declarado pelas partes contratantes.

Sob este aspecto, a *boa-fé* se apresenta não só como norma de conduta, mas também, e principalmente, como norma de comportamento, numa perfeita correlação entre meio e fim.

Apresenta-se, ainda, como exigência de adequada e fiel execução do que tenha sido acordado pelas partes, o que importa em dizer que a intenção dos contratantes deve ser endereçada ao objetivo a ser alcançado, da forma que se encontra configurado nos documentos que o legitimam.

Fácil concluir que no novo ordenamento jurídico brasileiro<sup>68</sup>, a **eticidade**, representada pela *boa-fé*, simboliza o imperativo do que no plano psicológico se pôs como intenção leal e sincera, imprescindível e essencial à juridicidade do contrato.

---

<sup>67</sup> PINTO MONTEIRO, Coimbra, abril de 1986, noção refundida do trecho referente à função e importância prática dos contratos, no artigo denominado Contrato de Agência.

<sup>68</sup> No revogado código civil brasileiro de 1916, a inspiração legislativa para a consideração da *boa-fé* nas relações obrigacionais achava-se quase que isoladamente consignada no artigo 85, de onde se depreende a vontade Estatal que: *o literal da linguagem não deve prevalecer sobre a intenção manifestada na declaração de vontade, ou dela inferível.* (Orlando Gomes)

Como se não bastasse, converte-se a boa-fé em primeiro critério de hermenêutica dos negócios jurídicos, o que, sem dúvida, representará sua louvável e necessária purificação ética.<sup>69</sup>

Para Judith Martins Costa, autora de um dos mais completos estudos sobre o princípio da *eticidade*, a boa-fé, funcionando como *cânone hermenêutico integrativo do contrato*, como *norma de criação de deveres jurídicos* e como *norma de limitação ao exercício de direitos subjetivos*, transformou-se em “*topos subversivos do direito obrigacional*”.

Importante ressaltar as conseqüências inseridas no art. 187 do novo Código Civil Brasileiro, dispondo:

“Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.”

O texto legal, punindo com a pecha da ilicitude do ato o excesso dos limites impostos pela *boa-fé*, bem demonstra a importância do princípio da *eticidade*, pela primeira vez claramente expresso na codificação civil brasileira.

Serve, ainda, de preceito interpretativo do art. 422, autorizando a intervenção do Estado a sancionar a parte que violar a *eticidade* do contrato, fomentando o desequilíbrio da parte.

O princípio da *eticidade* agora tem sanção específica, estando claro que a má-fé contratual será punida através da concessão de indenizações por danos morais ou materiais.

A aplicação do princípio inserido no art. 422, conjugado com o preceito sancionador do art. 187, todos do novo Código Civil Brasileiro, autoriza e legitima a intervenção do Poder Judiciário na vontade das partes, para compeli-las a seguir os ditames da *eticidade*.

Importante ressaltar que a *eticidade* se aplica não só às cláusulas principais dos negócios jurídicos, como se estende e se aplica aos denominados *deveres anexos* do contrato, dentre os quais se pode destacar o *dever de informar*, o *dever de cuidado*, o *dever de cooperar*.

A *eticidade* tutela a confiança de quem acreditou que a outra parte procederia em conformidade com os padrões de conduta exigíveis, que são determinados pelo comportamento exigível do bom pai de família, do bom cidadão.

O princípio adotado na legislação brasileira, no limiar do novo

---

<sup>69</sup>A expressão é de Sylvio Capanema de Souza, obra citada.



século, já se encontrava inserido em grande parte da legislação civil mais atualizada com o respeito ao conceito de ética social.

Assim, o Código Civil espanhol dispõe no art. 7º, inciso I, que os *direitos deverão exercitar-se conforme as exigências da boa-fé*.

O Código Civil italiano de 1942, por seu turno, dispõe no artigo 1.337, que *as partes, no desenvolvimento das tratativas na formação do contrato, devem comportar-se segundo a boa-fé*.

O Código Civil português, que sem dúvida serviu de valioso contributo para a modificação da teoria das obrigações e dos contratos no Brasil, tem regra expressa e clara de adoção do princípio da *eticidade*, dispondo no artigo 227º.:

*“Art. 227º. Culpa na formação dos contratos.*

*1. Quem negoceia com outrem para a conclusão de um contrato deve, tanto nas preliminares como na formação dele, proceder segundo as regras da boa-fé, sob pena de responder pelos danos que culposamente causar à outra parte.”*

## VII – O PAPEL DO JUDICIÁRIO EM TEMPO DE REMATE

Com a exposição de temas tão palpitantes, uma pergunta se impõe: Há, de fato uma nova teoria contratual?

Gustavo Tepedino formula esta pergunta em *“As Relações de Consumo e a Nova Teoria Contratual”*, uma publicação da UERJ, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, para analisar especificamente as relações de consumo, mas pensamos que a dúvida não está limitada às relações consumeristas, vez que é mais abrangente, alcançando todas as relações negociais.<sup>70</sup>

---

<sup>70</sup> Esta é a posição adotada por PINTO MONTEIRO, no artigo intitulado “Contratos de Adesão e Cláusulas Contratuais Gerais: Problemas e Soluções”, a que já tivemos oportunidade de nos reportar nas notas 47/50. No texto citado, o renomado professor chamou a atenção para o problema, advertindo que não está restrito às *relações de consumo* e acrescentou: “Se é verdade que a proteção do consumidor passa pelo controlo dos contratos de adesão, os problemas não devem, de todo modo, confundir-se nem identificar-se. Pois se é certo que a necessidade de controlar tais contratos é **maior** quando a contraparte da empresa for um **consumidor**, a verdade é que o problema é mais amplo, **não se esgota** na protecção do consumidor, colocando-se também nas relações contratuais entre empresários”. - p. 1109.

De qualquer sorte, a resposta será sempre *sim*.<sup>71</sup>

*Sim*, porque são evidentes as mudanças ocorridas nas relações contratuais neste mundo globalizado.

A sociedade clama por negócios relacionados à prestação de serviços, tais como, saúde, educação, previdência.

A doutrina tradicional, fundada na imutabilidade de conceitos e dogmas jurídicos, cede lugar à função social dos contratos.

A relativização dos conceitos jurídicos, conquista da nossa era, tem alterado a compreensão do fenômeno jurídico contemporâneo, traçando raízes na própria dogmática.

*Sim*, porque o Estado de Direito em que vivemos, pleno de garantias constitucionais, não mais se conforma com a mera *igualdade formal* entre os indivíduos.

Há urgência na intervenção estatal para assegurar que interesses particulares não se sobreponham a interesses sociais.

Busca-se a *igualdade material* entre os cidadãos.

É necessário o estabelecimento de equilíbrio entre a liberdade individual e o bem estar coletivo.<sup>72</sup>

O *dirigismo contratual*, com a intervenção do Estado Social de Direito por meio da atividade legislativa, ganha contornos nítidos.

A preocupação do legislador, neste começo do Século XXI, sem qualquer sombra de dúvida, é a de assegurar o equilíbrio entre as partes contratantes, de tal sorte que os *economicamente mais fortes* não continuem a sobrepujar os *economicamente mais fracos*.

A grande questão que se coloca é como compatibilizar as radicais modificações introduzidas na teoria das obrigações e dos contratos.

Como alcançar o ponto de equilíbrio?

---

<sup>71</sup> Gustavo Tepedino responde com uma fórmula aparentemente contraditória – mas só aparentemente contraditória – dizendo *sim* e *não* e prossegue explicando a referida contradição. Comun-gamos do entendimento de que há uma nova ordem jurídica, impondo a releitura da teoria do contrato, por isso, nossa resposta é una e positiva.

<sup>72</sup> “Já na era globalizada e capitalista em que estamos inseridos, as relações de consumo são uma constante. Riquezas são produzidas sistematicamente e em grande quantidade, socialmente valoradas e desfrutadas por uma sociedade de consumo, em clara demonstração de que a individualização que por tempos caracterizou as relações contratuais já não mais se aplica aos contratos da sociedade hodierna”. Cf. **A boa-fé nas relações contratuais de consumo** de Beatriz Azevedo de Oliveira.

Como mediar e garantir o requisito de segurança dos negócios, agora considerados em contraposição com a igualdade das partes, não mais como mero integrantes de uma relação negocial, mas como integrantes de uma conjuntura econômico-social?

Não sem razão, o professor Miguel Reale tem afirmado que o novo Código Civil Brasileiro está agora nas mãos dos juizes, que deixaram de ocupar o simbólico papel de a “boca da lei”, para exercerem uma função efetiva não só na realização, como na distribuição da justiça.

É do desembargador Sylvio Capanema de Souza a advertência que se destaca:

*“De nada adiantarão as mudanças, frustrando-se as justas expectativas da sociedade, se o Judiciário não interpretar o Código segundo os ideais que o inspiraram.”*

Neste mesmo sentido, o professor Pinto Monteiro, entrevistado pela AMAERJ depois de sua participação no Congresso Internacional sobre o novo Código Civil Brasileiro, lembrou que...

*“... uma lei não é apenas aquilo que está escrito, ela é a forma como é tratada e aplicada. A lei é a porta de entrada, mas depois há um trabalho de construção, o que significa que, se deve haver algum tipo de orientação nesse novo Código, ele deve ser feito com o tempo. Só mais tarde, quando as discussões estiverem amadurecidas, é que as correções devem ser feitas. O novo Código será o que os magistrados quiserem que ele seja.”*

Da advertência destes dois grandes mestres e estudiosos do direito, releva o papel do Poder Judiciário Brasileiro neste novo milênio.

A sociedade moderna é cada vez mais complexa, e, por ser complexa, reclama um pensar cada vez mais complexo.

A única certeza no limiar deste novo código é a incerteza.

A justiça enfrenta em todo o mundo desafios cada vez mais complexos. A produção do direito em abundância, aliado ao desenvolvimento da individualidade e dos reclamos de respeito à ética, multiplicou e modificou as lides, levando o juiz do novo milênio a decidir questões multifacetadas, com viés nos aspectos sociais e éticos.

Ao Judiciário brasileiro caberá a missão de purificar o conceito de *eticidade* e de guardar o conceito de *sociabilidade*.

*“O novo código será o que os magistrados quiserem que ele seja.”* ♦

# Saisine e Astreinte

**LUÍS CAMARGO PINTO DE CARVALHO**

*Juiz do Segundo Tribunal de Alçada Civil - SP*

Não raro vemos pessoas que atuam profissionalmente no meio jurídico surpreenderem-se com algumas expressões em língua estrangeira que, não obstante pouco usadas, têm tráfico no nosso direito e não podem ser ignoradas. No direito comercial, por força da influência do direito anglo-americano são muito utilizados os vocábulos *warrant*, *trust*, *leasing*, *know-how*, *franchising*, *factoring*, *holding*, *underwriter*, *joint venture*, *insider trading*, *disclosure*, *spread* etc.

Mas há expressões francesas que embora de uso mais antigo, são menos conhecidas, como é o caso das *saisine* e *astreinte*.

A razão do emprego entre nós está no fato da influência das idéias propagadas pela Revolução Francesa e, em especial, pelo Código Civil francês, de 1804, conhecido como Código Napoleão<sup>1</sup>, uma das primeiras e a mais importante compilação legislativa do mundo ocidental moderno, que exerceu enorme influência sobre as leis civis da maioria dos países, não só do continente europeu, mas também da América Latina<sup>2</sup>. Essa influência somente veio ser abalada com o advento do Código Civil alemão, em 1.896.

## Saisine

O vocábulo *saisine*, numa tradução vulgar, a significar “posse de bens”, vem do verbo *saisir*, que dentre os seus vários sentidos tem o de apoderar-se (de um bem), que é o que mais se aproxima do que nos interessa.

---

<sup>1</sup> Mais correto falar-se em Código Napoleão do que Código **de** Napoleão, com preposição, pois, publicado originalmente de 21.3.1804, com o nome de *Code Civil des Français*, recebeu posteriormente, por lei de 1807, o nome de *Code Napoléon*; retornou em 1814 ao nome primitivo, mas, finalmente, por decreto de 1852, que nunca foi revogado, foi restabelecido o nome *Code Napoléon*. Em França, prefere-se o emprego do nome *Code Civil* quando a referência é ao código vigente, reservando-se a expressão *Code Napoléon* para designar o texto primitivo em oposição ao atual, em virtude das inúmeras modificações que aquele tem recebido. De qualquer sorte não se lê em obra jurídica francesa a expressão *Code de Napoléon*, sem embargo da participação efetiva deste em muitas das reuniões da comissão redatora e do Conselho, com ingerência efetiva nos capítulos relativos à família e sucessões.

<sup>2</sup> LINO LEME, **Direito Civil Comparado**, RT, 1962, pp.192-194; JOHN GILJSEN, **Introdução Histórica ao Direito**, Lisboa, 2ª ed., p. 14; RENÉ DAVID, **Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo**, Ed. Meridiano, Lisboa, 1972, p. 73, nº 47.

Sua origem estaria no direito feudal<sup>3</sup>. Etimologicamente, *saisir* vem da palavra latina *sacire*, contida em leis bárbaras, que por sua vez resultaria de duas palavras francas, \**sakjan*, com o sentido de reivindicar, e \**satjan*, com o sentido de pôr, colocar, apossar-se, tendo sido empregada pela primeira vez no ano de 1138.<sup>4</sup>

○ **Petit Larousse** atribui-lhe significado estritamente jurídico: “*Droit à la prise de possession de biens d’un défunt à l’instant même du décès et sans autorisation préalable de justice. (Ce droit est conféré par la loi aux héritiers ab intestat ou par le défunt à son exécuteur testamentaire)*”.<sup>5</sup>

PONTES DE MIRANDA a aporuguesa para a palavra *saisina* (**Tratado**, v. 55, p. 16, § 5.587), registrada apenas pelo recém-publicado **Dicionário Houaiss**<sup>6</sup>, que lhe dá o sentido técnico-jurídico: “direito de possuir por imperativo da lei, ou posse que o direito dá de forma diversa do ato de possuir [Expressão do direito feudal do s. XII]”.

○ emprego da expressão *saisine* entre nós decorre de o seu conteúdo estar refletido no princípio contido no art. 1572 do Código Civil: “Aberta a sucessão, o domínio e a posse da herança transmitem-se, desde logo, aos herdeiros legítimos e testamentários”.

Essa regra está repetida no novo Código Civil, com pequena variação, no art. 1.784: “Aberta a sucessão, a herança transmite-se, desde logo, aos herdeiros, inclusive testamentários”.

Não divergem, antes são unânimes, os civilistas em emprestar ao dispositivo o mesmo alcance, ou seja, “a transmissão automática dos direi-

---

<sup>3</sup> Esclarece o Prof. CAIO MARIO que, “Na Idade Média, institui-se a praxe de ser devolvida a posse dos bens, por morte do servo, ao seu senhor, que exigia dos herdeiros dele um pagamento para autorizar a sua imissão. No propósito de defendê-lo dessa imposição, a jurisprudência no velho direito costumeiro francês, especialmente no Costume de Paris, veio a consagrar a transferência imediata dos haveres do servo ao seus herdeiros, assentada a fórmula: *Le serf mort saisit le vif, son hoir de plus proche*. Com efeito, no século XIII, a *saisine* era referida num *Aviso do Parlamento de Paris* como instituição vigente e os *établissements de St. Louis* lhe apontam a origem nos Costumes de Orleans” (**Instituições**, v. VI, *Sucessões*, 3ª ed., Forense, p. 15). BAUDRY-LACANTINERIE e WAHL, após afirmarem que a origem da *saisine* é bastante obscura, não se devendo atribuir-lhe origem romana, acham que a opinião que parece mais exata é aquela que vê a sua origem na reação contra os abusos feudais (**Traité Théorique et Pratique de Droit Civil**, v. VII, *Des Successions*, t. I, Paris, 1905, p. 102-105, nº 139 e 141).

<sup>4</sup> ALBERT DAUZAT, JEAN DUBOIS e HENRI MITTERAND, **Nouveau Dictionnaire Étymologique et Historique**, Larousse, 1971.

<sup>5</sup> Edição de 1968 (verb. *saisine*, p. 832).

<sup>6</sup> **Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa**, publicado pelo Instituto Antônio Houaiss de Lexicografia, Rio de Janeiro, 2001. Observo que nenhum outro léxico, dentre os consultados, registra o vocábulo “*saisina*” (CALDAS AULETE, LAUDELINO FREIRE, SILVEIRA BUENO, ANTENOR NASCENTES, AURÉLIO BUARQUE DE HOLANDA FERREIRA) nem o recém-publicado dicionário da Academia de Ciências de Lisboa.

tos, que compõem o patrimônio da herança, aos sucessores, legítimos ou não, com toda a propriedade, a posse, os direitos reais e os pessoais”<sup>7</sup>.

É do Prof. WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO (**Direitos das Sucessões**, 8ª ed., Saraiva, p. 15) a seguinte lição:

*“A existência da pessoa natural termina com a morte (Código Civil, art. 10). Verificado esse evento, abre-se-lhe a sucessão. Desde o óbito, sem solução de continuidade, opera-se a transmissão da herança, ainda que os herdeiros ignorem o fato do falecimento. Antes da morte, o titular da relação jurídica é o de cujus; depois dela passa a ser o herdeiro, legítimo ou testamentário. E é o próprio defunto que investe o sucessor no domínio e posse dos bens hereditários. Esse princípio vem expresso na regra tradicional do direito gaulês **le mort saisit le vif**. Quer dizer, instantaneamente, independente de qualquer formalidade, logo que se abre a sucessão investe-se o herdeiro no domínio e posse dos bens constantes do acervo hereditário”.*

Mais adiante, na mesma obra (p. 37), o pranteado mestre da Academia de São Paulo completa o seu pensamento e o sentido do texto legal: “... se houver necessidade de recorrer aos interditos possessórios, ao inventariante, a quem cabe representar a herança em juízo, ativa ou passivamente (Código de Processo Civil, art. 12, V), compete requerê-los. Todavia, o herdeiro tem qualidade para promover ação possessória relativa aos bens do espólio. É a conclusão que se extrai do confronto entre os arts. 634, 1.572 e 1.580, parágrafo único<sup>8</sup>, do Código Civil.”

MARIA HELENA DINIZ (**Curso**, Saraiva, 1983, 6º vol., *Direito das Sucessões*, p. 23), por sua vez, leciona: “O princípio da *saisine*, introduzido no direito português pelo Alvará de 1754<sup>9</sup>, donde passou para o

---

<sup>7</sup> PONTES DE MIRANDA, *ob. e loc. citados*.

<sup>8</sup> Corresponde ao art. 1.791 do novo Código Civil.

<sup>9</sup> “Eu El-Rey (...) que, querendo evitar os inconvenientes que resultam de se tomarem posses dos bens das pessoas que falecem, por outras ordinariamente estranhas, e a que não pertence a propriedade delles: Sou servido ordenar, que a posse Civil, que os defuntos em sua vida houverem tido passe logo nos bens livres aos herdeiros escritos ou legítimos (...) A dita posse Civil terá todos os efeitos de posse natural, sem que seja necessário, que esta se tome; e havendo quem pretenda ter ação aos sobreditos bens, a poderá deduzir sobre a propriedade somente, e pelos meios competentes;(...)”. Este Alvará está publicado na íntegra na obra do Prof. SILVIO RODRIGUES, **Direito das Sucessões**, 21ª ed., Saraiva, na nota de rodapé nº 9, no item nº 5, p. 14.

direito das sucessões pátrio, determina que a transmissão do domínio e da posse da herança ao herdeiro se dê no momento da morte do *de cuius* independentemente de quaisquer formalidades. Essa situação, expressa pelo brocardo *le mort saisit le vif*, encontra-se no art. 724 do Código Civil francês que dispõe: “*Les héritiers légitimes et les héritiers naturels sont saisis de plein droit de biens, droits et actions du défunt, sous l’obligation d’acquitter toutes les charges de la succession*”. Na verdade, na transmissão da propriedade e da posse, o que se transfere é aquilo de que o *de cuius* era titular, bem como as dívidas do falecido, as pretensões e ações contra ele, porque a herança compreende o ativo e o passivo; logo, não é só a propriedade, no sentido estrito, que é transmitida aos herdeiros, mas também todos os direitos, pretensões, ações, exceções, de que era titular o defunto, se transmissíveis. A norma do art. 1.572 deve ser entendida com base no art. 496 do Código Civil, que dispõe: “O sucessor universal continua de direito a posse do seu antecessor, e ao sucessor singular é facultado unir sua posse à do antecessor, para efeitos legais”, uma vez que o herdeiro se sub-roga, no que concerne à posse da herança, na situação desfrutada pelo *de cuius*. Assim, o que se transmite é o direito de continuar a posse do *de cuius*, de maneira que o herdeiro ou o legatário a adquira, por concessão legal, com os caracteres da posse anterior, tendo-se em vista o princípio geral sobre o caráter da posse, firmado no art. 492 do Código Civil: “Salvo prova em contrário, entende-se manter a posse o mesmo caráter com que foi adquirida”. Esta disposição legal contém uma presunção *juris tantum*, no sentido de que a posse guarda o caráter de sua aquisição. Quer isso dizer que, se uma posse começou violenta, clandestina ou precária, presume-se ficar com esses mesmos vícios, que irão acompanhá-la nas mãos dos sucessores do adquirente. Do mesmo modo, se adquirida de boa ou de má-fé, entende-se que ela permanecerá assim mesmo, conservando essa qualificação. Se o *de cuius* era titular de uma posse justa e de boa fé, o seu herdeiro adquirirá posse justa e de boa fé. Se a posse do falecido for injusta, in justa será a do seu sucessor. Isso é assim porque o art. 495 do Código Civil reza: “A posse transmite-se com os mesmos caracteres aos herdeiros e legatários do possuidor”. Com a abertura da sucessão, o domínio e a posse da herança passam aos herdeiros sem que estes tenham necessidade de pedi-los ao magistrado, e passam nas condições em que os tinha o autor da herança (RT, 464:242)”.

Na mesma obra, à p. 25, a ilustre professora da Universidade Católica completa o seu pensamento: “Os herdeiros, no mesmo instante do óbito do *de cujus*, adquirem a posse e a propriedade dos bens que constituem o acervo hereditário, sem necessidade de praticar qualquer ato ou de requerer ao magistrado a imissão na posse. Assim sendo, o herdeiro, seja ele legítimo ou testamentário, tem *legitimatio ad causam* para mover ou continuar as ações contra quem quer que traga prejuízo à sua posse ou ao seu domínio”.

Em decorrência desse princípio emprega-se a expressão “*le mort saisit le vif*”, que significa: “o morto dá posse ao vivo”. Sentença que também, com o mesmo sentido, existe em alemão: *der Tote erbt den Lebendigen*.

### **Astreinte**

Nas obrigações de fazer e de não-fazer, podem as partes, como leciona o saudoso mestre ORLANDO GOMES, adotar uma condenação acessória consistente em uma determinada multa que o executado deve pagar por dia de atraso no cumprimento da obrigação assumida, como medida de constrangimento indireto, conhecida como *astreinte* (**Obrigações**, Forense, 11<sup>ª</sup> ed., p. 183, n<sup>º</sup> 134).

Esse vocábulo vem do verbo latino *adstringere* (ou *astringere*) (*adstringo, adstrinxi, adstrictum*), com o sentido de obrigar, sujeitar, apertar, constranger.

Embora os dicionários a traduzam-na por “constrangimento”, no direito pátrio é sempre empregada no original - *astreinte*.

As *astreintes*, de criação francesa e pretoriana, “correspondem”, segundo lição de ALCIDES MENDONÇA LIMA, “a uma coação de caráter econômico, no sentido de influírem no ânimo do devedor, psicologicamente, para que cumpra a prestação de que se está esquivando” (**Enciclopédia Saraiva de Direito**, v. 8, p. 353, vb. *Astreintes*). Os MAZEAUD definem-nas como uma condenação pecuniária fixada pelo juiz, tendo por fim vencer a resistência de um devedor recalcitrante e de conduzi-lo a cumprir a decisão judicial (**Leçons de Droit Civil — Obligations**, Ed. Montchrestien, 4<sup>ème</sup> ed., p. 868).

No direito gaulês, são fixadas pelo juiz, “*Lorsque le débiteur refuse d’exécuter son obligation, et lorsque cette obligation consiste en une prestation que cella d’une somme d’argent (...), les tribunaux emploient couramment, pour vaincre la résistance, le procédé suivant. Ils lui*



ordonnent d'exécuter dans un délai fixé, et le condamnent, pour le cas où il n'obéirait pas, à payer au créancier une certaine somme par jour de retard", como esclarecem A. COLIN e H. CAPITANT (**Cours Elementaire de Droit Civil Français**, Dalloz, 1924, 4<sup>ème</sup> ed., p. 33).

O caráter de pressão ou de intimidação sobre o devedor é bem realçado pelos juristas em geral, cumprindo trazer neste passo as colocações de MAZEAUD, SAVATIER e MESSINEO a respeito. O primeiro afirma: "*Ce procédé de pression est souvent utilisé par les tribunaux*" (ob. e loc. cit.); acrescentando o segundo: "*Celle-ci (a astreinte) consiste à condamner ce débiteur, — refusant la prestation qu'il doit, — à une somme d'argent destinée à l'intimider*" (**La Theorie des Obligations**, Dalloz, 1974, 3<sup>ème</sup> ed., p. 381); o mestre peninsular, por sua vez, registra que "*Se llama conminatoria, o pena judicial (la denominada ejecución procesal indirecta), la condena pecuniaria (en el derecho francés, astreinte), pronunciada por el juez, a razón de un tanto por día (o semana, o mes, o año) de retardo en el cumplimiento; esto, con la finalidad de ejercitar una presión sobre el deudor e inducirlo al cumplimiento de una obligación de hacer (o de no-hacer). El deudor es siempre libre de no-cumplir; pero sabe que, si no cumple, deberá sufrir la consecuencia antes señalada*" (**Manual de Derecho Civil y Comercial**, tradução de SANTIAGO SENTIS MELENDO, Buenos Aires, 1955, t. IV, p. 343, § 119.9).

Em França, sofrem crítica contundente de alguns autores, fundamentalmente porque, sendo uma criação pretoriana, as *astreintes* não têm base legal. No entanto, esses mesmos críticos reconhecem que "*il est indiscutable que sa création, profondément ancrée dans nos mœurs judiciaires, a eu le plus heureux effet*" (ALEX WEILL, **Droit Civil — Les Obligations**, Dalloz, 1971, p. 809)<sup>10</sup>.

No Brasil, as multas impostas judicialmente para coagir o devedor a cumprir as obrigações de fazer e não-fazer estão previstas nos arts. 287, 644 e 645 do Código de Processo Civil.

Deve-se deixar claro que, se do título já constar a prefixação da *astreinte*, basta ao credor pedir ao juiz a condenação do devedor no seu montante.

---

<sup>10</sup> Cumpre observar, todavia, que uma lei gaulesa de 21 de julho de 1949 deu caráter cominatório às *astreintes* fixadas pelos tribunais para obrigar a desocupação (*expulsion*) do ocupante de um imóvel (*local*), e limitou o seu montante à soma compensatória do prejuízo efetivamente causado, considerando as dificuldades do devedor em satisfazê-las.

Caso, entretanto, o título seja omissivo a respeito, deve-se com fundamento nos dispositivos legais mencionados acima, pedir ao juiz que a estabeleça, levando em consideração, na sua fixação, a condição financeira do devedor e a expressão econômica da obrigação (CALMON DE PASSOS, **Comentários ao CPC**, Forense, v. III, 8ª ed., p. 187).

Aliás, o ilustre CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, comentando a modificação trazida aos arts. 644 e 645 do CPC pela Lei nº 8.953/94, esclarece: "A profunda remodelação por que passou a tutela específica das obrigações de fazer ou de não-fazer repercutiu *in executivis* mediante nova formulação que a Lei nº 8.953, de 13 de dezembro de 1994, veio dar aos arts. 644 e 645 do Código de Processo Civil. Constitui a síntese e lema dessa novidade o reforço das *astreintes*. Quis o legislador, visivelmente, revigorar o instituto e dotá-lo de maior eficácia para o combate aos notórios óbices à efetividade das decisões judiciais e das obrigações concertadas mediante títulos executivos extrajudiciais (óbices ilegítimos ao acesso à justiça). (...) O reforço do sistema de *astreintes* implantado pelo Código de Processo Civil em 1974 é o reconhecimento da valia psicológica desse meio de execução indireta, conforme expressa declaração contida na justificativa que acompanhou o projeto da Lei nº 8.953. Sabe o legislador que os meios de pressão psicológica são particularmente eficientes e capazes de proporcionar ao credor mais rapidamente a satisfação do seu direito, mediante a retirada da resistência do obrigado" (**A reforma do Código de Processo Civil**, Malheiros, 1995, p. 241, nº 204).

Em tendo sido a *astreinte* fixada em contrato, deve o julgador respeitar a vontade das partes, cumprindo registrar que, por não se confundir com a multa moratória nem com a compensatória, não está sujeita ao limite do art. 920 do Código Civil.

E nesse ponto a doutrina e a jurisprudência não discrepam.

O citado mestre gaúcho, ALCIDES MENDONÇA LIMA, é enfático: "Exatamente uma das tipicidades das *astreintes* é poderem ser ilimitadas em confronto com o valor da obrigação insolvída, tanto que, com toda propriedade, AMILCAR DE CASTRO, cotejando os nossos dois sistemas, assevera: 'Pelo art. 1.005 do Código anterior, a cominação pecuniária não podia exceder do valor da prestação, mas o novo Código, acompanhando o direito francês e o direito alemão, não marca o limite ao valor da *astreinte*: a soma cobrada é suscetível de aumento indefinido'." (*ob. e loc. cit.*).

○ Egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo, em aresto inserto na obra **Código Civil Brasileiro Interpretado pelos Tribunais**, de FRANCISCO CÉSAR PINHEIRO RODRIGUES e LAIR DA SILVA LOUREIRO FILHO, Ed. Juarez de Oliveira, 1998, p. 579, decidiu: “Execução — Obrigação de fazer — Multa diária — Art. 644 do Código de Processo Civil — Pena pecuniária não limitada ao valor da obrigação, perdurando enquanto subsistir o inadimplemento do devedor — Ininvocabilidade do benefício do art. 920 do Código Civil, por não se cuidar de cláusula penal — Sentença confirmada”.

○ Segundo Tribunal de Alçada Civil, na apelação cível nº 237.553-2, j.14/4/94, decidiu que “a multa diária de que trata o art. 644 do Código de Processo Civil destina-se a coagir moralmente o devedor a cumprir a sentença, não representando as perdas e danos decorrentes do inadimplemento da obrigação de fazer ou não fazer. Por isso não fica a multa restrita ao valor da obrigação, durando a coação enquanto subsistir o inadimplemento”.

Em breves considerações, aqui ficam registradas essas expressões que os operadores do direito não podem ignorar. ◆

# A Revelia Premiada e o Sentido da Expressão 'Prova Urgente'

**SERGIO DEMORO HAMILTON**

*Procurador de Justiça (aposentado) do MP/RJ e Professor Universitário*

1. Quando da entrada em vigor da Lei nº 9.271, de 17.4.1996, tive a ocasião de tecer uma série de críticas às novas franquias criadas em favor do réu através daquele diploma legal, que, reunido a tantos outros, muito tem contribuído para o estado de coisas e o descabro em que vivemos, numa escalada de violência incontrolável e sem limites, fazendo com que o cidadão ordeiro e de boa paz nada mais possa fazer, salvo cercar sua residência de grades, contratar seguranças, quando abonado, além de acautelar-se com uma parafernália de aparelhos eletrônicos de defesa, tudo, assinala-se, de discutível utilidade. Aos menos endinheirados só resta um conselho: trancar-se em casa e passar o ferrolho na porta. E rezar, rezar muito...

Naquela ocasião,<sup>1</sup> salientei que todos os que militam no foro criminal (e nele atuei por 20 anos, como Defensor Público, Promotor de Justiça e Procurador de Justiça, em milhares de processos) sabem, perfeitamente, que o réu foragido é o marginal de maior periculosidade e que, provavelmente, jamais aparecerá, a não ser quando sua defesa vier a requerer e obter a extinção da punibilidade pela ocorrência da prescrição da pretensão punitiva<sup>2</sup> ou ainda, eventualmente, caso venha a ser preso pela prática de outro crime enquanto desfrutava das delícias da revelia premiada.

---

<sup>1</sup> Para um exame mais detalhado a respeito do tema em questão, além de muitos outros envolvendo o tratamento privilegiado deferido à defesa nas sucessivas leis dos últimos tempos, consulte-se o meu estudo "A vassalagem ao Direito de Defesa", in **Doutrina**, nº 04, 1997, p. 112 e seguintes.

<sup>2</sup> Há puristas que sustentam ser incorreta a afirmação de que a prescrição extingue a pretensão punitiva, pois, ao extinguir a punibilidade, o que perece é o poder-dever de punir do Estado. Nesse sentido, veja-se POLASTRI, com apoio em magistério de AFRÂNIO SILVA JARDIM, (in **Curso de Processo Penal**, v. I, 2ª edição, p. 193, nota 320, Editora Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2003). O assunto comporta exame que escapa aos fins do presente estudo.

Argumenta-se em prol da linha traçada pelo legislador brasileiro que, caso não se consagrasse a nova redação do art. 366 do CPP, o réu revel citado por edital e que não tivesse constituído defensor não se encontraria ao abrigo do direito à informação, hoje exigido em diversos países da Europa e da própria América do Sul.

Se, no plano da teoria, tal colocação reveste caráter nobre, na prática traduz completo desconhecimento da realidade do nosso foro. Não me recordo haver constatado na minha longa passagem pelo foro criminal (Vara de Contravenções Penais, Varas Criminais, Câmaras Criminais no Tribunal de Alçada e no Tribunal de Justiça), exercendo ora a defesa ora a acusação, não me lembro, repito, de que um réu revel, citado por edital e que não houvesse constituído defensor, tenha comparecido *sponte propria* a juízo para ser interrogado, salvo quando preso em razão de prisão preventiva decretada no próprio processo ou ainda em virtude de prisão oriunda de outro feito criminal, desde que, evidentemente, a privação da liberdade, no último caso, viesse a ser comunicada ao juízo respectivo.

Incumbe o registro, repita-se ainda uma vez, de que a norma em questão é aceita, entre nós, pelo menos em teoria, com fundamento no direito à informação. Cabe indagar se ela deve ser adotada de maneira acrítica ou ainda se ela condiz com a nossa realidade. Não é o que vi na minha vida profissional, nos milhares de processos (eu disse milhares!) em que tive a ocasião de officiar.

Quem viver, verá (aliás, já está vendo) nos cartórios um arquivo “zumbi” onde ficarão amontoados, dormindo o sono dos injustos, os autos relativos aos processos paralisados, aguardando, com placidez a hora ansiada da declaração de extinção da punibilidade, com isso, em nome de um humanismo piegas, escarnecendo do inútil trabalho desenvolvido pela Polícia Judiciária, pelo Ministério Público e pelo Poder Judiciário no sentido de ver o réu julgado.

Acrescente-se o fato de que a lei acaba por premiar o trãnsfuga, funcionando como um incentivo à deserção processual, desde que o réu vislumbre o risco, mínimo que seja, de sofrer uma condenação pela prática de um crime grave. E há outro perigo: o do réu, embora localizável, escafeder-se, deixando de constituir defensor (embora disponha de recursos), sabedor de que, assim, não correrá qualquer possibilidade de vir a ser processado.

**2.** Venceu-se, é bem verdade, uma primeira discussão, pois a doutrina majoritária e a jurisprudência igualmente predominante orientaram-se no sentido de que a Lei 9.271/96 é irretroativa por inteiro, não encontrando aplicação nos processos iniciados antes de 17 de junho de 1996 relativos a réus revéis, citados por edital e que não constituíram defensor.

Torna-se difícil conceber, por ferir o princípio da isonomia das partes, que o juiz determinasse o sobrestamento do feito, em favor da defesa, mas declarasse que o curso da prescrição tivesse seguimento, em detrimento da acusação. Na verdade, o que a lei teve em mira foi assegurar o direito à informação; não pretendeu a impunidade do réu, embora em muito tenha facilitado a sua ocorrência. Portanto, o pensamento dominante é o que consagra ser a Lei 9.271/96 irretroativa por inteiro, não tendo aplicação aos processos em curso de réus revéis citados por edital, acolitados por defensor dativo, que praticaram infrações penais antes de 17-6-96. Neste sentido farta jurisprudência, inclusive do Excelso Pretório e do Superior Tribunal de Justiça<sup>3</sup>. Na doutrina, por todos, Damásio E. de Jesus examina *ex processo* a questão em trabalho pioneiro publicado em nossa **Revista do Ministério Público – RJ**<sup>4</sup>, onde, igualmente, salienta que o conteúdo processual penal da lei em questão não encontra aplicação também em relação aos processos findos.

Com grande dose de ironia, conclui o eminente penalista que “a corrente que se orienta no sentido da suspensão dos processos em andamento, permitindo porém o curso do prazo prescricional, desequilibra a balança, dando à defesa, como arma, uma metralhadora e, à acusação, um revólver calibre 32, sem balas. É como colocar os autos do processo no armário, aguardando-se a prescrição”<sup>5</sup>.

**3.** Porém, superada aquela fase (2, *supra*), outro é o objetivo do presente estudo, voltado, agora, para um problema atual que está a convocar a sensibilidade dos juízes e tribunais para o exame de um aspecto especialmente delicado da lei que se relaciona com “a produção antecipada das provas consideradas urgentes” enquanto o processo estiver sem andamento.

---

<sup>3</sup> Fonte: **Código de Processo Penal Anotado**, DAMÁSIO E. DE JESUS, p. 273, Editora Saraiva, 20ª edição, 2003.

<sup>4</sup> DAMÁSIO EVANGELISTA DE JESUS, “Revelia e Prescrição Penal”, in **Revista do Ministério Público**, órgão cultural do Ministério Público do Rio de Janeiro, p. 53 e seguintes, 3ª fase, nº 4, jul/dez. 1996.

<sup>5</sup> *Apud. op. cit.*, in nº 3, dessas notas, p. 275.

A questão relacionada com a produção de prova antecipada não é nova em nosso processo. Ela já se encontrava prevista no art. 225 do CPP, voltada, porém, de forma exclusiva, para a testemunha, que, por enfermidade ou velhice, ao tempo da instrução criminal não mais pudes- se prestar depoimento. O Código de Processo Civil, de forma mais com- pleta e com técnica superior, igualmente, regula a matéria no art. 846.

O art. 366 do CPP, usando de melhor redação, alude à produção de provas, não se limitando, como é natural, à prova testemunhal como faz o art. 225 do mesmo Código. Portanto, faz referência a qualquer prova.

A produção das chamadas provas urgentes poderá ocorrer ainda na fase pré-processual, desde que se faça presente motivo que a justifi- que. Em ocorrendo a hipótese, torna-se necessário que se observe, des- de logo, o contraditório, em se tratando de prova oral para que, even- tualmente, possam as declarações então prestadas revestir-se de valor probante por ocasião do processo. Já na fase judicial, que é a que nos interessa, pode acontecer que, em face da urgência, a prova da defesa venha a preceder a da acusação, incorrendo, no caso, qualquer nul- dade, desde que a providência venha a ser postulada pelo defensor dativo, no interesse do réu (art. 563 c/c 565 do CPP). O Ministério Público, igualmente, poderá requerer a providência assim como o juiz determiná-la de ofício, registrando-se, quanto ao juiz, que sua iniciativa somente poderá estar voltada *pro reo* <sup>6</sup>.

O *punctum dolens* da questão consiste em saber o que se deve entender por prova urgente. O primeiro critério, ditado pela própria lei (art. 225 do CPP), direcionado para a velhice ou para a doença é, sem dúvida, um fator a ser considerado de forma iniludível. Porém, para os fins do art. 366 do CPP, ele se mostra de todo insuficiente.

É que, aqui, o processo ficará sem andamento por tempo indeterminado, podendo demorar anos até que venha a retomar seu curso. Dessa maneira, o conceito de “prova urgente” à luz do art. 366 do CPP merece ser repensado.

---

<sup>6</sup> Veja-se o meu entendimento no sentido de que ao juiz só incumbe promover a produção de prova em favor do réu, diante do sistema acusatório adotado pela Constituição Federal de 1988. Assim, a parte final do art. 156 do CPP, na atualidade, em face do princípio do *favor rei* deve ganhar implementação quando somente possa vir a beneficiar o réu. Cf. **Revista de Direito da Defensoria Pública**, nº 17, p. 211 e seguintes, de modo especial o nº 17.

Em primeiro lugar, pareceu-me infeliz a redação do legislador ao fazer alusão à prova **urgente**. Por que urgente? O adjetivo soa-me absolutamente desnecessário, surgindo, apenas, com o inequívoco objetivo de causar polêmica e beneficiar o réu.

Muito pelo contrário, o dispositivo deveria ter autorizado o juiz a produzir, desde logo, todas as provas possíveis, nomeando defensor dativo para o réu ausente. Se e quando ele, réu, viesse a apresentar-se ao juiz do feito, teria, então, pleno direito de reinquirir as testemunhas, o ofendido, bem como o de postular a realização de outras provas que entendesse cabíveis, caso ainda fosse possível efetivá-las. Mais ainda: poderia impugnar as produzidas na sua ausência se as considerasse eivadas de vícios.

Tome-se como exemplo a prova testemunhal. Como sabido, o tempo atua na memória da pessoa fazendo com que ela, aos poucos, vá esquecendo o fato e bem assim as minúcias e circunstâncias que o cercaram. Além disso, a testemunha pode mudar de endereço estando obrigada a comunicar sua mudança de residência somente pelo prazo de um ano ao juiz da causa. Após, não (art. 224 do CPP). Como localizá-la anos depois? Como? A regra aplica-se, por analogia (art. 3º do CPP), ao ofendido, também sujeito da prova oral, com reflexos eventuais, caso se faça necessária uma acareação (art. 229 do CPP).

Imagine-se, ainda, a situação de um diplomata estrangeiro, que vai retornar, em definitivo, para o exterior.

Que dizer da prova pericial?

Suponha-se que, com o decurso do tempo, ela não mais possa ser realizada pelo desaparecimento dos vestígios ou por sua imprestabilidade ou, ainda, por qualquer outra causa, tal como preconizado nos arts. 180 e 181, parágrafo único do CPP?

E a busca e apreensão?

Uma vez retardada, surtirá efeitos?

Todos esses questionamentos encontram uma única resposta: o juiz deve, desde logo, **ignorando a advertência da lei**, colher todas as provas que entender cabíveis pois **todas assumem caráter de urgência sob pena de perecimento**. Não se pode premiar ainda mais a revelia, suspendendo, por completo, o curso do processo, pondo a perder as provas até então amealhadas. Para tanto, caberá ao juiz nomear defensor dativo em favor do réu-revel (“premiado”), de maneira que a colhei-



ta e a produção de tais provas sejam fiscalizadas pela defesa técnica e observem o devido processo legal (art. 5º, LIV e LV da CF).

Só assim haverá paridade de armas procurando amparar a sociedade sem descuidar da assistência ao réu-trânsfuga ("o premiado"), que, de qualquer forma, contará com a assistência da defesa técnica dativa, até que em um dia, incerto e não sabido, resolva comparecer ao processo, livremente, *sponte sua*, ou coativamente, quando preso. Nessa oportunidade, poderá, se tal ainda for realizável, reinquirir testemunhas, ouvir o ofendido, enfim produzir as provas que entender adequadas, inclusive contando, agora, com a assistência técnica de advogado da sua confiança se assim o desejar. Poderá, igualmente, contraditar as provas colhidas na sua ausência, apontando-lhes eventuais defeitos.

Busca-se, assim, na medida do razoável, não desamparar a sociedade enquanto o processo estiver suspenso sem deixar o réu-fugitivo ("o premiado") despido de assistência técnica. Em suma: faz-se a justiça possível. Pensar em contrário será enveredar pelo caminho da *pieguice pura*.

Não me soa com um mínimo de lógica emprestar-se à expressão "prova urgente" uma exegese que conduza ao absurdo, somente considerando urgente a prova oral nos casos de velhice ou de doença, como alude o art. 225 do CPP. É que o referido dispositivo estava voltado para outras situações, comuns a qualquer processo, e não para o caso peculiar gerado em função da nova redação adotada pelo art. 366 do CPP. Demais disso, "prova urgente", repita-se, pode ser qualquer uma, não somente a oral, mera espécie do gênero prova.

4. Previu a lei a possibilidade da decretação da prisão preventiva, "se for o caso".

Formulo, então, a seguinte indagação: o réu foragido assegura a garantia da aplicação da lei penal?

A resposta só pode ser uma, e ela é dada pelo Supremo Tribunal Federal, intérprete maior da lei, ao decidir que "a simples fuga do acusado do distrito da culpa, tão logo descoberto o crime praticado, já justifica o decreto de prisão preventiva"<sup>7</sup>.

Dessa maneira, o réu foragido, com passado penal desabonador, somado a outras circunstâncias ditadas pelo caso concreto, especial-

---

<sup>7</sup> RT 497/403 *apud op. cit.* in nº 03 dessas notas, p. 245.

mente quando envolvido em delitos inafiançáveis ou na prática de crimes hediondos, deve ter sua prisão preventiva decretada.

Não se estará com isso criando uma nova modalidade de prisão preventiva obrigatória, mas sim adotando, “se for o caso”, como diz a lei, uma posição de equilíbrio na defesa da sociedade. Assinale-se, é triste dizê-lo, que, em regra, os réus foragidos estão enquadrados naquela categoria de criminosos. Portanto é caso de aplicação dos arts. 311 e 313 do CPP.

E se a hipótese não comportar a cautelar coativa?

Caberá ao Juiz, na forma do proêmio do art. 316 do CPP, uma vez comparecendo o réu, revogar a preventiva, caso verifique que falta motivo para que ela subsista.

5. Há uma situação singular em que, embora ocorrendo a citação ficta, a regra do art. 366 não encontrará aplicação. Refiro-me à hipótese em que o réu se oculta para não ser citado (art. 355, § 2º c/c 362 do CPP).

Como examinado no início dessas linhas, foi em homenagem ao direito de informação que o art. 366 do CPP ganhou nova roupagem. Tal direito viria a completar o *fair trial*, fornecendo ao réu o conhecimento direto a respeito da acusação, seus motivos e seu conteúdo<sup>8</sup>. Contempla, pois, a autodefesa em toda a sua plenitude.

Ora, desde o momento em que o réu se encontra informado de que está sendo processado e que, por astúcia, busca esquivar-se do processo, desaparece o suporte teleológico necessário para usufruir da suspensão do processo.

Há muito tive a oportunidade de dizê-lo<sup>9</sup>.

6. Algumas conclusões podem ser extraídas de toda a exposição desenvolvida no sentido de buscar a justa medida com que a revelia premiada deve ser tratada, não deixando, mais uma vez, que a sociedade fique ao desamparo por mais esta *boutade* criada em favor de criminosos da pior espécie em nome do direito à informação.

---

<sup>8</sup> Países como a Alemanha, Noruega, Suíça, Inglaterra, Áustria, Holanda, Canadá, Uruguai, Argentina, Chile e outros não admitem o prosseguimento da ação penal contra réu revel citado por edital. (Veja-se a respeito Ada Pellegrini Grinover, in **A reforma do Código de Processo Penal**, ABCC, São Paulo, **Revista dos Tribunais**, 10/61, n. 14, 1995, *apud op. cit. in n° 03*, dessas notas).

<sup>9</sup> Eventual interessado no estudo do tema poderá encontrar algum subsídio em meu trabalho “A Técnica da Denúncia”, in **Revista da EMERJ** (Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro), n° 19, 2002, v. 5, p. 207 e seguintes.

Como mitigá-la?

**6.1.** Na prática, sabe-se, e falo por experiência própria, que o réu citado por edital e que não constitui defensor, normalmente não comparece ao processo, motivo pelo qual antevejo que a grande maioria de feitos sujeitos ao regime de revelia premiada acabará com a punibilidade extinta pela prescrição da pretensão punitiva.

**6.2.** Uma vez prevista em lei o prêmio ao trânsfuga e o incentivo à escapatória, torna-se necessário equacionar a atitude a ser tomada com a produção antecipada de provas consideradas **urgentes**, durante o tempo em que o feito criminal não tiver em andamento.

Como chegar-se ao *minima de malis*?

**6.3.** **Toda a prova deve ser considerada urgente**, tendo em conta o risco de seu perecimento, pois não se poderá saber por quanto tempo o processo ficará sem andamento, guardado no arquivo dos “mortos- vivos”.

**6.4.** Quando necessário ou conveniente em razão da gravidade do crime e/ou da personalidade do réu, o juiz deverá decretar a prisão preventiva do acusado, uma vez que, enquanto foragido, ele não assegura garantia para aplicação da lei penal. Ou será que assegura?

**6.5.** Verificada a desnecessidade da cautelar constritiva da liberdade individual, com o comparecimento do réu, cabe ao juiz revogar a prisão nos termos do art. 316, primeira parte, do CPP.

**6.6.** O adjetivo urgente, segundo penso, deverá ser desconsiderado pelo juiz diante do caráter aleatório a que fica sujeito o andamento futuro e incerto do processo. Tome o magistrado, desde logo, todas as provas que entender exigíveis para o caso, sem prejuízo do fato de que, no porvir, caso venha o réu a comparecer, possa, em autodefesa, contraditá-las, produzindo as suas próprias provas.

**6.7.** Na hipótese em que o réu se oculta para não ser citado (art. 355, § 2º c/c 362 do CPP), ele está plenamente ciente da acusação, ou seja, está informado, portanto não se pode cogitar da aplicação da benesse do art. 366 do CPP, já que a ninguém é lícito beneficiar-se da própria torpeza. Caso o juiz haja por bem suspender o andamento do feito, incumbirá ao Ministério Público enfrentar a decisão, oferecendo o apelo residual contemplado no art. 593, II do CPP.

**6.8.** Vale, por fim, a ponderação de que no Juizado Especial Criminal a citação será sempre pessoal (art. 66, *caput*, da Lei nº 9.099/

95). Se o autor do fato não for encontrado, os autos serão enviados ao juízo comum, onde, se for o caso, poderá vir a ocorrer a suspensão do processo. É que a fermata do processo seria incompatível com os princípios básicos que regem o procedimento da Lei 9.099/95, particularmente com o critério da celeridade (arts. 2º e 80 da Lei 9.099/95).

**6.9.** A Lei 9.613/98, que trata dos “Crimes de ‘Lavagem’ ou Ocultação de Bens, Direitos e Valores”, em seu art. 3º, § 2º veda a aplicação do disposto no art. 366 do CPP. Porém, no dispositivo seguinte (art. 4º) permite, expressamente, a aplicação do referido benefício (§ 3º).

Trata-se, como de fácil observação, de mais de uma lei mal feita, deixando o operador do direito perplexo diante de sua aplicação.

Caberá à doutrina e à jurisprudência interpretar o enigma (mais um!) criado pelo legislador, aqui não analisado por refugir ao objetivo destas despretensiosas anotações.

**7.** Posso afirmar, à guisa de encerramento, com tranqüilidade de consciência, que minha apreensão externada a respeito da revelia premiada no distante ano de 1997<sup>10</sup>, tão logo ocorreu a modificação do art. 366 do CPP, restou, toda ela, de pé.

Quanto aos resultados da benesse concedida ao trãnsfuga (“o premiado”), convido o paciente leitor a uma breve consulta diária da seção criminal dos nossos jornais. Basta ver as *headlines*, cada vez mais sangrentas e perturbadoras. ◆

---

<sup>10</sup> *Apud op. cit. in nº 1* dessas notas

# O Novo Direito das Obrigações na Alemanha\*

**CLAUS-WILHELM CANARIS**

*Jurista na Alemanha. Ocupa em Munique a Cátedra de Karl Larenz*

Em 1º de janeiro de 2002 foi aprovada a reforma mais abrangente e substancial do *Bürgerliches Gesetzbuch*, o Código Civil Alemão, desde que este foi sancionado em 1900, se não considerarmos o direito de família, que já sofreu diversas modificações devido à sua própria especificidade, uma vez que as mudanças sociais exercem forte influência nessa área.

A origem da reforma foi a diretiva da União Européia relativa à proteção do consumidor de bens de consumo, que tinha de ser incorporada à lei nacional. Entretanto, o Ministério da Justiça alemão usou a diretiva como uma espécie de força motriz para induzir o Parlamento a adotar uma ampla reforma do Código Civil, que viria a exceder em muito o escopo da diretiva. Assim, três áreas foram estruturadas de um modo totalmente novo: prescrição, inexecução e execução defeituosa, contratos de venda de bens e contratos de prestação de serviços, mesmo os que não dizem respeito ao direito do consumidor.

Além disso, todos os estatutos referentes à proteção do consumidor e à dos contratos de adesão ou contratos *standard*, que até então não faziam parte do Código Civil, foram nele integrados no contexto da reforma. Entretanto, tratou-se simplesmente de uma alteração no posicionamento sistemático destes estatutos, já que não houve mudanças substanciais no conteúdo. Assim, minha apresentação não incluirá esse tópico, pois isto representaria desviar radicalmente a atenção da matéria em questão – ou seja, a proteção ao consumidor conferida atualmente pela lei na Alemanha que, conforme mencionado acima, não foi criada por essa reforma, mas já existia anteriormente como re-

---

\* Exposição gravada e revista pelo autor. XXII Congresso Internacional de Direito Comparado, realizado na EMERJ em 03-09-2003.

sultado de determinados estatutos especiais, a maior parte dos quais, aliás, também se basearam em diretivas da União Européia.

A seguir, farei um breve relato da história da reforma para, depois, descrever as alterações mais importantes nas três áreas mencionadas: prescrição, execução e execução defeituosa, e a lei sobre contratos de vendas de bens e de prestação de serviço.

A reforma do direito das obrigações alemão teve início em 1979, quando foram apresentados os pareceres acadêmicos sobre o tema. Em 1984, o Ministério da Justiça criou uma comissão formada tanto por representantes do mundo acadêmico como por profissionais liberais para rever a lei das obrigações. Essa comissão elaborou uma proposta de reforma do Código que foi publicada em 1992. As modificações, no entanto, não foram implementadas imediatamente pois, naquela ocasião, a União Européia já tinha anunciado a mencionada diretiva de proteção aos direitos dos consumidores em contratos de venda, pela qual o Ministério resolveu aguardar.

Somente quando a diretiva foi, por fim, sancionada em 1999 é que a reforma teve continuidade. Em um primeiro momento, o Ministério da Justiça pretendia realizar a proposta de reforma de 1991, modificando-a apenas no que se fizesse necessário para ajustá-la à diretiva. Com base nessa premissa, o Ministério apresentou uma nova versão de proposta, mas essa tentativa foi severamente criticada pela comunidade acadêmica. Como consequência, o Ministério criou uma nova comissão, em janeiro de 2001, novamente formada por acadêmicos e profissionais liberais, da qual eu participei. Essa comissão propôs modificações de amplo alcance ao documento já em mãos do Ministério, o que significou quase uma nova proposta. O Ministério adotou essas moções praticamente sem nenhuma emenda, sendo que o próprio Parlamento só fez alterações de pouca relevância.

A diretiva da União Européia não exigia qualquer mudança nas leis referentes à prescrição, inexecução e execução deficiente. Logo, a Alemanha poderia ter se limitado a uma simples modificação das leis dos contratos de vendas e, ao fazer isso, estaria adotando a assim chamada “solução menor”, que foi o que muitos outros países europeus decidiram fazer. Porém o Ministério da Justiça aproveitou o ensejo para realizar uma reforma abrangente do direito das obrigações, planejada desde 1984, decidindo-se, então, pela solução “maior”, que incluía a

reforma da lei das prescrições, inexecução e execução deficiente. Essa opção, entretanto, apresentava uma desvantagem: restava muito pouco tempo até a data fixada para a implementação da diretiva, que era 1º. de janeiro de 2002. A pressão do trabalho em um prazo tão curto gerou críticas ferozes por parte da comunidade acadêmica. Eu também lamentei muito esse fato, mas não teria sido prático nem tampouco realista dividir a reforma em duas etapas, atendendo, primeiro, aos requisitos da diretiva mediante uma solução “menor” para depois executar uma reforma mais abrangente da lei das prescrições e inexecução, que seria a solução “maior”. O segundo passo, provavelmente, nunca teria ocorrido, já que é óbvio que reformar o Código Civil não gera um grande retorno em termos de propaganda para os partidos políticos. Além disso, como resposta aos críticos, deve ser dito que a origem da reforma remonta ao ano de 1979 – como mencionei acima. Portanto, a comunidade acadêmica teve mais de duas décadas para discutir o projeto, mesmo considerando que essa oportunidade, infelizmente, só foi utilizada em uma pequena proporção.

Vou continuar, então, explicando o conteúdo da reforma, começando com a área da prescrição. Obviamente, não se trata de uma parte do direito das obrigações e sim de um aspecto geral do Código Civil Alemão, assim como ocorre no Brasil. Não obstante, foi correto incluir esse tema na reforma do direito das obrigações, por tratar-se do ponto no qual a prescrição tem a maior importância prática. Antes da reforma, havia toda uma série de disputas acadêmicas cujo propósito era, unicamente, modificar a duração dos prazos prescricionais. Assim, os tribunais tinham elaborado interpretações da doutrina - algumas inclusive muito estranhas – com o simples objetivo de introduzir emendas em relação à questão dos prazos. Isso acarretou distinções extraordinariamente sutis, às vezes até incompreensíveis e, por conseguinte, a perda da precisão legal. Justamente, esse estado insatisfatório da lei constituía uma das principais razões da reforma. Logo, era evidente e lógico abordar diretamente a raiz do problema, fazendo da prescrição o ponto de convergência da reforma.

Na realidade, a prescrição constituía uma das piores partes do nosso Código Civil. O prazo regulamentar da prescrição era de 30 anos (de acordo com o § 195 da antiga versão do CCA) sendo, portanto, um período muito longo. O aspecto mais crítico, entretanto era que

esse prazo de prescrição estava sujeito a diversas exceções cujas justificativas, na maioria das vezes, eram obscuras e fundamentadas em tradições históricas, sem fundamentos racionais. Portanto, não seria possível apenas reduzir o prazo para um período inferior a 30 anos. Ao invés disso, a solução a ser encontrada deveria basear-se em um modelo muito mais simples que conseguisse reduzir, significativamente, o número dos diferentes prazos em vigor.

O legislador encontrou essa solução introduzindo o chamado *sistema subjetivo* de prazos prescricionais. O antigo direito das obrigações alemão orientava-se pelo *sistema objetivo*. Segundo este, a prescrição começa a contar a partir do momento em que nasce o direito de pleitear, independentemente do credor ter ou não conhecimento do fato ou poder ou não ter esse conhecimento. Em oposição, no sistema subjetivo, o início do decurso de prazo depende desse conhecimento ou, respectivamente, da possibilidade de obtê-lo. De acordo com a nova lei, a prescrição só começa a contar quando o credor toma conhecimento ou deveria tomar conhecimento, com exceção dos casos de negligência grosseira, das circunstâncias que constituem a reclamação e a identidade do devedor (§ 199, I do CCA). Isso permite uma redução drástica da duração do prazo – especificamente, para um período de três anos (§ 195 do CCA). No entanto, esse modelo apresenta uma deficiência, qual seja, que o início da prescrição não é certo, podendo ser postergado indefinidamente. Como consequência, o sistema subjetivo deve ser complementado pelo sistema objetivo. Isso significa que o prazo de prescrição, que começa com o conhecimento do credor, tem de estar relacionado a outro prazo que começa assim que nasce o direito de pleitear. Esse prazo objetivo adicional na nova legislação alemã é de dez anos (§ 199, III do CCA). Logo, de modo geral, o pleito prescreve no prazo de três anos, a contar da data em que credor toma conhecimento da sua existência, ou não o faz devido a uma negligência grosseira, havendo porém um prazo máximo de dez anos a contar da data em que passa a existir o direito de pleitear.

Essa solução é uma combinação dos sistemas objetivo e subjetivo, não representando nenhuma novidade na legislação alemã pois, na realidade, já vigorava de forma praticamente idêntica na área de responsabilidade civil (em consonância com o § 852 da antiga versão do CCA). Portanto, o que constituía uma exceção tornou-se a regra.



Aliás, uma solução semelhante foi sugerida pela chamada Comissão Lando, que está trabalhando com propostas para uma lei europeia comum de contratos (Artigos 17: 102, 105, 111 PECL).

Existem exceções a esse modelo de prescrição após três anos a partir da data do conhecimento e dez anos a partir da data em que o direito de pleitear fica definido, porém são poucas. Por um lado, existe um prazo de trinta anos para algumas demandas fundamentais, tais como a restituição da propriedade por direito. Por outro, existem pleitos com prazos especialmente curtos, em que o limite é inferior a dez anos, parcialmente até inferior a três anos, e em que o prazo começa a contar independentemente de o credor ter conhecimento ou dever ter conhecimento da reclamação. Os exemplos mais importantes são as reivindicações de violação de garantia em casos de execução defeituosa em contratos de venda ou prestação de serviço. Voltarei a comentar este ponto mais tarde.

O segundo ponto central da reforma diz respeito à lei de inexecução e execução defeituosa. A lei alemã faz uma distinção entre dois diferentes níveis: no primeiro, trata-se de definir se o credor tem direito a uma execução específica ou se o devedor, mediante exceção, está isento da obrigação de cumprimento específico. Em oposição ao direito consuetudinário anglo-americano, que só reconhece o direito do credor a uma execução específica em alguns casos particulares, o direito alemão e outros sistemas de direito civil, inclusive o brasileiro, reconhecem esse direito como fato. Assim, o direito do credor de obter indenização pecuniária em substituição à execução só é relevante nesse segundo nível.

1. Por exemplo: será que o vendedor de um quadro deve transferir o seu título de propriedade ao comprador mesmo que, na realidade, o quadro não pertença ao vendedor e sim a um terceiro, de quem o quadro foi roubado? Ou será que o proprietário de um terreno que – por engano – construiu sua garagem em um trecho da propriedade do seu vizinho, tem que destruir a garagem? Em ambos os casos, a resposta da lei alemã é: em princípio, sim.

a) À luz do direito alemão, o ponto de partida para solucionar essas questões é o conceito da impossibilidade da execução – um preceito que permanece válido após a reforma. O devedor está desobrigado da sua responsabilidade de execução específica somente, em princípio, quan-

do a execução específica for considerada impossível. Assemelha-se ao princípio da lei romana de “*impossibilium nulla est obligatio*”. Logo, é desnecessário dizer que o vendedor de um quadro fica desobrigado de transferir o título se o quadro tiver sido destruído pelo fogo. Além disso, no exemplo dado, o vendedor também está livre da obrigação de transferir a propriedade do quadro roubado caso o verdadeiro dono da obra recuse-se terminantemente a transferi-la. Por outro lado, se o proprietário do quadro roubado concordar em transferir a propriedade para o comprador sob a condição de que o vendedor lhe pague um valor extremamente elevado, o vendedor – como regra geral – não está dispensado de suas obrigações de execução específica.

Por ocasião do processo de reforma na Alemanha, na maior parte do tempo prevaleceu a opinião de eliminar por completo o conceito da impossibilidade de execução do Código Civil. Na realidade, este conceito é uma particularidade da lei alemã, não encontrando paralelo nem no sistema legal anglo-saxão nem, por exemplo, no Código Civil da França. Não obstante, no que diz respeito a dois aspectos fundamentais, o conceito da impossibilidade guarda uma relação óbvia e distinta com a questão de se fazer justiça. Por um lado, é praticamente inútil e improficuo para o credor sustentar, junto ao devedor, uma obrigação que este não pode cumprir de forma alguma, e que não pode tampouco ser exigida judicialmente. Por outro lado, o reverso também é verdadeiro. Desde que uma execução específica não seja impossível – como regra geral – o devedor está obrigado a honrá-la. Certamente, há exceções a esta regra mas apenas em situações definidas por critérios bastante rígidos estabelecidos por lei – e retomarei este ponto mais tarde. Assim, torna-se óbvio que o conceito de impossibilidade de execução indiretamente reforça o direito do credor à execução específica e, de modo especial, o princípio de *pacta sunt servanda* (princípio da inviolabilidade dos contratos), visto que este conceito é um contra-argumento a qualquer tentativa de abrandar a obrigação do devedor. Por este motivo, foi alvissareiro constatar que, ao final do processo da reforma, a opinião que predominou foi a de manter o conceito de impossibilidade no Código Civil Alemão (ver § 275, I do Código). Além disso, esta decisão reflete a tendência à harmonização crescente entre as leis no âmbito europeu, na medida em que os já mencionados Princípios da Lei dos Contratos Europeus também adotam o conceito de impossibili-

dade como uma alternativa para eximir o devedor de suas obrigações de execução (Artigo 9:102 Abs. 2 lit. b PECL).

Não obstante, devemos ter em mente que até um termo aparentemente preciso como “impossibilidade de execução” dá margem a áreas nebulosas. Por exemplo: será que o conceito de impossibilidade de execução aplica-se – à luz do tipo de fatos mencionados acima – caso o proprietário do quadro roubado concorde em transferir a propriedade ao comprador somente mediante o pagamento, pelo vendedor, de um valor equivalente a dez vezes o preço razoável de mercado para o mesmo quadro, ou se a garagem que, de alguma forma, foi construída em parte do terreno do vizinho, avançou no terreno contíguo apenas 6 centímetros? Em relação a casos limítrofes como estes, a nova lei alemã apresenta uma nova regra: de acordo com o § 275, II do CCA, o devedor fica isento da obrigação se a execução guardar desproporção grosseira em comparação ao interesse do credor em assegurar o seu direito de execução. Por conseguinte, o conceito de impossibilidade não se aplica apenas se estamos diante de uma impossibilidade de execução em um sentido estrito, mas também no caso de uma desproporcionalidade grosseira. Entretanto, em relação ao último aspecto, é importante enfatizar que o interesse desproporcionalmente reduzido do credor na execução – e não o impedimento do devedor – constitui o fator decisivo para determinar a desproporcionalidade grosseira. Aplicando esse conceito aos exemplos citados anteriormente, em princípio – mas não necessariamente em todos os casos – o vendedor não terá que pagar ao proprietário do quadro roubado uma soma dez vezes superior ao valor razoável de mercado, assim como o construtor não terá que destruir a garagem que ultrapassa as dimensões da propriedade em apenas 6 centímetros.

Finalmente, a execução prática do conceito de impossibilidade pode tornar-se duvidosa caso o devedor deva serviços estritamente pessoais. Usando como referência a um caso paradigmático, uma cantora recusa-se a fazer a apresentação programada porque tem de cuidar do filho que se encontra seriamente doente. Desde o advento da reforma, a lei alemã também prevê uma cláusula específica para este tipo de situação. Nos termos do § 275, III do CCA, o devedor de serviços estritamente pessoais pode se recusar a realizá-los se estiver sob o peso de algum impedimento razoável. No intuito de determinar se o impe-

dimento pode ou não ser qualificado como razoável, a seriedade da execução para o devedor – por exemplo, as conseqüências da doença do filho – tem de ser ponderado à luz do interesse do credor em preservar seus direitos à execução. Assim, enquanto no § 275, II do CCA, o critério decisivo é somente o interesse desproporcionalmente restrito do credor, o § 275, III também leva em consideração o impedimento do devedor.

b) Com base neste fato, podemos analisar os seguintes casos: será que um fornecedor de petróleo pode se recusar a vendê-lo devido a um aumento extraordinário provocado pela eclosão de uma guerra no Oriente Médio depois de firmado o contrato? Ou será que uma empreiteira, que fez um acordo para a construção de um prédio por um preço fixo, pode se eximir do compromisso de construí-lo por ter descoberto que o solo onde se dará a construção apresenta instabilidades e, em conseqüência, o custo de construção será o dobro do inicialmente calculado?

Em primeiro lugar, o conceito de impossibilidade de execução, em seu restrito sentido original, claramente não se aplica a esses casos. Além disso, tampouco seria aplicável a desproporcionalidade grosseira. Conforme já mencionei, o fator decisivo para determinar a desproporcionalidade grosseira é o interesse restrito do credor na execução. Mas em ambos os casos em pauta, o interesse na execução por parte do credor realmente aumentou proporcionalmente à elevação dos custos do devedor. Isso ressalta a principal diferença entre este e o caso do quadro roubado: naquela situação, o interesse do comprador não aumentava por conta do impedimento do devedor. Ou seja, o valor do quadro roubado permaneceu inalterado, não aumentando em dez vezes unicamente porque o proprietário do quadro pediu essa importância ao vendedor como condição para concordar com a transferência do título de propriedade.

Logo, em situações como a do fornecimento de petróleo ou da empreitada, o devedor só se exime da sua obrigação de execução se os requisitos básicos do conceito da *“Störung der Geschäftsgrundlage”*, ou seja, *frustração dos fundamentos do negócio*, estiverem presentes. A reforma da lei das obrigações incorporou este conceito ao Código Civil Alemão, que agora tem uma cláusula específica, que se assemelha aos Artigos 478 – 480 do Código Civil brasileiro. Para que esse conceito seja aplicado, é decisivo que os fundamentos do negócio sejam subs-

tancialmente alterados, e que uma das partes seja excessivamente onerada pelos termos originalmente contratados (§ 313 do CCA). Todas as circunstâncias devem ser consideradas para se determinar se o ônus é ou não razoável, sobretudo para definir se o contrato em si ou as regras jurídicas em geral atribuem o risco de uma distorção substancial da equivalência da prestação a uma das partes. Por conseguinte, de acordo com essa norma, caberia ao vendedor do petróleo arcar com o ônus do aumento de preço, já que há uma expectativa de que a possibilidade da eclosão de uma guerra no Oriente Médio tenha sido contemplada. Assim, é alocado ao vendedor o risco de ocorrer um conflito. O mesmo se aplica ao caso da empreiteira. O risco do aumento do custo de construção em decorrência das condições do terreno é a ela atribuído se ela detém a propriedade do terreno. Entretanto, se o cliente for o proprietário, em geral, caberá a ele o risco da condição geológica. Não obstante, a empreiteira normalmente também assume este risco caso a avaliação geológica do terreno seja responsabilidade sua contratualmente. Portanto, mais uma vez, é a empreiteira que arca com o risco do aumento de custos, a menos que as condições geológicas inapropriadas não pudessem ser descobertas através da avaliação geológica. Logo, à luz da lei alemã, como consequência legal primária de um fator relevante nos fundamentos da transação, a parte em desvantagem pode pedir uma emenda no contrato como, por exemplo, um ajuste no preço contratual para a construção do prédio. Apenas no caso de tal emenda não ser possível, ou não ser razoável para uma das partes, o lado em desvantagem poderá eximir-se da execução nos termos do contrato (§ 313, III do CCA).

c) Portanto, segundo a lei da Alemanha, a definição das condições sob as quais o devedor – em razão de uma excepcionalidade – está isento de uma execução específica baseia-se em dois conceitos fundamentalmente diferentes e pode ser, por consequência, considerada como *bipolar*: de um lado, há casos “centrais” de impossibilidade, que são complementados, em suas áreas nebulosas, pelo conceito de desproporcionalidade grosseira. Por outro lado, o conceito de “fundamento da transação” se aplica à situações em que há uma alteração substancial das circunstâncias relevantes. Este conceito é muito mais flexível tanto em relação às precondições como às consequências jurídicas, sendo que essa abordagem *bipolar* também tende a predominar

no processo de harmonização das leis de contratos no âmbito europeu (ver Artigos 9:102 II, 6:111 PECL).

2. A questão relativa às condições em que o devedor fica isento de suas responsabilidades de execução específica não se refere somente a contratos, mas também às obrigações não contratuais, como no exemplo da pessoa que, inadvertidamente, construiu uma pequena parte de sua garagem avançando no terreno do vizinho. No que tange a contratos, sobretudo contratos que contemplam duas perspectivas, há um problema adicional: definir se e quando um credor está dispensado de suas obrigações de prover a própria contrapartida, caso não receba do devedor a execução esperada. Exemplificando: o comprador fica desobrigado do pagamento do preço de compra quando o vendedor deixa de embarcar a mercadoria dentro do prazo contratado?

Neste particular, a reforma reforçou substancialmente a posição do credor: ele pode estabelecer um período adicional razoável como limite de tempo para a execução do contrato no caso do devedor deixar de cumprir o acordado ou o fizer de forma deficiente, ou seja, fora do prazo previsto, podendo rescindir o contrato se o devedor deixar de cumprir o estabelecido dentro do novo prazo acordado (§ 323 do CCA). Segundo a lei, é possível rescindir unilateralmente o contrato mediante declaração do credor à outra parte. Em oposição ao previsto na legislação anterior, não é relevante se o devedor é responsável ou não pelo inadimplemento. Vale ressaltar que a proteção da força maior não é válida neste caso.

Tal fato representa uma mudança importante na lei alemã. Sob o ponto de vista da técnica de codificação, esta alteração tornou possível combinar todos os casos de rescisão em uma só solução. Em especial, a solução mediante rescisão do contrato passou a incluir também as situações em que o comprador deseja encerrar o contrato porque as mercadorias recebidas apresentam defeitos. Antes da reforma, a legislação alemã previa uma resposta especial para este caso pois, *neste particular*, o direito de rescisão do comprador independia da responsabilidade do devedor, também nos termos da lei anterior. Este princípio foi, com a reforma, formulado em toda sua extensão, de modo consequente, significando que o devedor geralmente arca com o risco da execução correta e dentro do prazo, sem dispor da prerrogativa de transferir o risco para o credor. Isto equivale à máxima *pacta sunt servanda* e

ao princípio da *justiça comutativa*, que é fundamental para a lei de contratos: se uma das partes não está disposta ou apta a cumprir suas obrigações, a despeito da concessão de um prazo adicional razoável – que tem o significado de “uma segunda chance” – esta não pode esperar que a outra parte respeite o contrato por tempo ilimitado, dado que esse contrato poderá ter se tornado indesejado ou mesmo sem valor para a mesma. Não se trata de uma sanção por conduta faltosa, mas tão somente de uma consequência do princípio de equivalência entre execução e contra-execução.

3. Vou, agora, passar para o segundo estágio e abordar a questão da indenização pecuniária em casos de não-execução e execução defeituosa. Enquanto o direito de rescisão somente diz respeito aos contratos, a indenização pecuniária é possível com relação a todos os tipos de obrigações, contratuais ou extracontratuais. Assim, os dispositivos relativos a indenizações estão inclusos nas sessões gerais da lei das obrigações que regem não apenas os contratos, mas as obrigações em geral (§§ 280-284). Tal fato tem suas razões na própria sistemática interna do Código Civil Alemão que, neste particular, é semelhante à do Código Civil brasileiro.

a) Como provavelmente muitos dos senhores já sabem, o antigo Código Civil Alemão, nesse ponto, apresentava uma deficiência importante, por só conter regras expressas para indenizações nos casos de impossibilidade e atraso, mas não para qualquer outro inadimplemento, como no caso particular da execução defeituosa. Por conseguinte, os tribunais e juristas tiveram que desenvolver a figura do “*positive Forderungsverletzung*”, ou seja, *violação positiva do dever de cumprimento*, que não constava do Código.

Após a reforma, lei passou a adotar a abordagem oposta, considerando o caso de execução insatisfatória ou, em outras palavras, um inadimplemento não específico, como seu ponto de partida e aspecto central (§ 280 do CCA). Este dispositivo foi concebido como uma cláusula geral, que rege todas as reclamações de indenizações nos casos de execução defeituosa de uma obrigação. Portanto, a Lei alemã atualmente depende de um só fundamento para a reclamação. Nos termos deste dispositivo, são devidas indenizações nos casos em que, por exemplo, houve dano causado pelo atraso do devedor ou por defeito nas mercadorias entregues.

Com relação às circunstâncias objetivas, esta regra exige uma violação da obrigação ou uma execução defeituosa de uma obrigação. Com base nesse princípio, a lei introduz a questão subjetiva de distinguir se o devedor é ou não responsável pelo inadimplemento. Neste particular, reverte o ônus da prova para o devedor. Comparada à lei anterior, a mensuração da responsabilidade do devedor continua a mesma: o devedor permanece responsável se agir com intenção ou negligência; assim, fica responsável pelo ilícito. Entretanto, há uma exceção para este princípio se o devedor assumiu – como expresso no código – riscos de adquirir as mercadorias relativas à obrigação. Particularmente, este é o caso para o assim chamado “*Gattungsschuld*” ou obrigação genérica, significando obrigações relacionadas a mercadorias descritas apenas em termos genéricos. Nesta circunstância, o devedor tem a responsabilidade objetiva pelo cumprimento da obrigação, um resultado que já era aceito sob a lei anterior.

b) Os novos dispositivos também apresentam regras complementares para duas situações particulares de indenização. A primeira regra diz respeito ao caso de atraso na execução (§ 280 Abs. 2 do CCA). Segundo esta regra, o credor somente pode reivindicar indenização se tiver entregado um pré-aviso quanto à execução, ou se o prazo para a execução tiver sido fixado (§ 286 Abs. 1, 2 do CCA). Além disso, em função de uma diretiva da União Européia, o devedor incorre em inadimplência se deixar de pagar no prazo de 30 dias após a data do vencimento e recebimento de uma fatura (§ 286 Abs. 3 do CCA).

Além disso – também em função de uma diretiva da União Européia – há uma regra bastante rigorosa com relação a juros por inadimplência. A taxa de juros é de 5%, sendo que no caso de indenizações entre pessoas jurídicas chega até 8% ao ano, acima da assim chamada taxa básica de juros, que vem a ser uma taxa adaptada a uma certa taxa de juros fixada pelo Banco Central da Europa (§§ 288, 247 do CCA).

c) A segunda regra especial suplementar se relaciona ao caso de indenizações em substituição à execução (§ 280 Abs. 3 do CCA). O que caracteriza esta reclamação é a demanda do credor por uma importância em dinheiro no lugar da prestação acordada. Essa reparação baseia-se no fato de que o contrato não foi executado, o que se assemelha bastante com as conseqüências da rescisão. Portanto, é consistente que para este tipo de indenização o credor também tenha que estabele-



cer um prazo adicional razoável para a execução ou execução substituída pelo devedor (§ 281 do CCA). Porém, estabelecendo o paralelo com o direito à rescisão, há também o requisito de que o devedor seja responsável pela execução defeituosa, ou seja, que ele agiu faltosamente ou que assumiu o risco da não-execução como nos casos das obrigações genéricas.

d) Uma outra inovação interessante é a regra que estabelece que, ao invés de exigir indenização em substituição à execução, o credor pode pedir reembolso por despesas incorridas na presunção razoável de que haveria uma execução, despesas essas que se tornaram inúteis devido à não-execução ou execução defeituosa (§ 284 do CCA). Esse aspecto contempla particularmente o interesse do credor, caso ele não tenha tido nenhum prejuízo importante em relação ao qual possa exigir um ressarcimento.

Um caso paradigmático dessa situação é o seguinte: um partido político alugou um salão de um prédio municipal para um evento político, porém a prefeitura – caracterizando uma violação intencional do contrato – posteriormente se recusa a ceder o local ao partido. Na medida em que este só queria utilizar o salão com fins políticos e não econômicos, tais como angariar recursos, ele não sofreu nenhum prejuízo importante com a quebra do contrato e, portanto, não poderia exigir indenização em substituição à execução. No entanto, o partido pode reivindicar que incorreu em despesas na expectativa de que alugaria o local, tais como publicidade, viagens de funcionários, reserva de quartos de hotel, etc. Essas despesas perderam o sentido com a violação do contrato. De acordo com a legislação anterior, o *Bundesgerichtshof*, ou seja, a Corte Suprema Federal alemã rejeitaria a reivindicação do partido por indenização, já que não haveria fundamentos para tal no estatuto.

É nessa questão que o legislador interveio e mudou a lei, garantindo ao credor a possibilidade de escolher entre indenização substituindo a execução e reembolso das despesas que se tornaram sem sentido. Essas regras apresentam pontos comuns com a teoria do *reliance interest* do direito anglo-americano, na medida em que, pelo menos no meu conhecimento, não existem equivalentes diretos no sistema legal europeu.

Gostaria, agora, de passar para a última parte da minha palestra que diz respeito à lei dos contratos de venda e contratos de prestação

de serviços. Nesta seara, a reforma orientou-se por dois princípios centrais: em primeiro lugar, a maioria das divergências nesse campo são agora dirimidas pela lei geral das obrigações, sobre a qual já discorri no início da apresentação, enquanto que, de acordo com a antiga legislação, a lei de contratos de venda e de trabalho se caracterizava por um grande número de regras especiais. Em segundo lugar, o legislador teve por objetivo implementar a referida diretiva da Comissão Européia de forma mais ampla possível na parte geral da lei de vendas, incluindo, particularmente, os contratos de vendas entre comerciantes, de forma que regras complementares visando a proteção do consumidor se tornaram praticamente desnecessárias.

4. A conexão entre a lei de vendas e a lei geral das obrigações foi obtida mediante a formulação de uma obrigação legal explícita do vendedor de entregar mercadorias sem defeito em termos de qualidade e título (§ 433 Abs. 1 S. 2 do CCA). Se as mercadorias apresentarem defeito, o comprador pode exigir a remoção dos defeitos ou um novo produto sem defeitos (§ 439 Art. 1 do CCA). Nos termos da lei anterior, o comprador só tinha direito a tal exigência no contexto de uma obrigação genérica, mas não no caso da venda de uma mercadoria específica. Conseqüentemente, essa distinção, fundamental no antigo sistema legal, não mais desempenha um papel essencial. Trata-se de uma importante simplificação da lei de contratos alemã e, ao mesmo tempo, um passo importante em direção à harmonização com outros sistemas legais.

Se o comprador quiser romper contrato porque a mercadoria apresenta defeitos, ele pode rescindi-lo nos termos das regras gerais de rescisão que acabei de descrever (§§ 437 Nr. 2, 323 do CCA). Isto significa que o comprador tem que estabelecer um prazo adicional razoável para que o vendedor cumpra o acordado, e que o próprio comprador tem de escolher entre a eliminação do defeito e a substituição da mercadoria por outra sem defeitos (§ 439 Abs. 1 do CCA). Por outro lado, a exigência de um período adicional para que se dê a execução oferece ao vendedor uma segunda oportunidade. Isso significa claramente uma vantagem já que, de acordo com a antiga legislação, ele não teria essa segunda oportunidade, sendo que o comprador tinha o direito de rescindir o contrato imediatamente.

Além disso, o pedido de indenizações por parte do comprador devido a um defeito que a mercadoria comprada apresenta, atualmente também está coberto pela lei geral das obrigações. Até agora, o

vendedor desfrutava de uma situação privilegiada quando um item específico era vendido, já que, de acordo com a tradição do direito romano, a sua responsabilidade em relação a indenizações limitava-se a casos de infração intencional. Atualmente, o comprador tem direito ao ressarcimento ao invés da execução, nos termos das condições gerais que regem também todos os outros casos (§§ 437 Nr. 3, 281, 311 a do CCA). Isso significa que ele pode exigir compensação mesmo que o vendedor tenha sido apenas negligente ou mesmo que ele voluntariamente tenha assumido o risco de prover uma mercadoria sem defeitos, como ocorre no caso da obrigação genérica. Vamos considerar um exemplo: o vendedor vende um quadro como original que, na verdade, é uma cópia. O preço de compra é 70.000 euros mas o valor do quadro original deveria ser 100.000 euros. Neste caso, o vendedor deve pagar a diferença de 30.000 Euros como indenização, mesmo que ele não soubesse que o quadro era uma cópia, já que poderia ter obtido essa informação se tivesse examinado a obra com o devido cuidado.

A única reparação que não é regida pela lei geral das obrigações e sim por dispositivos específicos da lei de vendas e serviços é a exigência de uma redução de preço no caso de um bem vendido ou de um serviço prestado apresentar defeitos (§§ 441 e 638 do CCA). A lei foi modificada neste aspecto, na medida em que, para que tal exigência seja cumprida, o credor, agora, deve fixar um prazo adicional razoável para que a outra parte cumpra o acordado.

5. A questão de determinar a existência ou não de defeito na qualidade do produto foi decidida pelo legislador alemão pautando-se, de forma bastante próxima, nos cânones da diretiva europeia. A nova lei alemã introduziu uma distinção que se dá em três níveis: em primeiro lugar, a qualidade que os produtos devem apresentar é regida pelo *contrato real* entre as partes. Em segundo, se a qualidade não tiver sido especificada no acordo real entre as partes, os produtos serão considerados defeituosos se não puderem ser usados da forma *implicitamente presumida* no contrato entre as partes. Em terceiro lugar, se não for possível nem mesmo estabelecer qual a forma implicitamente presumida de uso específico dos produtos, eles não apresentarão defeitos se forem adequados para o uso *normal* a que se prestam os produtos congêneres.

Na realidade, esse fato não traz uma mudança substantiva se compararmos com a situação legal anterior. As novas regras codificam a chamada teoria da subjetividade do defeito, ou seja, o “*subjektive Fehlerbegriff*”, que já constituía a base para as decisões dos tribunais e os pareceres jurídicos até então. Em termos de doutrina, o que está sendo discutido é a questão da interpretação do acordo entre as partes no que diz respeito à qualidade dos produtos. Os dois elementos adicionais a que a nova lei alemã faz referência – o uso implicitamente presumido das mercadorias que consta do contrato assim como o uso normal que produtos congêneres teriam – constituem critérios auxiliares para a interpretação do contrato.

Se o vendedor entregar produtos diferentes daqueles que ele se obrigou a entregar, não há – em princípio – nenhum defeito substancial. No entanto, às vezes é difícil estabelecer nitidamente a diferença entre a entrega de um produto errado e a de um produto com um defeito substancial. Vamos examinar, por exemplo, o caso do vendedor que provê um revestimento para piso cuja cor difere ligeiramente da cor da amostra apresentada por ocasião da contratação. Será que o fornecimento de um revestimento de piso verde-acinzentado ao invés de cinza-esverdeado poderia ser qualificado como entrega de um material errado ou como defeito da qualidade? De acordo com a antiga legislação alemã, o código comercial estabelece uma regra em relação a operações comerciais: o antigo § 378 do Código Civil Alemão estipulava uma equivalência entre produto errado e produto com defeito de qualidade. No entanto, havia discussões quanto a definir se o mesmo tratamento deveria valer também para operações não comerciais, ou seja, a venda de produtos que são regidos apenas pelo Código Civil. O legislador afirmou esta posição em uma nova regra do Código Civil (§ 434 III do CCA).

6. Se nos concentrarmos na aplicação prática da lei, as regras mais importantes da lei de contratos de venda e de trabalho são as prescrições nos casos de provisão de mercadorias com defeito ou violação da garantia. No caso de um prédio, as reclamações estão sujeitas a um prazo de cinco anos e, em outros casos, o prazo é de dois anos. E – ainda mais importante – o prazo começa a contar a partir da entrega das mercadorias ou, respectivamente, quando o trabalho é aceito, independentemente de o comprador ou cliente ter identificado o defeito

ou não (§§ 428, 634 a do CCA). Assim, essas regras especiais se afastam fundamentalmente do princípio subjetivo que rege as regras gerais de prescrições que apresentei no início da minha palestra: elas substituem o princípio subjetivo por uma solução puramente objetiva que favorece substancialmente a posição do vendedor ou do prestador do serviço em relação à do comprador ou cliente.

Por outro lado, no entanto, a posição do vendedor ou prestador do serviço também foi parcialmente prejudicada, já que de acordo com a antiga legislação, o prazo para reclamação no caso da entrega de produtos com defeito era de seis meses. De qualquer maneira, mesmo levando este aspecto em consideração, essas regras especiais de prescrição ainda contêm privilégio relevante em relação ao vendedor ou prestador do serviço se compararmos com as regras gerais de prescrições, devido ao sistema objetivo que as novas regras apresentam. A principal razão para esse privilégio reside no fato de que o devedor, ou seja, o vendedor ou prestador do serviço, pelo menos fez um esforço para cumprir a sua obrigação contratual, enquanto que o credor, ou seja o comprador ou cliente, inicialmente não se recusou a aceitar os produtos alegando um defeito de qualidade. Assim, o devedor deve poder contar com a conclusão satisfatória da operação. Essas regras obedecem exatamente aos requisitos da diretiva da Comissão Européia.

4. Portanto, em relação à questão da proteção ao consumidor, existem apenas algumas regras especiais na lei das vendas, como já mencionei anteriormente. Para lhes dar um exemplo, gostaria de mencionar a regra que contém a pressuposição de que os produtos já apresentavam defeito no momento da entrega caso o defeito venha a aparecer dentro de um período de seis meses (§ 476 do CCA).

5. Assim sendo, gostaria de repetir, a título de conclusão, que praticamente toda a nova lei de vendas alemã está em consonância com os requisitos da diretiva da Comissão Européia. Portanto, é fácil imaginar que essa diretiva vai se constituir no cerne da lei de contratos europeus no futuro. Se isso vier a ocorrer, é muito provável que a lei de vendas da Alemanha venha a influenciar substancialmente a unificação do direito contratual europeu. ♦

# A Influência do Código Civil Francês sobre o Código Civil Argentino com referência a outros Códigos da América Hispânica\*

**GUSTAVO ALBERTO BOSSERT**

*Magistrado argentino. Professor da Universidade Nacional de Buenos Aires*

Antes de referir-me ao tema quero agradecer-lhes o convite que me permite compartilhar com os senhores um dia de reflexão jurídica. Entretanto, quero agradecer-lhes não com as formas habituais, quase rituais, com que se formulam esses agradecimentos. Quero agradecer com minhas palavras mais sinceras, porque para um argentino é sempre uma festa na alma vir ao Brasil, e particularmente à Cidade Maravilhosa. Não sei se os senhores sabem, realmente, o quanto nós, argentinos, admiramos os irmãos brasileiros por sua cultura, sua arte, sua música, sua graça, sua simpatia incomparável, seu samba, seu futebol (...). De modo que agradeço aos amigos por essa possibilidade de aqui estar.

Irei referir-me, como o título indica, à influência que teve o Código Civil Francês sobre o Código Civil Argentino. Abordarei esse tema através da sua evolução na história, fazendo referências a influências sobre alguns dos países da América Hispânica. Não falarei sobre a totalidade do Código - porque não há tempo suficiente para isso - mas abordarei alguns temas em particular.

A legislação espanhola, a legislação castelhana - que esteve imperando nos países que foram colônias espanholas - como Argentina e boa parte da América Latina - tinha a estrutura transferida à América, herdada do *Corpus Iuris Civilis*, ou seja, não dividido por matérias. Um só corpo legal em que se abarcavam os Direitos Civil, Comercial, Penal

---

\* Texto que reproduz exposição gravada e revista pelo autor. Seminário Internacional alusivo ao Bicentenário do Código Civil Francês, realizado na EMERJ em 04-06-2004.

e Processual. Foi o movimento codificador que se iniciava na França que estabeleceu o princípio da separação por matérias, o que foi copiado nas codificações da América Hispânica. O Código Civil Argentino, à maneira do Código Civil Francês; o Código de Comércio, à maneira do Código de Comércio de Napoleão; os Códigos Processuais etc.

Por sua vez, os países de América Hispânica tomaram para seus códigos civis, quanto à forma, o modelo do Código Civil Francês dividido em Livros - três ou quatro Livros conforme o país. Na Argentina está dividido em quatro Livros.

Houve países, na América Hispânica, que copiaram integralmente, textualmente, ou quase textualmente, o Código Civil Francês. Por exemplo, Bolívia, Costa Rica, República Dominicana, onde o Código Francês regeu até 1884 e o Haiti, que era colônia francesa até a revolução de 1805, a revolução triunfal dos escravos. O pobre Espartaco (apesar de os Estados Unidos há muito tempo haver lhe dedicado um filme), perdeu com sua revolução dos escravos e terminou crucificado; entretanto os escravos de Haiti se libertaram das mãos de Toussaint L'Ouverture, no começo do século XIX, e depois o Haiti copiou na íntegra o Código Napoleão.

Mas o resto dos países da América Hispânica teve, como veremos, notáveis influências do Código Civil Francês e de sua evolução posterior.

Na Argentina, por exemplo, o Código Civil Argentino começou a vigorar em 1871 e seu autor foi Vélez Sarsfield que, como todo homem culto daquela época, conhecia intensamente o pensamento jurídico francês, além de conhecer sua literatura e sua cultura em geral.

O primeiro comentarista do Código Civil Argentino, Lisandro Segovia, que se deu ao trabalho de revisar com muita precisão o Código, disse que metade dos 2.282 artigos do Código Civil Francês foi transferida, de uma maneira ou de outra, ao Código Civil Argentino; e, desse número, 145 artigos do Código Civil Argentino copiam textualmente artigos do Código Civil Francês. Isso nos vai fornecendo uma idéia de sua profunda influência.

É certo que a Argentina também teve a influência do Projeto espanhol de García Goyena, o Projeto do maravilhoso brasileiro Teixeira de Freitas e, através deste último, a influência de Savigny e do Código Chileno de 1855 - de que logo tratarei, por sua relação com o da França. O Código Civil Argentino também teve influência direta, em

grande parte de seus Livros, de Domat et de Pothier, ou seja, dos precursores do Código Napoleão, e também dos intérpretes desse Código que já levava mais de 60 anos de vigência na França, quando se sancionou o Código Argentino, Demolombe, Marcadé, Troplong, Zacharie, Duranton, Duvergier, e principalmente influência do “Cours de Droit Civil” de Aubry et Rau.

E como sabemos dessas influências?

Não é necessário, para quem se interesse pelo Código Argentino, tal como sucede também com o Código Chileno, ter o trabalho de buscar os textos desses grandiosos juristas ou os textos do Código Civil Francês e compará-los com o Código Argentino. Não é necessário, porque abaixo de cada artigo do Código Civil Argentino, Vélez colocou uma nota que, além de ajudar com a explicação dos artigos, indica expressamente as fontes de que foram tomados. Assim, podemos dizer com propriedade dessa enorme influência do Código Civil Francês, de seus antecessores e de seus intérpretes posteriores.

O Código Civil Argentino foi copiado pelo Paraguai em 1877, e esse Código Civil Argentino trasladado ao Paraguai regeu até 1987, quando se ditou um novo código. Por outro lado, o projeto do Código Argentino, quando ainda não se havia sancionado e os juristas da América do Sul já o conhecia, teve influência decisiva no Código Civil Uruguai, sancionado em 1968.

O Chile é um capítulo especial pela grandiosidade do pensamento e da personalidade de Andrés Bello, o codificador chileno que havia nascido em Venezuela. Ele não era somente um jurista. Como todos os homens que querem viver a vida em plenitude, era literato, gramático, músico, um espírito múltiplo e profundo. Publicou textos de gramática, obras de literatura e redigiu o Código Civil Chileno, que começou a vigor em 1857.

Bello levou em consideração, por um lado, a legislação castelhana precedente, que converteu em lei os costumes que eram aceitos há muito tempo no Chile, e também o Código Civil Francês, porque Bello, tal como Vélez, tinha um profundo conhecimento da cultura e direito franceses. Este código chileno, que teve uma grande influência da França, com pequenas modificações, é copiado por Equador, Colômbia, Panamá, El Salvador, Nicarágua e Honduras.

O Peru editou seu primeiro Código Civil em 1852, posteriormente editou um novo código em 1936 e o último é de 1984. O Peru tomou



como fonte, juntamente com o Código Civil Francês, a legislação castelhana que dominava ali neste momento, através dos chamados “Febreros”. No mundo espanhol os “Febreros” eram textos práticos de interpretação do direito espanhol, particularmente o castelhano. No Peru estes textos foram muito importantes ao se redigiu o código de 1852.

E por que esta admiração, esta influência aqui na América Hispânica nos meados do século XIX, em relação ao Código Civil Francês? Por várias razões. O Professor Rémy Cabrillac, da Universidade de Montpellier, escreveu um trabalho magnífico sobre este tema, em que afirma que esta influência, este seguir o Código Civil Francês é porque a França indicou ao mundo a liberdade, a igualdade entre os homens e o respeito absoluto pela condição humana - valores tão distintos da ordem feudal herdada do passado, a qual discriminava e criava diferenças e injustiças.

Esses países da América Hispânica, assim como aconteceu no Brasil, nasceram em uma época em que havia o ideal da independência, levantando as idéias da república, da igualdade, da solidariedade e, sobretudo, da liberdade, e estas idéias encontram-se no Código Civil Francês, que, além de tudo, permite a todos, sem distinção, a liberdade de contratação.

Na América Hispânica existiam sociedades rurais que queriam sair do modelo rígido que lhes era imposto pela Espanha na realização dos contratos e negócios e queriam a liberdade de negociar e contratar - e esse modelo estava sendo oferecido pela França.

Além disso, ocorreram outras circunstâncias que contribuíram para que se tomasse tão em conta o Código Civil Francês. Primeiro, não havia outro código, na metade do século XIX, integral e completo como o Código Civil Francês. O Código Civil Português foi sancionado, se não me equivoco, em 1867, e na Espanha em 1889. Outro motivo foi a clareza, a simplicidade para facilitar as soluções – e não as atrações que costumam aparecer muitas vezes na Alemanha.

Para fazer referência somente a dois ou três temas dos que abarcam o Código Civil Francês em sua influência, vejamos algo no título preliminar sobre as fontes do direito: a regra é que a única fonte de direito é a lei. A França não queria saber dos velhos costumes, pois acreditava que estes poderiam criar hábitos retrógrados, discriminações. A única fonte de direito é a lei. Os juízes não podem deixar de julgar

invocando obscuridade ou insuficiência da Lei. Isso foi tomado pela Argentina e pelos países da América Hispânica. Em meu país e em muitos países da América Hispânica o juiz que pretende não proferir sentença por obscuridade ou insuficiência da lei, recebe uma sanção penal pelo delito de privação de justiça aos cidadãos.

O costume não pode impor-se. O Código Civil Argentino diz que isto somente pode ocorrer quando a lei lhe atribua efeito para resolver alguns problemas.

A França se preocupou, em seu Código, com que, conforme é necessário para a República, todos os cidadãos conheçam claramente a lei a que devem obedecer. Por isso, em seu artigo primeiro, o Código Civil Francês estabeleceu que este regerá desde que a promulgação possa ser conhecida. Esse é o ideal republicano que logo, com o decorrer do tempo, nestes países da América, estabeleceu o sistema de vigência da lei desde sua publicação em um Diário Oficial.

Contudo, há alguma diferença, em alguns aspectos, entre Europa e América quanto aos efeitos de certas normas no espaço, porque como todos sabemos, nossos países foram formados da confluência das maravilhosas etnias anteriores e das admiráveis correntes migratórias de europeus que aqui chegaram.

A Europa viu sair, ao longo do tempo, seu contingente de cidadãos. Então, como conseqüência do princípio dominante da nacionalidade que a lei francesa estabeleceu em seu código, este dispôs que o estado de capacidade dos franceses é regido pela lei francesa embora residam no estrangeiro.

Por outro lado, aqui na América imperou o que Teixeira de Freitas, seguindo Savigny, pôs como nota no artigo 26 do Esboço: é o domicílio e não a nacionalidade o que determina o assento jurídico das pessoas. Em conseqüência, na Argentina, assim como em outros países da América Latina, as normas que regem a capacidade alcançam os domiciliados na Argentina, argentinos ou estrangeiros, e se um argentino está no estrangeiro, estará regido pela lei do estrangeiro se ali tiver seu domicílio.

Quero dizer umas palavras sobre o tema dos direitos das pessoas. Não é preciso recordar que o Código Civil Francês não admite a escravidão. Curiosamente a escravidão continuou existindo em algumas colônias francesas como nas Antilhas, na nossa vizinha Guiana e na Ilha da Reunião, onde aos escravos negros não se reconhecia o caráter de pessoa que estava estabelecido no Código Civil.

Esta anomalia terminou com o decreto de 27 de abril de 1848, que foi extensivo a todas as pessoas que viviam no estado de escravo.

Na Argentina, a escravidão, desde o começo da Independência, terminou.

No Peru, o Código de 1858 admitiu a escravidão. O General San Martín, que foi o libertador do Peru (e não Simon Bolívar, como se costuma dizer em alguns livros), e que depois deixou o mando da liberação da América a Bolívar, ditou em 1821 um decreto pelo qual todos, mesmo os filhos dos escravos, nasceriam livres no Peru, e ninguém que ingressasse como escravo no Peru, depois desse decreto, continuaria sendo escravo; quem viesse do estrangeiro e pisasse território peruano se tornaria livre. E deste modo San Martín pensou que a escravidão terminaria em uma geração. Em 1852 o Código Civil Peruano manteve a escravidão, mas durou dois anos. Em 1854, sob a influência libertária do Código Civil Francês e do modelo argentino que se estava expandindo, foi abolida a escravidão.

Sobre este tema das pessoas, a morte civil, prevista no Código Civil Francês, não foi reconhecida no Código Civil Argentino, nem na maioria dos códigos da América Hispânica.

Quanto ao começo da existência da pessoa física, tema que tem tantas conseqüências, no Código Napoleão não há uma norma expressa, mas há normas como o artigo 725, que estabelece a capacidade de sucessão de nascituros, ou seja, de filho concebido; também há uma norma que permite ao nascituro receber por doação, assim como também lhe foi reconhecida no Código Civil a personalidade antecipada em tudo o que fosse em benefício ao filho concebido como, por exemplo, a pensão por morte do pai em acidente de trabalho, o reconhecimento da paternidade de nascituros. Mas não há uma norma expressa como a existente no Código argentino, por exemplo, que estabelece “desde a concepção no ventre materno começa a existência da pessoa”, e aqueles direitos que se consolidam se nasce com vida e sobrevive, um instante que seja, ao corte do cordão umbilical, gera o primeiro choro, que é a primeira coisa que faz o homem quando entra neste mundo de dificuldades. Um único choro, um gemido, um grito, algo depois do corte do cordão umbilical e já se consolidam todos os direitos que lhe foram atribuídos durante a gestação.

No Chile, o artigo 74 estabelece que a existência da pessoa começa ao nascer, mas protege o nascituro, com sanções penais para quem lhe ocasione dano ou morte. Além disso, o Código chileno, assim como o francês, lhe reconhece os direitos que for obtendo enquanto estiver no ventre materno, se nascer com vida.

Na França, atualmente, a lei de 1994 - de proteção do corpo humano – incorporou diversas normas específicas de proteção do ser humano desde a concepção, a ponto de existirem decisões judiciais que consideram delito a lesão ou o homicídio à criança que esteja no ventre materno. Isso sem prejuízo de que na França se admite o aborto voluntário e o aborto terapêutico. Tema que na Argentina não se admite e que dá lugar a discussões em que se misturam a política e as idéias.

Há, desde 1994, na França a lei que organiza a assistência à procriação que, junto com o Código de Saúde Pública, tem normas incorporadas ao Código Civil Francês. Em 1994 se editou esta lei que organiza com muita prudência, na França, a inseminação com sêmen de doador; a fecundação *in vitro*, o empréstimo de ventre e não o aluguel – o caso das mães substitutas quando há alguma dificuldade com a mãe biológica que não pode conservar em seu ventre, durante nove meses, a criatura. Proíbe a lei francesa a inseminação *post mortem*, posição com a qual eu, pessoalmente, compartilho. A inseminação *post mortem* é quando o cônjuge ou companheiro de uma mulher acredita que pode morrer por algum motivo, como o de ser enviado à Guerra do Iraque, ou por ter algum perigo grave no futuro, e então deposita seu sêmen em um centro de Saúde com a instrução de que deseja que inseminem sua mulher no caso de sua morte. Não critiquemos o homem que tem esse desejo. Esta atitude do homem está fundada no desejo de todos os seres humanos de vencer a morte e de sobreviver de alguma maneira. Por isso se escrevem livros, se pintam quadros, se fazem prosas e se trata de viver um grande amor, e sempre se trata de ter um filho. Frente a esta aspiração, que é respeitável, também é respeitável o sentimento da viúva que vai à clínica médica e solicita a inseminação com o sêmen do marido, porque quer ter uma reprodução pequenina do falecido correndo pela casa.

Entretanto, por outro lado, há algo que creio que é superior e que o legislador francês de 1994 levou em conta: em todo assunto em que está envolvida uma criança, deve prevalecer o interesse da criança –

artigo 3º da Convenção dos Direitos da Criança. E aqui não se trata de uma criança já nascida, mas de uma criança por nascer, que produzirá-mos órfã, já nasceria sem pai. Não é o caso daquela criança que se tornou órfã porque o pai faleceu. É o caso de a ciência vir a produzir uma criança órfã e isso não é agir atendendo o interesse superior da criança. Por isso interpreto que a lei francesa não aceitou a inseminação *post mortem*.

No direito das pessoas e no direito de família, na Argentina os debates muitas vezes estão tingidos de questões políticas, de preconceitos, moralismos - uma deformação exagerada da moral. Todos sabem a ajuda que significa estas técnicas aos casais que não podem ter filhos, e da ajuda que significa a investigação científica com células obtidas imediatamente depois da formação do embrião, que não significa a morte do embrião, entretanto estão em choque duas correntes de pensamento: há uma corrente de pensamento de idéias livres que diz que há que se regular racionalmente, como o fez a França, e que há necessidade de haver uma lei que regule tudo isso, porque os centros de saúde na Argentina continuam trabalhando, e ajudando os pais, homens e mulheres, que não podem ter filhos, e a outra corrente, com idéias muito temerosas do que possam ser grandes modificações, embora elas sejam necessárias para as pessoas.

Na Argentina houve um projeto de lei que chegou a ser aprovado pelo Senado e que, felizmente, foi revogado, que proibia tudo. Qualquer uma dessas práticas de assistência à procriação teria pena de multa e de prisão no projeto argentino, apoiado por alguns grupos pequenos, mas muito poderosos. Se essa lei tivesse sido aprovada, em lugar de haver seguido o modelo francês de 1994, teria ocorrido o que aconteceu na Alemanha a partir de 1º de janeiro de 1991, quando edita sua lei que proíbe tudo com penas de multa e de prisão. O que ocorreu? Os médicos alemães com clientela endinheirada transferiram seus consultórios para Holanda e Dinamarca e os casais alemães com dinheiro foram fazer o tratamento naqueles países. E os pobres, como sempre, ficaram para depois, pois estes sempre esperam sem solução.

No que diz respeito à celebração do casamento, o Código Napoleão estabeleceu o casamento civil no lugar do casamento religioso, que foi obrigatório desde o Concílio de Trento, de 1563, em que se determinou que casamento deveria ser realizado diante de um padre e de duas testemunhas e registrado no livro paroquial. Trento foi um dos elementos de la Contrarreforma frente à Reforma Protestante.

A França estabelece em seu Código, sob a inspiração das idéias laicas da Revolução Francesa, o casamento civil, o divórcio vincular e dispôs que a justiça civil deveria resolver os problemas matrimoniais, e não mais a justiça eclesiástica.

O divórcio seguiu, de algum modo, a sorte de Napoleão e da Monarquia, porque em 1816, com a Restauração, foi abolido, mas em 1884 foi restabelecido. Desde então sofreu muitas modificações, atualizações, e finalmente uma reforma total em 1975.

Como eu mencionei ao falar do tema da assistência à procriação, a influência dos setores hierárquicos da Igreja Católica na América Hispânica se fez sentir nesses temas. Então os códigos que foram editados na segunda metade do século estabeleceram a celebração do casamento religioso, não do casamento civil.

Vejam os que aconteceu: na Argentina, o Código Civil de 1871 estabeleceu que os católicos deviam casar diante do padre católico. Aqueles que pertencessem a outras religiões deveriam casar-se diante do ministro dessas. E aqui caberiam as perguntas: e os ateus? E os que pertencessem aos cultos que não tivessem ministros? Eram graves problemas sem solução.

Então, felizmente, em 1888 uma lei impôs o casamento civil, sem prejuízo de que depois (como na França) se pudesse realizar o casamento religioso.

Este princípio foi estabelecido em praticamente toda a legislação da América Hispânica. A Colômbia, por um acordo recente com o Vaticano, admite o casamento religioso e a aplicação das normas de direito eclesiástico. Mas os outros países da América Hispânica estabelecem o princípio do casamento civil e a aplicação da lei civil e não, o direito canônico.

Embora existam países como Peru, Bolívia e Chile que permitem a celebração do casamento religioso mas que, depois, tem-se que inscrever no registro civil e produz os efeitos da lei civil. A Justiça Civil intervém em qualquer conflito matrimonial, ou de nulidade ou de divórcio.

Farei uma breve exposição do que ocorre no Peru e na Bolívia sobre este tema. No Peru, onde atualmente o casamento é civil, ele pode ser realizado diante de um sacerdote de qualquer religião e a ata do casamento deve ser enviada para a inscrição no registro civil. Entretanto, o Código Peruano tem, além disso, uma norma muito sábia que

admite na plenitude dos efeitos do casamento civil os casamentos nas comunidades indígenas celebrados pelos “curacas” – os chefes dessas comunidades. Não sei se vocês já viram em alguma vez no Peru a reunião das comunidades indígenas. É algo que vem dos primórdios da história. Nessas reuniões se vêem esses indígenas, cujo chefe é um homem velho e sábio e suas decisões são mais importantes que as decisões do Presidente da República. O respeito às decisões dos “curacas” e aos anciões que o assistem é absoluto nas comunidades indígenas do Peru. Então, por bom senso, no Peru, também se admite o casamento celebrado pelos “curacas” em suas comunidades indígenas, produzindo efeitos do casamento civil.

Na Bolívia, se encontra como princípio o casamento civil, porém, em primeiro lugar, se admite o casamento celebrado por um religioso nas localidades muito afastadas de uma cidade que tenha registro civil. Mas, além disso, há outras duas instituições reconhecidas pelo Código de Família: o “Sevinaku” e o “Tantanaku”, o casamento a prova, que vem desde muito antes do Império Incaico nas culturas dos Andes.

Isso segue ocorrendo não só na Bolívia, mas no norte da Argentina também: o casal se compromete a viver junto por um ano e se o relacionamento é bom, se tudo for bem, ao final de um ano, se cumpre a promessa de se celebrar o casamento que a lei estabelece. Este é, com pequenas variações, o “Sevinaku” e o “Tantanaku” que já existiam quando ali chegaram os invasores espanhóis com sua profunda ignorância em relação à cultura, ao refinamento que havia nos Andes, no Império, onde, por exemplo, as leis trabalhistas dos Incas estabeleciam que nas minas não se poderia trabalhar mais do que quatro dias por semana e não mais que cinco horas por dia. Naquela época o tempo médio de vida era de 45 anos nas zonas mineiras dos Andes. Quando chegaram os invasores espanhóis, aboliram estas normas e determinaram que os indígenas deveriam trabalhar todos os dias e todas as horas, e, conseqüentemente, o tempo médio de vida descendeu para os 25 anos. Isso não importava aos invasores porque existiam outros índios para substituir os que morriam.

O invasor espanhol não podia compreender que o matrimônio a prova era um pacto de amor e de honra entre um homem e uma mulher. Assim trataram de freá-lo, e ditaram ordens, e ditaram todas as coisas inúteis que se podem ditar contra os sentimentos e costumes dos povos, esse pacto de amor contínuo através dos séculos.

Hoje, no Código da Bolívia se respeita o casamento a prova - o "Servinaku" e o "Tantanaku" - como se fosse o casamento celebrado diante do oficial do registro civil.

A evolução do direito de família na França, daquele ano de 1804 em diante, é exatamente o que ocorreu no direito da América Hispânica, e seguindo as reformas legislativas foram acompanhando, como veremos bastante fielmente, o modelo francês.

O artigo 213 do Código de Napoleão estabelecia que a mulher devia obediência ao marido e se estabeleceu que ela deveria segui-lo no que quer que fosse. Essa fórmula do artigo 213 se substituiu em 1938, em lugar de dizer que a mulher deve obediência ao marido, disse que o marido é o chefe do lar.

Na Argentina, o Código Civil não disse expressamente que a mulher deve obediência ao marido, mas se estabeleceram algumas normas como a de que a mulher deve viver onde o marido decide instalar o lar conjugal, que o marido controla todos os bens, todos os contratos, exerce o pátrio poder, e tudo o mais que sabemos. E os juízes interpretaram essa supremacia total do marido e do pai.

O marido podia decidir - e estes são os fatos da vida onde se vêem as normas - que amizade poderia ter a mulher ou proibir que ela tivesse determinadas amizades sob o risco de cometer a injúria de desobedecer o marido. Podia abrir a correspondência da mulher sem cometer o delito de violação de correspondência alheia. No exercício do pátrio poder, o modelo francês esteve em todos esses países. O pai tinha todo o poder sobre os filhos para decidir, para dirigir, e a mulher, a mãe, não podia fazer nada a não ser aceitar as decisões do pai.

Em matéria de filiação estava a distinção absoluta entre filhos legítimos e ilegítimos. O sistema de impugnação da paternidade *matrimonial* do Código Francês originário foi tomado aqui também à letra, o absurdo sistema de impugnação por causas estabelecidas na lei que, por exemplo, permitia a impugnação por impotência posterior à celebração do matrimônio, mas não a anterior. Se era impotente anterior e de repente se encontrava com a surpresa de que sua esposa tinha uma gravidez, não podia fazer nada, teria que aceitar o filho.

Todo o direito de família foi modificado a partir da Segunda Guerra Mundial. Se os senhores observarem a legislação do Ocidente verão que tudo se modificou. Foi tão grave a Segunda Guerra Mundial em



que não morreram somente soldados, mas seis milhões de judeus nos fornos crematórios, e os ciganos, os polacos, os cidadãos que não estavam de acordo com os nazistas, que eram retirados de suas casas, de seus trabalhos. Esses não eram soldados, eram civis. Foram tão grandes os crimes desta guerra que creio que pela primeira vez a humanidade decidiu começar a defender os direitos humanos. E assim nasceu o Direito Internacional Humanitário, que é todo esse conjunto de convenções internacionais que protegem a condição humana, e assim se fez viva na legislação da Europa e da América o princípio da igualdade. E assim que se estabeleceu a igualdade dos cônjuges e dos filhos em todos os sentidos, e na Argentina, permitam-me que diga que mais amplamente que na França, porque essa diminuição da porção hereditária em relação aos filhos adulterinos que na França terminou em 2001, na Argentina não se admitiu a partir da reforma de 1985 nenhuma discriminação. E não sei se ainda na França segue regendo, em matéria de filhos incestuosos, a norma de que se estiver estabelecido o vínculo com um dos pais, com o outro não se pode estabelecer o vínculo. Na Argentina isso não é admissível.

Em 1985, a lei argentina que reformou o sistema de ações em matéria de filiação, seguiu fielmente a lei francesa de 1972.

A Argentina, para fazer essas mudanças profundas que já haviam sido produzidas na Europa e que se foram produzindo em muitos países da América, teve que esperar que acabasse a última ditadura militar com a qual padecemos em meu país. Uma ditadura sangrenta, de torturas, de desaparecimentos, de violações de todos os direitos do homem, que deixou 30 mil desaparecidos e que não permitia nenhuma modificação que transformasse essas situações assim monolíticas, pesadas, verticais. Terminou a ditadura em dezembro de 1983 e vem um esplêndido governo civil do Dr. Alfonsín e, em três anos, nós, os argentinos em liberdade, pela magia da democracia, transformamos absolutamente todo o direito de família.

Queridos irmãos brasileiros, desculpem-me se me excedi no tempo, mas deve ser pela alegria de estar com vocês. ♦

# As Sociedades Limitadas entre Cônjuges e o novo Código Civil

**CLÁUDIO CALO SOUSA**

*Membro do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro e Professor de Direito Empresarial da EMERJ da FEMPERJ e da FGV.*

Com o advento da Lei nº 10.406/2002 foi instituído o novo Código Civil no nosso ordenamento jurídico, passando a disciplinar o Direito de Empresa e, por via de consequência, as sociedades não empresárias e empresárias, tendo sido acolhida a Teoria da Empresa.

Uma das inovações, ao meu sentir retrógrada, consta no artigo 977 que, de forma expressa, faculta aos cônjuges a contratação de sociedade entre si ou com terceiros, mas de forma condicionada, ou seja, desde que o regime matrimonial de bens não seja o da comunhão universal ou da separação obrigatória de bens.

Em outras palavras, se os cônjuges adotarem o regime legal, qual seja o da comunhão parcial, é livre a constituição de uma sociedade entre eles ou juntamente com terceiros.

Diz-se que a “inovação” foi retrógrada porque antes do advento do referido ato normativo, a própria doutrina e a jurisprudência, de forma dominante<sup>1</sup>, entendiam pela possibilidade de os cônjuges constituírem sociedade limitada entre si ou com terceiros, independentemente do regime matrimonial de bens, até porque o artigo 3º da Lei nº 4.121/1962 (“Estatuto da Mulher Casada”), de forma clara, distinguia o patrimônio de cada cônjuge, ainda que o regime fosse o da comunhão universal.

Certo é que não se poderia presumir a intenção de os cônjuges alterarem o regime matrimonial de bens pelo fato de terem constituído uma sociedade entre eles ou com terceiros, até porque, caso fosse constatada alguma fraude seria possível a incidência da teoria da

---

<sup>1</sup> Por todos, Rubens Requião, **Curso de Direito Comercial**, volume 1, editora Saraiva-2003

desconsideração da personalidade jurídica, hoje também acolhida, de forma imprecisa, no artigo 50 do CC/2002.

Como requisitos de validade de uma sociedade tem-se a capacidade do agente, objeto lícito, possível e determinável, a forma prescrita ou não vedada por lei, a contribuição para formar o capital social e a participação nos lucros e nas perdas. Portanto, o fato de os sócios serem casados, por si só, não pode gerar a *invalidade* de uma sociedade.

É de se verificar que nos dias atuais é muito comum um cônjuge, ao invés de exercer a empresa individualmente, procurando sair da responsabilidade ilimitada, que é característica do empresário individual, procurar o outro cônjuge, conferindo-lhe uma pequena participação societária, a fim de constituir uma sociedade, mas não necessariamente para burlar o regime matrimonial de bens, mas sim para viabilizar o exercício da empresa pela pessoa jurídica e assegurar a proteção ao seu patrimônio particular.

Ora, ao invés de o legislador ter vedado a sociedade entre cônjuges quando o regime for o da comunhão universal ou da separação obrigatória, poderia, seguindo outros ordenamentos jurídicos, acolher a figura do empresário individual com responsabilidade limitada, que afetaria parte de seu patrimônio para o exercício da empresa, acabando com a situação hipócrita que ocorre em várias sociedades denominadas fictícias, em que *formalmente* são formadas por, no mínimo, dois sócios, porém, *substancialmente* são unipessoais, levando-se em consideração que um dos sócios acaba possuindo uma participação irrisória.

Porém, o legislador, distanciando-se do posicionamento predominante entre os operadores do direito, acabou optando por vedar a possibilidade de constituição de sociedade entre cônjuges, em sendo o regime da comunhão universal ou da separação obrigatória.

Não se pode olvidar, no entanto, que *antes do atual Código Civil* muitos casais, adotando o regime da comunhão universal, constituíram sociedades empresárias (padarias, restaurantes, dentre outras), sendo certo que o artigo 2031 daquele diploma legal, cuja constitucionalidade é duvidosa, prevê que as sociedades constituídas na forma das leis anteriores terão o prazo de um ano<sup>2</sup> para se adaptarem às disposições deste Código, a partir de sua vigência, conferindo igual prazo aos empresários.

---

<sup>2</sup> A Lei nº 10.838, de 30 de janeiro de 2004, artigo 1º, ampliou o prazo para dois anos.

Como fica a situação destes casais? Terão que resolver parcialmente (“dissolução parcial”) a sociedade? Poderão alterar o regime matrimonial de bens justamente para escaparem da proibição do artigo 977 do CC? Qual a solução?

É certo e sabido que o CC/2002, no artigo 1.639, § 2º, de forma expressa, admitiu a possibilidade de o regime matrimonial de bens ser alterado, desde que através de autorização judicial em pedido fundamentado de ambos os cônjuges.

Desta forma, através de uma análise perfunctória, num primeiro momento, poderia ser adotada como solução a possibilidade daqueles casais requererem ao respectivo Juízo a mudança de regime, a fim de possibilitar a continuidade da sociedade entre eles.

Mas, e se não fosse admitida a alteração do regime, seria caso de “dissolução parcial”, ou seja, resolver o vínculo de um dos cônjuges com a sociedade?

Com a devida vênia, entendo que as duas soluções acima referidas afrontam não só o estado jurídico daqueles cônjuges, mas principalmente o próprio ordenamento jurídico, uma vez que desrespeitam direitos e garantias fundamentais, precisamente o princípio da segurança jurídica, senão vejamos:

Na esteira deste raciocínio, não se pode perder de vista o disposto no artigo 2.039 do CC/2002, que preceitua que o regime de bens nos casamentos celebrados *na vigência do Código Civil anterior* é o por ele estabelecido. Em outras palavras, aquelas pessoas casadas antes do atual CC/2002 não podem alterar o regime de bens, vez que a disciplina anterior previa a imutabilidade.

No tocante à “dissolução parcial”, acaso adotada como “solução”, na realidade acaba ofendendo direitos subjetivos daqueles cônjuges, pois quando constituíram a sociedade o legislador não vedava tal constituição. Pelo contrário, o entendimento doutrinário e jurisprudencial admitia, inclusive, que o Órgão administrativo com incumbência do registro das sociedades realizasse o arquivamento dos atos constitutivos.

A solução deve passar obrigatoriamente pela Constituição da República, nossa Lei Maior, vez que o artigo 2.031 do CC/2002 não pode ser aplicado à hipótese, sob pena de ser considerado inconstitucional, face à flagrante violação ao disposto no artigo 5º, inciso XXXVI, da

Carta Magna, que prestigia o princípio da segurança jurídica, várias vezes violado pelo legislador infraconstitucional, ou seja, a lei não pode violar o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada.

No presente caso, aqueles cônjuges, quando constituíram a sociedade acabaram formalizando o ato constitutivo; sendo assim, urge que sejam respeitados o ato jurídico perfeito e o direito adquirido.

Ademais, o próprio artigo 2.035 do CC/2002 acaba por contribuir para esta solução quando preceitua que a validade dos negócios jurídicos e demais atos jurídicos, constituídos *antes da entrada em vigor deste Código*, obedece ao disposto nas leis anteriores, referidas no artigo 2.045 do mesmo diploma legal.

À época do Código Comercial e do Código Civil de 1916 não existia qualquer vedação para a constituição de sociedades entre cônjuges, independentemente do regime matrimonial de bens, o que faz com que se chegue à conclusão de que aquelas sociedades devem ser consideradas válidas, até porque atenderam aos requisitos genéricos e específicos de validade.

Em suma, os cônjuges casados antes do atual CC/2002 não podem modificar o regime matrimonial de bens, pois quando casaram o mesmo era imutável, já sabiam da regra do jogo. No entanto, caso tenham constituído sociedade entre si ou com terceiros, de toda sorte, esta não pode, com fundamento no artigo 977 do CC/2002, ser dissolvida sequer parcialmente, sob pena de ser violado o princípio constitucional da segurança jurídica.

Esta é a singela contribuição, respeitando-se os entendimentos em contrário. ◆

# O Dano Moral nas relações de consumo à luz do Direito Brasileiro e do Português

**DENISE NICOLL SIMÕES DE SOUSA**

*Juíza de Direito do TJ/RJ*

## 1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como tema a ressarcibilidade do dano moral em sede obrigacional, designadamente nas relações de consumo.

O direito à reparação dos danos morais não sofre atualmente contestação, estando expressamente reconhecido em alguns ordenamentos jurídicos, como no caso de Portugal<sup>1</sup> e do Brasil<sup>2</sup>. Porém, há ainda alguma resistência quanto à possibilidade de reparação dos danos morais na área da responsabilidade contratual.

Observe-se que a idéia de relação contratual sofreu uma sensível evolução em razão do surgimento, a partir do século XX, notadamente após a II Guerra Mundial, de um novo tipo de sociedade: a sociedade industrializada, de consumo em massa, levando à necessidade de proteção da parte mais fraca dessa relação: o consumidor.

Na teoria contratual clássica, o direito deveria apenas proteger a vontade dos contratantes, reconhecida sua força vinculativa, pouco importando a justiça ou o equilíbrio das estipulações contratuais, uma vez que o contrato seria obra de duas pessoas em posição de igualdade perante o direito e a sociedade, com possibilidade de discutirem livremente as cláusulas contratuais<sup>3</sup>. A justiça do contrato estava na vontade das partes.

---

<sup>1</sup> Código Civil, artigo 496º, Decreto-Lei nº 383/89, artigo 8º, nº 1; Lei nº 24/96, artigos 3º, letra f e 12, nº 4.

<sup>2</sup> Constituição Federal, artigo 5º, incisos V e X, Novo Código Civil, artigos 953 e 954, Código de Defesa do Consumidor, artigo 6º, inciso VI.

<sup>3</sup> Sobre a historicidade da teoria clássica do contrato, veja Cláudia Lima Marques, **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**, 4. Edição, p. 43 e ss.

Na sociedade atual, onde os métodos de contratação se dão em massa, predominando as relações contratuais entre empresas e consumidores, torna-se imperiosa a criação de princípios e normas próprias visando à proteção da parte débil dessas relações contratuais.

Nesse sentido, a concepção clássica cede lugar a uma concepção mais social do contrato, onde surgem os princípios da boa-fé objetiva e da função social do contrato<sup>4</sup>.

É nesse contexto que a questão da reparação do dano moral oriundo das relações de consumo deve ser examinada, levando-se em consideração os princípios norteadores dessa “nova realidade contratual”.

## 2. ESPECIALIZAÇÃO DAS RELAÇÕES DE CONSUMO

A proteção do consumidor é um tema universal e uma das grandes questões do direito contratual que marcaram o final do século passado e que continua a merecer a atenção mundial, em busca de um novo sistema jurídico que traduza o ideal de justiça do modelo de sociedade dos dias atuais.

Nas palavras do professor da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Doutor António Pinto Monteiro, “O ideal de Justiça, de que a lei deve ser instrumento de realização, pressupõe e está conforme o modelo de sociedade que se perfilhe”<sup>5</sup>. Dessa forma, a questão da defesa do consumidor na sociedade de consumo moderna ganha importância e traduz o ideal de justiça desejável.

Isso porque, na sociedade massificada a liberdade contratual deu lugar ao desequilíbrio desproporcional das relações, não sendo mais de se pensar que a vontade, por si só, geraria a justiça contratual. A partir de então, algo mais haveria de se fazer para proteger os consumidores, na medida em que estes não determinam o conteúdo dos contratos que são obrigados a celebrar<sup>6</sup>, seja porque não estão em condições técnicas de avaliar a qualidade dos bens e serviços, seja porque os contratos não são negociados individualmente, ao contrário, são prévia e unilateralmente elaborados pelos fornecedores.<sup>7</sup>

---

<sup>4</sup> CDC Brasileiro, artigos 4º, inciso III e 51, inciso IV e Novo Código Civil Brasileiro, artigo 423. Código Civil Português, art. 227º, Cláusulas Contratuais Gerais, art. 15º.

<sup>5</sup> MONTEIRO, António Pinto, “O Direito do Consumidor em Portugal”, **Revista Brasileira de Direito Comparado** n.º 17, p. 128/142.

<sup>6</sup> Especialmente no que toca a bens e serviços essenciais.

<sup>7</sup> ANDRADE, J.C. Vieira, “Direitos Fundamentais”, lições ao 5º Curso de Pós-Graduação em Direito do Consumo, ano letivo 2002/2003, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, fotocopiado.

Nesse universo de relações comerciais, a desigualdade de poder entre os que compram e os que vendem produtos e serviços justifica a intervenção do Estado a fim de criar mecanismos eficientes para superar esta desigualdade.

Dada a importância que o tema alcançou é que se entende necessária uma intervenção pública, nomeadamente por via legislativa, para reequilibrar as relações jurídicas em foco.

Esse intervencionismo se manifesta de duas formas:

a) pelo modelo majoritário dos países que disciplinam a relação de consumo através de leis esparsas, específicas para cada atividade econômica (publicidade, crédito ao consumo, responsabilidade civil do produtor, viagens organizadas, direito de habitação periódica, contratos à distância, garantias, cláusulas contratuais gerais etc.), como é o caso de Portugal; e

b) pelo modelo daqueles países que optaram pela tutela do consumidor de modo sistemático e unitário, através da criação de um código, como no caso do Brasil.

## **2.1 A QUESTÃO BRASILEIRA**

### **2.1.1 O Direito do Consumidor como Direito Fundamental**

A especial sensibilização da necessidade de proteção do consumidor levou o Brasil a consagrar seus direitos como direitos fundamentais.

A Constituição Brasileira inclui a defesa do consumidor no elenco dos *Direitos e Garantias Fundamentais*, dispondo no artigo 5º, inciso XXXII, que: “o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor;” e, mais adiante, estabelece no artigo 48 do Ato de Disposições Constitucionais Transitórias que o “Congresso Nacional, dentro de cento e vinte dias da promulgação da Constituição, elaborará código de defesa do consumidor”.

Por sua vez, o artigo 170 estabelece que a ordem constitucional econômica do mercado será baseada na livre iniciativa, mas observados os direitos do consumidor, dispondo que: “A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: ... V – defesa do consumidor”.



Com base nesses dispositivos constitucionais, foi promulgado em 11 de Setembro de 1990, o Código de Defesa do Consumidor – Lei n.º 8.078/90 – figurando o Brasil como o pioneiro da codificação do Direito do Consumidor em todo o mundo.<sup>8</sup>

### **2.1.2 O Código de Defesa do Consumidor: Âmbito do Microsistema**

O Código de Defesa do Consumidor Brasileiro é considerado um microsistema jurídico de caráter inter e pluridisciplinar, ou seja, ao lado de princípios que lhe são próprios, no âmbito da chamada *ciência consumerista*, o Código relaciona-se com outros ramos do Direito, ao mesmo tempo em que atualiza e dá nova roupagem a antigos institutos.<sup>9</sup>

Com efeito, o Código do Consumidor regula as diversas áreas de atuação do Direito das Relações de Consumo, disciplinado por regras não só de direito civil, mas também de direito administrativo, direito penal, processual civil e processual penal, dando tratamento diferenciado às relações de consumo, sempre tendo em vista a vulnerabilidade do consumidor frente ao fornecedor e sua condição de destinatário final dos produtos e serviços.<sup>10</sup>

Nesse sentido, os artigos 2º e 3º do citado diploma legal delimitam, num primeiro momento, o âmbito de sua incidência às denominadas relações de consumo, conceituando as duas partes envolvidas nesta relação: consumidor<sup>11</sup> e fornecedor<sup>12</sup>, seu objeto: produtos<sup>13</sup> e serviços<sup>14</sup>, sempre tendo como elemento essencial a vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo<sup>15</sup>.

---

<sup>8</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini e BEJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos, **Código Brasileiro do Consumidor comentado pelos Autores do Anteprojeto**, 7ª ed., Rio de Janeiro, 2001, p. 8.

<sup>9</sup> FILOMENO, José Geraldo Brito, **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor...**, op. cit. p. 19.

<sup>10</sup> Para Sergio Cavaliari Filho, o Código de Defesa do Consumidor criou uma *sobre-estrutura jurídica* multidisciplinar, aplicável em toda e qualquer área do direito onde ocorrer relação de consumo (**Programa de Responsabilidade Civil**, 2ª ed., São Paulo, Malheiros, 1998, p. 359).

<sup>11</sup> CDC, art. 2º - *Consumidor é toda pessoa física e jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final.*  
*Parágrafo único – Equipara-se a consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo.*

<sup>12</sup> CDC, art. 3º - *Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividades de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.*

<sup>13</sup> CDC, art. 3º, § 1º - *Produto é qualquer bem móvel ou imóvel, material ou imaterial;*

<sup>14</sup> CDC, art. 3º, § 2º - *Serviço é qualquer atividade fornecida, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista.*

<sup>15</sup> CDC, art. 4º, inciso I.

Além da definição legal de consumidor *stricto sensu* (art. 2º, *caput*), o CDC amplia seu campo de aplicação aos chamados consumidores por equiparação (parágrafo único do artigo 2º, artigos 17 e 29). Vale dizer que, embora determinadas pessoas não se enquadrem na definição de consumidores *stricto sensu*, serão equiparadas aos consumidores e receberão a proteção especial do Código, desde que presentes os pressupostos previstos nos dispositivos citados.

Da mesma forma, o conceito de fornecedor de produtos e serviços é amplo, tendo como elemento caracterizador o desenvolvimento de atividade profissional, estabelecendo o Código a responsabilidade solidária entre todos os envolvidos na cadeia de fornecimento (artigos 18 e 20).

A ampla definição dos partícipes da relação de consumo, com a extinção da figura do terceiro, incluído como consumidor equiparado, e a imposição da solidariedade na cadeia de produção e fornecimento de bens e serviços tem como reflexo a superação da *summa divisio* entre a responsabilidade contratual e extracontratual<sup>16</sup>, surgindo um regime próprio para a responsabilidade oriunda dessa relação.

Discorrendo sobre o tema, Claudia Lima Marques observa que: *“A ciência do direito para proteger convenientemente a confiança despertada pela atuação dos fornecedores no mercado terá que superar a ‘summa divisio’ entre a responsabilidade contratual e extracontratual, e o fará revigorando a figura dos deveres anexos (‘Nebepflichten’). Estes são deveres de conduta, deveres de boa-fé presentes nas relações sociais mesmo antes da conclusão de contratos, presentes mesmo depois de exauridas as prestações principais ou em caso de contratos nulos ou inexistentes”*.<sup>17</sup>

No mesmo sentido, Zelmo Denari observa que o tratamento dado pelo Código do Consumidor em sede de responsabilidade “afasta a bipartição derivada do contrato ou do fato ilícito, rendendo ensejo à unificação da ‘*summa divisio*”.<sup>18</sup>

---

<sup>16</sup> MARQUES, Cláudia Lima, *Contratos no Código de Defesa do Consumidor...* op. cit. p. 346.

<sup>17</sup> *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*, cit., p. 346.

<sup>18</sup> *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*, comentado, cit., p. 155.

Igualmente, Sergio Cavalieri Filho enfrenta a questão salientando que: “A clássica dicotomia entre responsabilidade contratual e extracontratual foi aqui superada, ficando o assunto submetido a um tratamento unitário, tendo em vista que o fundamento da responsabilidade do fornecedor é o risco nas relações de consumo, contratuais ou não”.<sup>19</sup>

Como se vê, o Código de Defesa do Consumidor criou regras próprias para responsabilidade nas relações de consumo, responsabilidade objetiva do fornecedor com fundamento no risco, prevendo expressamente o direito à *reparação do dano moral* (artigo 6º, inciso VI), não havendo no Brasil qualquer controvérsia a respeito da possibilidade de seu ressarcimento, quer se trate de dano de índole contratual, quer se trate de dano de índole extracontratual.

### 2.1.3 Os Princípios Norteadores da Relação Consumerista

Artigo 6º do Código de Defesa do Consumidor.

Tomando como base o caráter pluridisciplinar do Direito do Consumidor, pode-se afirmar que o artigo 6º do CDC é uma síntese dos princípios gerais que norteiam o aplicador das normas de proteção ou defesa do consumidor.<sup>20</sup>

Dispõe o referido dispositivo legal:

“Art. 6º - São direitos básicos do consumidor:

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

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

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

---

<sup>19</sup> Programa de Responsabilidade Civil, cit., p. 364-365.

<sup>20</sup> Os direitos básicos dos consumidores foram inspirados na Resolução n.º 39/248, de 9 de abril de 1985, da Assembléia-geral da Organização das Nações Unidas. (Ada Pellegrini Grinover e Antônio Herman de Vasconcellos, *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*... op. cit. p. 10).

*IV – a proteção contra publicidade enganosa e abusiva, métodos comerciais coercitivos ou desleais, bem como contra práticas e cláusulas abusivas ou impostas no fornecimento de produtos e serviços;*

*V – a modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas;*

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

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

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

*IX – (vetado);*

*X – a adequada e eficaz prestação dos serviços públicos em geral.” (grifamos).*

Tais direitos consagram, como já foi dito, os princípios norteadores do *direito consumerista* no Brasil, interessando para o presente trabalho o direito à *efetiva reparação de danos patrimoniais e morais*, individuais, coletivos e difusos, positivado no inciso VI.

A questão da prevenção de danos está direcionada principalmente às empresas fornecedoras de produtos e serviços, que devem tomar atitudes concretas para evitar a ocorrência de danos ao consumidor.<sup>21</sup> Da mesma forma, o Poder Público também tem sua cota de responsabilidade, na medida em que, exercendo seu papel fiscalizador pode evitar danos principalmente à saúde dos consumidores, hipótese de maior incidência na fabricação de medicamentos e de produtos alimentícios.

Mas se de alguma maneira falham tais medidas, e venha a ocorrer qualquer dano (*patrimonial ou moral*) ao consumidor, haverá lugar para sua integral reparação, sendo colocados à sua disposição meca-

---

<sup>21</sup> Exemplo típico é o procedimento conhecido por *recall*, que consiste na atitude dos fabricantes de bens duráveis de convocarem os consumidores para, no caso de defeito, trocarem as peças necessárias a fim de evitar futuros danos.

nismos processuais eficazes a fim de efetivar seu direito: ações coletivas para a tutela dos interesses difusos, dos interesses coletivos e dos interesses individuais homogêneos de origem comum<sup>22</sup>, inversão do ônus da prova<sup>23</sup>, antecipação da tutela jurisdicional<sup>24</sup>, etc.

Além disso, o mencionado dispositivo legal deixa clara a possibilidade de haver cumulação entre o dano moral e o dano patrimonial oriundos do mesmo fato, colocando termo a antiga discussão no direito brasileiro a respeito do tema.<sup>25</sup>

Para bem retratar esse ponto, Nelson Nery Júnior ressalta que: “Agora, a cumulação decorre de texto expresso de lei, sendo válida tanto para a responsabilidade contratual quanto para a aquilina, derivada das relações de consumo.”<sup>26</sup>

É a própria lei que prevê o ressarcimento de danos morais decorrentes do sofrimento, da dor, do constrangimento, da angústia, por bens e serviços defeituosos ou inadequadamente fornecidos.<sup>27</sup>

Assim, no âmbito das relações de consumo não haverá mais lugar para a antiga controvérsia a respeito da possibilidade de indenização dos danos morais de índole contratual, nem tampouco da possibilidade de sua cumulação com o dano patrimonial, pois a própria lei consagra o direito à reparação, donde se conclui que nas relações de consumo qualquer que seja a natureza do dano, haverá sempre o dever de indenizar.

## 2.2 A QUESTÃO PORTUGUESA

### 2.2.1 O Direito do Consumidor no Rol dos Direitos e Deveres Econômicos: Artigo 60º, nº 1 da Constituição da República Portuguesa

Portugal, embora já se preocupasse de longa data sobre a ques-

---

<sup>22</sup> CDC, art. 81.

<sup>23</sup> CDC, art. 6º, inciso VIII.

<sup>24</sup> CDC, artigo 84, § 3º.

<sup>25</sup> O entendimento predominante do STJ é no sentido da possibilidade da cumulação do dano moral com o patrimonial em qualquer relação jurídica, conforme Súmula nº 37: “São cumuláveis as indenizações por dano material ou moral oriundos do mesmo fato”.

<sup>26</sup> **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor...**, op. cit. p. 482.

<sup>27</sup> CAHALI, Youssef Said, **Dano Moral**, 2ª ed., São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1998, p. 520.

tão *consumerista*, fazendo referência aos consumidores na Constituição de 1976<sup>28</sup>, somente na revisão de 1989 incluiu formalmente os direitos dos consumidores no catálogo dos direitos fundamentais, entre os denominados “Direitos e deveres econômicos, sociais e culturais” (artigo 60º), vindo, desde então, trabalhando na idéia de uma legislação codificada, a qual deve, ainda, coadunar-se com as exigências da Comunidade Européia.

O alcance da proteção constitucional do consumidor enquanto titular de direitos fundamentais vale na medida em que: os titulares sejam indivíduos e só por analogia pessoas coletivas<sup>29</sup>; os bens protegidos sejam bens de carácter pessoal; e exista uma relação entre consumidor de bens, serviços ou direitos para uso não profissional e quem exerça uma atividade profissional de produção ou fornecimento, sempre tendo como elemento essencial a vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo.

O artigo 60º, n.º 1, da Constituição da República Portuguesa, enumera os direitos fundamentais dos consumidores, são eles: a) direito à *qualidade dos bens e serviços consumidos*, b) direito à *formação e à informação*, c) direito à *proteção da saúde, da segurança e dos interesses econômicos*, d) direito à *reparação de danos*.

Trata-se de direitos que não têm a mesma natureza. A maioria reveste a natureza de direitos a prestação ou ações do Estado, como é o caso dos direitos à *formação e à informação*, do direito à *proteção da saúde, da segurança e dos interesses econômicos*, sujeitos as características típicas dos “direitos econômicos, sociais e culturais”. Outros, como o direito à *reparação de danos*, têm a natureza análoga à dos “direitos, liberdades e garantias”, beneficiando-se do respectivo regime<sup>30</sup> (aplicabilidade direta).

---

<sup>28</sup> Na versão originária da Constituição Portuguesa de 1976, a única referência aos consumidores aparecia nos princípios gerais da Organização Económica (José Carlos Vieira de Andrade, “Lições ao 5º Curso de Pós-Graduação do Direito do Consumidor...”, *op. cit.*).

<sup>29</sup> É grande a controvérsia em Portugal quanto à possibilidade de a pessoa coletiva ser considerada consumidora para efeitos de aplicação das normas de proteção do consumidor. A Lei de Defesa do Consumidor, Lei 24/96, no seu artigo 2º, não inclui expressamente a pessoa coletiva do conceito de consumidor, havendo, dessa forma, a possibilidade de extensão, desde que as normas de defesa do consumidor não restrinjam expressamente sua incidência às pessoas físicas, e na medida em que as pessoas coletivas não tenham competência específica para a atividade em causa.

---

<sup>30</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes/VITAL MOREIRA, **Constituição da República Portuguesa Anotada**, 3ª Ed., Coimbra Editora, 1993, p. 323.

Com propriedade, Vieira de Andrade<sup>31</sup> esclarece que: “A diferença de regimes decorre da diversa densidade normativa dos preceitos constitucionais: verifica-se que os preceitos relativos aos direitos, liberdades e garantias, apesar de utilizarem conteúdos imprecisos ou cláusulas gerais, têm conteúdo susceptível de determinação, pelas vias da interpretação jurídica, ao nível constitucional, conteúdo que, em última instância, pode e deve ser estabelecido pelos tribunais e pelo Tribunal Constitucional.

Mesmo quando a intervenção legislativa não é só conveniente e adequada, mas estritamente necessária ao exercício dos direitos, estes preceitos constituem normas diretamente aplicáveis, que vinculam estritamente o legislador, a quem cabe concretizar, regular, proteger os direitos, ou até condicioná-los ou restringi-los, quando e na medida em para tal esteja constitucionalmente autorizado.”

De qualquer forma, o efeito típico das normas constitucionais relativas aos direitos dos consumidores é o dever do Estado de legislar, cabendo ao legislador infraconstitucional definir o conteúdo desses direitos, tendo como base as diretrizes constitucionais estabelecidas. Tal imposição é reforçada pela tarefa fundamental do Estado no âmbito económico e social, prevista no artigo 81, alínea *h*, da Constituição da República Portuguesa.

Como já mencionado, o *direito à reparação de danos* tem a natureza análoga aos “direitos, liberdades e garantias” e se traduz “no direito de indenização dos prejuízos causados pelo fornecimento de bens ou serviços defeituosos, por assistência deficiente ou por violação do contrato de fornecimento”.<sup>32</sup>

A Constituição, ao consagrar o direito fundamental do consumidor à *reparação de danos*, não distingue entre danos *patrimoniais* e não *patrimoniais*, nem fornece qualquer indício de que a responsabilidade, neste caso, se deva circunscrever somente aos primeiros, o que leva à conclusão de que o diploma legal, seja *lei geral* ou *código*, que venha a concretizar e regular esse direito, não poderá restringir o alcance do preceito constitucional.

---

<sup>31</sup> “Lições ao 5º Curso de Pós-Graduação em Direito do Consumo...”, op. cit.

<sup>32</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes/VITAL MOREIRA, **Constituição da República Portuguesa Anotada...**, op. cit. 324.

E nesse sentido, Portugal vem cumprindo de forma satisfatória a imposição constitucional de proteção do consumidor, existindo desde 1981 uma *lei geral*, a Lei de Defesa do Consumidor: Lei nº 29/81, de 22 de Agosto, onde se estabeleceram as regras e os princípios para concretizar a defesa desses direitos. A esta *lei geral* foram somadas outras que serviram para transpor para o direito português as correspondentes Diretivas da Comunidade Européia: lei sobre cláusulas contratuais gerais, lei sobre a responsabilidade do produtor, sobre publicidade, sobre *time sharing*, crédito ao consumo etc.<sup>33</sup>

Em 1996, a Lei nº 29/81 foi revogada e substituída pela atual Lei nº 24/96, de 31 de Julho, que “estabelece o regime legal aplicável à defesa dos consumidores”, concretizando no seu artigo 3º os direitos constitucionais previstos no artigo 60º, nº 1.

### **2.2.2 Lei de Defesa do Consumidor e o Dano Não Patrimonial: Artigo 3º, Alínea f**

Embora a Lei nº 24/96 não tenha a amplitude de um Código do Consumidor<sup>34</sup>, estamos diante de uma *lei geral*, mais desenvolvida do que a primeira, e que “passa a ser a *trave-mestra* da política de consumo e o *quadro normativo* de referência no tocante aos direitos do consumidor e às instituições destinadas a promover e a tutelar esses direitos”, conforme sintetizado por Pinto Monteiro.<sup>35</sup>

Estabelece o artigo 3º:

“Art. 3º - O consumidor tem direito:

- a) à qualidade dos bens e serviços;
- b) à protecção da saúde e da segurança física;
- c) à formação e à educação para o consumo;
- c) à informação para o consumo;
- d) à protecção dos interesses económicos;

---

<sup>33</sup> MONTEIRO, António Pinto, “O Direito do Consumidor em Portugal”, **Revista Brasileira de Direito Comparado**... op. cit. p.133.

<sup>34</sup> Existe em Portugal, desde 1996, uma Comissão encarregada da elaboração de um Código do Consumidor, visando a reforma do Direito do Consumidor (António Pinto Monteiro, “O Direito do Consumidor em Portugal”... op. cit. p. 135).

<sup>35</sup> “O Direito do Consumidor em Portugal” ... op. cit.



e) **à prevenção e à reparação dos danos patrimoniais e não patrimoniais que resultem da ofensa de interesses ou direitos individuais homogêneos, colectivos ou difusos;**

f) *à protecção jurídica e a uma justiça acessível e pronta;*

g) *à participação, por via representativa, na definição legal ou administrativa dos seus direitos e interesses.*" (**grifamos**)

A *alínea f*, acima transcrita, consagra, a meu sentir, definitivamente, no *direito consumerista português*, a possibilidade da reparação do dano moral nas relações de consumo (tanto na responsabilidade contratual, como na extracontratual), colocando um ponto final na controvertida aplicação do artigo 496º do Código Civil<sup>36</sup> no âmbito da responsabilidade contratual<sup>37</sup>. E assim penso porque, o Estado, ao cumprir o imperativo constitucional de protecção do consumidor, estabeleceu na referida *alínea* a extensão e o alcance do conteúdo essencial do direito fundamental *à reparação de dano* (art. 60º, nº 1, *in fine*).<sup>38</sup>

Com efeito, a questão de saber se a reparação dos danos *não patrimoniais* circunscreve-se ao domínio da responsabilidade extracontratual, ou se abrange igualmente os danos *não patrimoniais* de índole contratual perde relevância prática no âmbito das relações de consumo, uma vez que a Lei de Defesa do Consumidor, como *lei geral*, consagra o direito ao ressarcimento das duas espécies de dano, consolidando o entendimento predominante na doutrina e jurisprudência portuguesa no sentido de considerar a reparação do dano moral um princípio geral.

---

<sup>36</sup> Artigo 496º, nº 1: "Na fixação da indemnização deve atender-se aos danos não patrimoniais que, pela sua gravidade, mereçam a tutela do direito".

<sup>37</sup> A posição predominante na doutrina e na jurisprudência é no sentido de admitir a reparação dos danos não patrimoniais de índole contratual, sustentando corretamente, no meu entendimento, que o artigo 496º se aplica por analogia à responsabilidade contratual, pois seria um princípio de alcance geral.

<sup>38</sup> Sobre a importância da protecção do consumidor ter assento constitucional, é oportuno citar uma decisão do Tribunal Constitucional, de 3 de Maio de 1990, que julgou inconstitucional a norma jurídica que fazia parte do estatuto dos Correios (CTT), segundo a qual "em relação aos utentes, a responsabilidade dos CTT não poderá abranger, em caso algum, lucros cessantes..." (nº 3 do art. 53º do anexo I ao Decreto-Lei nº 49.638, de 10 de novembro de 1969), sob o fundamento de que a referida norma violava o imperativo constitucional de protecção do consumidor onde se consagra o direito dos consumidores à reparação de danos. (*apud* António Pinto Monteiro, "O Direito do Consumidor em Portugal").

Com toda razão pondera João Calvão da Silva que: "...tendo em conta a tendência crescente para a unificação das duas espécies de responsabilidade, não descortinamos razões poderosas para não considerar a ressarcibilidade do dano não patrimonial um princípio geral aplicável também à responsabilidade contratual."

Nessa mesma linha, cabe citar o Decreto-lei nº 383/89, de 6 de Novembro, que transpõe a Diretiva nº 85/374/CEE do Conselho, de 25 de Julho de 1985, sobre a *Responsabilidade Civil do Produtor*, que reconheceu o direito à *reparação de dano não patrimonial* no âmbito dos danos ressarcíveis pelo produtor, para evitar que, neste domínio, se controvertesse a aplicação do disposto no artigo 496º do Código Civil.<sup>39</sup>

Cabe salientar que a orientação da Diretiva 374/85 da Comunidade Económica Europeia foi no sentido de delimitar as hipóteses que seriam consideradas *dano* para fins de sua aplicação, mas somente quanto aos danos patrimoniais, permitindo, porém, que os Estados-membros regulassem diversamente os danos *imateriais* (*não patrimoniais* ou *morais*), seguindo essa posição em virtude da forte pressão exercida pela Alemanha, onde predomina a tese da irressarcibilidade dos danos morais na responsabilidade pelo risco.<sup>40</sup>

O artigo 8º, nº 1, do Decreto-Lei nº 383/89 dispõe: "*São ressarcíveis os danos resultantes de morte ou lesão pessoal e os danos em coisa diversa do produto defeituoso, desde que seja normalmente destinada ao uso ou consumo privado e o lesado lhe tenha dado principalmente este destino.*"

---

<sup>39</sup> Cf. João Calvão da Silva, **Responsabilidade Civil do Produtor**, Coimbra, p. 678. O Autor esclarece ainda que a expressão dano não patrimonial é mais correta, porque, além do dano moral, derivado da ofensa da personalidade moral, abrange os sofrimentos físicos, os danos estéticos.

---

<sup>40</sup> O artigo 9º da Diretiva 374/85 da CEE está assim redigido: "Para os efeitos do artigo 1º, o termo 'dano' designa: a) O dano causado por morte ou por lesões corporais; b) O dano causado numa coisa ou a destruição de uma coisa, distinta do produto defeituoso, deduzida uma quantia de 500 ECUs, desde que essa coisa: i) seja de tipo normalmente destinado ao uso e consumo privados, e ii) Tenha sido utilizada pela vítima principalmente para seu uso ou consumo privado. O presente artigo não prejudica as disposições nacionais relativas aos danos imateriais." (apud Maria Afonso e Manuel Variz, **Da Responsabilidade Civil Decorrente de Produtos Defeituosos**, Coimbra Editora, 1991, p. 47).

A expressão utilizada pelo legislador referente aos danos resultantes de *lesão pessoal* abrange não só os danos provenientes de lesão física, como também (e neste aspecto com muita propriedade) os resultantes de qualquer lesão à integridade psíquica e mental, atendendo desta forma os *danos não patrimoniais* porventura causados pelo produto defeituoso.

Sobre o tema, sustenta Calvão da Silva<sup>41</sup> que: “no caso de morte ou lesão pessoal, são ressarcíveis todos os danos, sejam patrimoniais ou não patrimoniais, também chamados danos morais”. Ressalta ainda que o artigo 496º do Código Civil tem aplicação neste domínio, quer perante um terceiro, quer perante a parte contratante.

Essa opção do legislador português de reconhecer na responsabilidade civil do produtor a ressarcibilidade do *dano não patrimonial*, demonstra que o *direito consumerista português* já caminhava para unificação das responsabilidades contratual e extracontratual nas relações de consumo.

Ao abordar a questão da dicotomia entre os dois tipos de responsabilidade, na hipótese da responsabilidade do produtor, o mencionado Autor<sup>42</sup> assevera que: “essa unidade de fundamento da responsabilidade do produtor impõe-se, pois o fenómeno real dos danos dos produtos conexos ao desenvolvimento industrial é sempre o mesmo, o que torna injustificada a diferenciação ou discriminação normativa do lesado, credor contratual ou terceiro.”

De fato, a razão que levou o legislador português a consagrar o direito ao ressarcimento do *dano não patrimonial* na hipótese de responsabilidade pelo fato do produto, é a mesma reconhecida na Lei de Defesa do Consumidor, porque a diferenciação ou discriminação normativa do consumidor no âmbito da responsabilidade contratual ou extracontratual, é totalmente injustificável, tendo em vista a evolução legislativa na defesa de seus direitos.

Além do reconhecimento expresso do direito ao *dano não patrimonial* como direito básico ou fundamental do consumidor no artigo 3º, alínea f, a Lei nº 24/96 reafirma o direito ao *dano não patrimonial*

---

<sup>41</sup> **Compra e Venda de Coisas Defeituosas**, Almedina, Coimbra, 2002, p. 202.

<sup>42</sup> *Apud* DENARI Zelmo, **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor...** op. cit., p. 155.

na hipótese prevista no nº 4 do artigo 12º, a saber: “Sem prejuízo do disposto no número anterior, o consumidor tem direito à indemnização dos danos patrimoniais e não patrimoniais resultantes do fornecimento de bens ou prestações de serviços defeituosos”.

Por todas essas razões, tenho para mim que o *direito ao ressarcimento do dano moral* está definitivamente reconhecido no âmbito das relações de consumo pelo disposto no artigo 3º, alínea f, da Lei nº 24/96, não havendo mais lugar para a controvérsia a respeito da aplicação do artigo 496º do Código Civil, que será aplicado subsidiariamente para caracterização do dano e a fixação do montante da indenização devida, eis esta norma consagra um princípio de alcance geral, qual seja, estabelece um critério para a configuração do dano, na medida em que condiciona a sua reparação à gravidade da lesão, evitando a banalização e industrialização do *dano moral*.

Cabe ainda ressaltar que qualquer lei que vier a transpor para o direito interno português a correspondente diretiva da Comunidade Europeia na área do Direito do Consumo, terá que respeitar o direito à reparação dos danos *não patrimoniais (morais)* consagrados na *Lei Geral*, direito este que deverá ser mantido no futuro *Código do Consumidor Português*, ora em fase de elaboração, eis que decorre do imperativo constitucional de proteção do consumidor.<sup>43</sup>

---

<sup>43</sup> Nesse sentido, J. J. Canotilho / Vital Moreira: "...as leis que estabeleçam novos direitos, para além dos previstos na Constituição, são em certo sentido leis reforçadas, visto que não podem ser livremente derogadas por outras leis. É certo que, diversamente do que sucede com os direitos fundamentais com assento constitucional (que, como se viu, só podem ser restringidos nos casos previstos na Constituição), os direitos com assento legal não gozam desse privilégio, podendo por isso vir a ser objeto de restrição ulterior por nova lei. Mas, tal como os direitos de origem constitucional, os direitos com assento apenas legal só podem ser restringidos ou sacrificados por mor de outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos e isso apenas na medida necessária para o efeito (cfr. art. 18º-2, 2ª parte: princípio da proporcionalidade). Isto equivale a dizer que os direitos com assento legal também gozam de um privilégio da proibição do retrocesso, não podem ser restringidos, e muito menos revogados, de forma arbitrária, mas apenas quando tal se justifique e de forma proporcionada". Prossegue o eminente professor: "O que se diz para os direitos com assento exclusivamente legislativo vale por maioria de razão para os casos das leis que ampliam o âmbito de proteção de um direito constitucional (v. g. a lei que admite a constituição de comissões de trabalhadores na função pública) ou que concretizam um direito constitucional quando a Constituição devolve para a lei a sua delimitação (v. g. o reconhecimento da ação popular no âmbito da administração local, previsto no Cód. Administrativo)" (**Constituição da República Portuguesa...** op. cit. p. 143).

### 3. O DANO COMO FOCO DA QUESTÃO

#### 3.1 O DANO MORAL

Antes de iniciar este tópico, convém esclarecer a opção pela expressão *dano moral*. Embora reconheça que a expressão *dano não patrimonial* seja mais abrangente, optei pela utilização de *dano moral* porque é a designação consagrada na literatura jurídica, além de ser a expressão adotada no direito brasileiro.

O princípio da reparabilidade dos danos morais vem sendo consagrado paulatinamente pela maioria dos países, variando suas legislações quanto à amplitude que lhe conferem. Porém, impende seja feita uma análise, ainda que de forma sucinta, da sua evolução histórica, sua natureza e seus fundamentos, os pressupostos para sua configuração, a fim de possibilitar a identificação do dano moral nas relações de consumo.

Um dos requisitos essenciais da responsabilidade civil é a existência de dano, que pode ser dividido em duas categorias, *dano patrimonial*, que importa no prejuízo econômico, e *dano não patrimonial* ou *moral*, que é o sofrimento psíquico, a dor, a angústia infligida ao ofendido.

Muitos autores conceituam o dano moral através da comparação negativa ao dano patrimonial, referindo Aguiar Dias<sup>44</sup> que: “quando ao dano não correspondem as características do *dano patrimonial*, estamos na presença de dano moral”. Sustenta referido Autor que a distinção entre as duas categorias não decorre da natureza do direito, bem ou interesse lesado, mas sim da natureza do próprio dano, das suas consequências sobre a vítima.<sup>45</sup>

Discordando dessa posição e sustentando que o patrimônio do lesado não se circunscreve ao seu caráter econômico, Yussef Said Cahali<sup>46</sup> caracteriza o dano moral “como a privação ou diminuição daqueles bens que têm um valor precípuo na vida do homem e que são a paz, a tranqüilidade de espírito, a liberdade individual, a integridade individual, a integridade física, a honra e os demais sagrados afetos”; classificando-se, desse modo, em dano que afeta a ‘parte social do

---

<sup>44</sup> **Da Responsabilidade Civil**, Vol. II, Rio de Janeiro, Forense, 1995, p. 729.

<sup>45</sup> No mesmo sentido, Pinto Monteiro “Apelidam-se de não patrimoniais os danos não susceptíveis de uma avaliação pecuniária, em dinheiro” (“Sobre a Reparação do Dano Moral”, **Revista Portuguesa do Dano Corporal**, setembro 1992, n. 1, 1º Ano, p. 17/25).

<sup>46</sup> **Dano Moral**, op. cit., p. 20.

patrimônio moral' (honra, reputação etc.) e dano que molesta a 'parte afetiva do patrimônio moral' (dor, tristeza, saudade etc.); dano moral que provoca direta ou indiretamente dano patrimonial (cicatriz deformante etc.) e o dano moral puro (dor, tristeza etc.)".

De qualquer forma, quando se fala em dano moral, deve-se ter em mente que o essencial para sua caracterização é a ofensa a um direito, bem ou interesse, sem prejuízo material, que tenha repercussão na esfera dos direitos da personalidade da vítima (honra, liberdade, saúde, integridade psíquica, causando dor, tristeza, vexame, imagem, bom nome, privacidade, etc.).

Num primeiro momento, negava-se ressarcibilidade ao dano moral, pela relutância natural em admitir um preço para dor, pela incerteza da existência do dano e, principalmente, pela impossibilidade de sua avaliação em dinheiro.

Tais argumentos foram aos poucos afastados, sustentando os defensores da tese positivista que o dano moral não poderia ser negado, eis que negar a existência do dano seria negar o próprio direito à personalidade do ser humano, não podendo conformar-se a ordem jurídica em que sejam impunemente atingidos<sup>47</sup>. A falta de critérios econômicos para avaliar o dano não apaga a realidade de sua existência, e, por conseguinte, não dispensa da obrigação de indenizar.

Com efeito, a impossibilidade de avaliação em dinheiro, não poderia servir de obstáculo para a reparação do dano moral. Seria mais imoral a posição que pretendia negar a reparação, sob o argumento da natureza não patrimonial dos danos, pois que essa atitude levaria a que a vítima sofresse o dano, ficando sem qualquer indenização, beneficiando, dessa forma, o autor da ofensa, que não suportaria qualquer custo pelo dano causado.

Por tais razões, hoje predomina a idéia de que para o conceito ressarcitório do dano moral se convergem duas forças: o *caráter punitivo* para que o causador do dano seja punido pela ofensa praticada (uma espécie de *pena privada*); e o *caráter compensatório* para a vítima, que receberá uma quantia pela ofensa que sofreu. Em outras palavras, a indenização dos danos morais visa, simultaneamente, a compensar o lesado e sancionar o lesante.

---

<sup>47</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva, **Responsabilidade Civil...**, op. cit., 54.

Mais recentemente, vem crescendo o entendimento segundo o qual no ressarcimento do dano moral deve prevalecer o caráter *punitivo*, assumindo a natureza de *pena privativa* em benefício da vítima, impondo ao ofensor uma sanção para não passar impune o ato ilícito e para desestimular novas agressões<sup>48</sup>. Neste contexto, a *pena* se justificaria especialmente no domínio e para tutela dos direitos de personalidade. De fato, a íntima relação entre os direitos da personalidade e a responsabilidade civil por danos de natureza moral é tão grande que se pode afirmar que a responsabilização contribui como meio para a efetivação dos referidos direitos.

Da mesma forma, no que concerne ao Direito do Consumidor, a *responsabilização pelo dano moral* também contribui como meio de efetivação dos seus direitos. É no campo da reparação de danos patrimoniais e morais que se verifica a forma de controle de práticas comerciais abusivas, dando ao consumidor condições de exigir dos fornecedores uma conduta compatível com a lealdade e a confiança que a relação impõe.

Nesse sentido, a nova concepção social do contrato traz como paradigma, o *princípio da boa-fé objetiva*, princípio este que deve reger toda e qualquer relação jurídica, designadamente as relações de consumo, tendo como função, além de outras<sup>49</sup>, a função criadora, como fonte de novos deveres de conduta anexos aos deveres de prestação contratual. Esses *deveres anexos* pressupõem o *dever de informar, de cuidado e de cooperação*.

Trata-se dos conhecidos *deveres laterais*, sendo os danos causados pela violação desses deveres indenizáveis em sede de responsabili-

---

<sup>48</sup> Esse entendimento entre nós é defendido por Letícia de Faria Sardas, Dano patrimonial e dano moral, Livro de Estudos Jurídicos 6/25: "O Direito exerce uma função protetora através de penas e de reparações, determinando a conduta que deve ser observada e impondo sanções aos que infringirem as normas legais. A pessoa física, assim como a pessoa jurídica, enfeixa uma série de direitos, fazendo jus à proteção outorgada pela norma jurídica. A violação de qualquer um desses direitos traz como consequência a aplicação de uma pena, que é um dos meios utilizados pelo direito para o cumprimento de sua função tutelar. As penas são características do Direito Penal, enquanto, no Direito Privado, a reparação, em matéria de dano, é o meio pelo qual a tutela é prestada, na defesa de direitos violados" (*apud*, Yussef Said Cahali, **Dano Moral ...**, op. cit. p. 35, nota 46).

<sup>49</sup> Cláudia Lima Marques observa que o princípio da boa-fé objetiva na formação e na execução do contrato possui três principais funções: 1) como fonte de novos deveres especiais de conduta, 2) como cláusula limitadora do exercício dos direitos subjetivos e 3) na interpretação do contrato (Contratos no Código de Defesa do Consumidor, cit., p. 180).

dade contratual, por se tratar de deveres indispensáveis para cabal realização do fim contratual.

Assim, estando em causa uma ofensa ilícita a direitos de personalidade (a vida, integridade física e psíquica, a honra, o bom nome e reputação, etc.), a reparação dos danos morais é indiscutível por se tratar de ato ilícito (violação de direitos absolutos), pouco importando que a lesão se verifique na fase pré-contratual, no cumprimento do contrato, ou até mesmo na fase pós-contratual.

Dos *deveres anexos*, o dever de informar é o mais conhecido, estando presente em todas as fases da relação contratual, acompanhando-a do nascimento à extinção. Na fase pré-contratual, fase das tratativas, da oferta do produto ou serviço, da publicidade, as *informações* são fundamentais para a escolha do consumidor, não podendo haver indução em erro, dolo ou falha na informação por parte do fornecedor.

Com efeito, a informação publicitária e as práticas comerciais<sup>50</sup> devem respeitar os direitos básicos de transparência e boa-fé nas relações de consumo, impondo, além das sanções administrativas e penais pela violação desses *deveres laterais*, o ressarcimento por eventuais danos, notadamente os *danos morais*.

Durante o cumprimento do contrato, principalmente nos contratos cativos de longa duração, como nos contratos bancários e de cartão de crédito, os fornecedores devem cumprir o dever de informar, em atenção aos *deveres anexos* de cuidado e de cooperação.

Igualmente, presente o dever de informar na fase pós-contratual<sup>51</sup>, considerando os riscos descobertos depois de concluído o contrato, como é o caso do *recall*<sup>52</sup>. Também, no caso de cobrança de dívidas através de bancos de dados, é dever do fornecedor manter o consumidor informado da eventual abertura de cadastro, ficha, registro e dados

---

<sup>50</sup> Práticas comerciais seriam: "os procedimentos, mecanismos, métodos e técnicas utilizados pelos fornecedores para, mesmo indiretamente, fomentar, manter, desenvolver e garantir a circulação de seus produtos e serviços até o seu destinatário final", conforme ensina Bejamin, **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor**, op. cit. p. 137.

<sup>51</sup> "A tese, denominada culpa pos factum finitum, é oriunda da doutrina alemã, que tem encontrado respaldo jurisprudencial", Nelson Nery Junior, **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor...** op. cit. p. 480.

<sup>52</sup> Obrigação imposta pelo art. 10º do Código de Defesa do Consumidor Brasileiro.



peçoais e de consumo, abrindo para o consumidor a possibilidade de retificar ou ratificar o registro feito.<sup>53</sup>

Com relação a divulgação de informação depreciativa sobre o consumidor, como por exemplo nos bancos de dados, as hipóteses de danos morais são inúmeras, eis que a utilização, por vezes, maliciosa, outras vezes, negligentes destes bancos de dados por fornecedores estão causando grandes e reiterados danos aos consumidores, havendo vasta jurisprudência nos tribunais brasileiros sobre a matéria.

Por aí se vê a impossibilidade de se relacionarem, de maneira exaustiva, todas as hipóteses de danos morais nas relações de consumo, mormente tendo em consideração os avanços tecnológicos e o surgimento de novas formas de relacionamento social, que acabam por gerar novas espécies de danos.

Isso leva à conclusão de que na apreciação da hipótese em julgamento, bem como na eventual fixação do montante da indenização do dano moral, deve o juiz atentar para que a *aplicação da lei consumerista* seja de tal ordem que modifique as práticas hoje existentes no mercado. Cláudia Lima Marques sintetiza com propriedade essa preocupação, asseverando que: “De nada vale a lei (*law in the books*), se não tem efeitos práticos na vida dos consumidores (*law in action*) e no reequilíbrio de situações de poder (*Machtpositionen*) e relações desequilibradas e mesmo ilícitas. A função satisfativa das perdas e danos civis, mesmo que não punitivas, é uma realidade no sistema do CDC (art.6º, VI) ... **Os danos materiais e morais sofridos pelo consumidor individual, porém, devem ser todos ressarcidos, pois indenizar pela metade seria afirmar que o consumidor deve suportar parte do dano e autorizar a prática danosa dos fornecedores perante os consumidores**” (grifamos).<sup>54</sup>

Todavia, não é qualquer lesão que configura o *dano moral* passível de reparação, “há de medir-se por um padrão objetivo (conquanto a apreciação deva ter em linha de conta as circunstâncias de cada caso), e não à luz de fatores subjetivos (de uma sensibilidade particularmente embotada ou especialmente requintada). Por outro lado, a gravi-

---

<sup>53</sup> Artigo 43 do Código de Defesa do Consumidor Brasileiro.

<sup>54</sup> **Contratos no Código de Defesa do Consumidor...**, op. cit. p. 695.

dade apreciar-se-á em função da tutela do direito: o dano deve ser de tal modo grave que justifique a concessão de uma satisfação de ordem pecuniária ao lesado”, conforme pondera Antunes Varela<sup>55</sup> (**Das Obrigações em Geral**, 8ª ed., Coimbra, Almedina, p. 617).

Nessa linha de entendimento, os simples incômodos ou as meras contrariedades não serão, em regra, suficientes para justificar uma indenização, só devendo ser considerado como dano moral “a dor, vexame, sofrimento ou humilhação que, fugindo à normalidade, interfira intensamente no comportamento psicológico do indivíduo, causando-lhe aflições, angústia e desequilíbrio em seu bem-estar”, sempre tendo como “paradigma o cidadão que se coloca a igual distância do homem frio, insensato, e o homem de extremada sensibilidade”.<sup>56</sup>

Não será a simples falta de cumprimento do contrato de consumo que, por si só, poderá ensejar a indenização dos danos morais, mas somente “quando a especial natureza da prestação o exija, ou quando as circunstâncias que acompanharam a violação do contrato hajam contribuído decisivamente para uma grave lesão susceptível de causar, segundo a experiência da vida, danos não patrimoniais mercedores de tutela jurídica.”<sup>57</sup>

Já está superada a questão que envolvia a necessidade de demonstração do efetivo dano moral experimentado, bastando a prova do ato ilícito e a sua potencialidade danosa aos direitos inerentes à personalidade. Em outras palavras, o dano moral está insito na própria ofensa, decorre da gravidade do ilícito em si. São situações em que o dano é evidente, como por exemplo a morte de um filho, a divulgação equivocada da inadimplência do consumidor, a deformidade permanente (dano estético) em decorrência de acidente de consumo, o não cumprimento da oferta, etc.

A indenização, quando configurado o dano moral, tem como escopo dar uma compensação ou satisfação ao lesado pelos danos sofridos, além do caráter punitivo, destinado a desestimular a reiteração da infração.

---

<sup>55</sup> Apud, Sérgio Cavalieri Filho, **Programa de Responsabilidade Civil...**, op. cit. p. 77/78.

<sup>56</sup> Cavalieri Filho, Sérgio - **Programa de Responsabilidade Civil**, 2ª Edição, Malheiros Editores, São Paulo, 1997.

<sup>57</sup> MONTEIRO, António Pinto Monteiro, **Sobre a Reparação dos Danos Morais...** op. cit. p.24

Nessa linha de princípio, entendo que, na reparação do dano moral oriundo das relações de consumo, deve prevalecer o caráter punitivo, devendo o magistrado na fixação do montante da indenização, atentar para que a aplicação da lei consumerista seja de tal ordem que modifique as práticas abusivas hoje existentes no mercado. Não se pode negar que, no mercado de consumo, a sanção pecuniária exemplar é o meio mais eficiente de se induzir o comportamento adequado dos fornecedores.

### **3.2. VISÃO JURISPRUDENCIAL BRASILEIRA**

Em face da extensa jurisprudência acerca da reparação dos danos morais nas relações de consumo, optei por selecionar dois acórdãos que servirão para demonstrar as considerações deduzidas no presente trabalho.

a) O primeiro caso foi apreciado pelo Superior Tribunal de Justiça, em Recurso Especial nº 165.727 – DF (4º Turma): Erivan da Silva Raposo ajuizou ação de indenização por danos morais, contra Losango Promotora de Vendas Ltda., sob a alegação de que teve seu nome indevidamente inscrito pela empresa Ré no Serviço de Proteção ao Crédito, recebendo a pretensão o julgamento de improcedência, sentença confirmada no segundo grau. A 4ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, adotando entendimento uniforme daquela Corte, no sentido de ser obrigatória a comunicação prévia do consumidor de sua inscrição no cadastro de proteção ao crédito, tendo-se, na ausência dessa comunicação, por reparável o dano moral oriundo da indevida inclusão, deu provimento ao Recurso Especial, condenando a Ré ao pagamento de indenização a título de dano moral, no valor de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), incidindo correção monetária e juros. A ementa é do seguinte teor:

*“DIREITO DO CONSUMIDOR. INSCRIÇÃO INDEVIDA NO SPC. FURTO DO CARTÃO DE CRÉDITO. DANO MORAL. PROVA. DESNECESSIDADE. COMUNICAÇÃO AO CONSUMIDOR DE SUA INSCRIÇÃO. OBRIGATORIEDADE. LEI 8.078/90, ART. 43, § 2º. DOCTRINA. INDENIZAÇÃO DEVIDA. FIXAÇÃO. PRECEDENTES. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.*

*l – Nos termos da jurisprudência da Turma, em se tratando de indenização decorrente da inscrição irregular no cadastro de inadimplentes, “a exigência de prova de dano moral (extrapatrimonial) se satisfaz com a demonstração da existência da inscrição irregular” nesse cadastro.*

II – De acordo com o artigo 43, § 2º do Código de Defesa do Consumidor, e com a doutrina, obrigatória é a comunicação ao consumidor de sua inscrição no cadastro de proteção de crédito, sendo, na ausência dessa comunicação, reparável o dano oriundo da inscrição indevida.

III – É de todo recomendável, aliás, que a comunicação seja realizada antes mesmo da inscrição do consumidor no cadastro de inadimplentes, a fim de evitar possíveis erros, como o ocorrido no caso. Assim agindo, estará a empresa tomando as precauções para escapar de futura responsabilidade.

VI – Não se caracteriza o dissídio quando os arestos em cotejo não se ajustam em diversidade de teses.”

A solução ali alcançada procedeu ao enquadramento teórico respeitante à natureza e conteúdo do direito ao bom nome e reputação, no contexto da tutela geral dos direitos do consumidor, fazendo o estudo doutrinário e legal da matéria em exame.

Com acerto, a Turma Julgadora reconheceu como prática abusiva a falta de comunicação ao consumidor da inscrição de seu nome no cadastro de proteção do crédito. No caso, admitiu-se, corretamente, a existência do dano moral pela simples demonstração da inscrição irregular.

b) O segundo caso a ser citado é o Recurso Especial nº 373.219 – RJ, julgado pelo Superior Tribunal de Justiça, em 28 de maio de 2002, e se refere também a uma Ação de Indenização por Dano Moral, proposta por Guilherme Frederico Piclum contra Banco do Estado de Minas Gerais S/A – BENGGE.

O Autor, com arrimo na obrigação legal do fornecedor de comunicar ao consumidor qualquer registro no banco de dados (art. 43, § 2º, do CDC), pretendia a indenização por dano moral decorrente da inclusão indevida de seu nome no cadastro de proteção ao crédito, sem a prévia comunicação.

Na primeira instância, o Autor teve o pedido de dano moral negado, mantendo o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro a sentença proferida, conforme se verifica da ementa do acórdão:

*“Apelação cível. Ação de responsabilidade Civil. Aval. Inadimplência do devedor. Inclusão do nome do avalista no SERASA. Notificação prévia. Desnecessidade. Devedor solidário. Ausência de dano moral.*

*Estando o devedor, em favor de quem o avalista prestou aval em contrato firmado por instrumento particular de confissão de dívida, inadimplente, são lícitas as providências adotadas pelo banco em razão da existência desse débito e levadas a efeito, especialmente a inclusão do nome do avalista em cadastro restritivo de crédito, não revelando conduta ilícita, mas sim, atos praticados no exercício regular de um direito. Recurso desprovido”.*

Contudo, em que pese o reconhecimento do débito do devedor principal, a decisão do segundo grau deixou de considerar a falta de comunicação prévia do devedor, obrigação estabelecida no Código de Defesa do Consumidor, com o propósito de evitar abusos por parte dos fornecedores nas cobranças de dívidas.

Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça, entendendo ser essencial a comunicação do devedor antes mesmo da inscrição no cadastro de inadimplentes, a fim de evitar possíveis erros, entendimento, aliás, adotado em várias outras decisões, deu provimento ao Recurso Especial, condenando o Banco Réu a pagar indenização ao Autor a título de dano moral, fixando o montante em R\$ 10.000,00 (dez mil reais), em acórdão assim ementado:

*“DIREITO DO CONSUMIDOR. SERASA. INSCRIÇÃO DO NOME DO DEVEDOR.COMUNICAÇÃO PRÉVIA. NECESSIDADE. ART. 43, § 2º, CDC. DANO MORAL. CARACTERIZADO. RECURSO PROVIDO.*

*I – A inscrição do nome do devedor no cadastro do Serasa deve ser precedida da comunicação exigida no art. 43, § 2º do Código de Defesa do Consumidor.*

*II – O interstício de mais de dois anos entre a inscrição do nome no Serasa e a posterior notificação judicial ao devedor, além de não ser razoável, não afasta o constrangimento que advém da inscrição, notadamente se esta for indevida, tornando cabível a indenização por dano moral.”*

Inúmeras são as decisões a respeito da obrigatoriedade de cumprimento dos deveres impostos pelo Código de Defesa do Consumidor, como o dever de informar, de tratar com cuidado os dados incluídos nos bancos, de notificar o consumidor para que possa retificá-los, se for o caso. Isto demonstra que essa prática comercial abusiva fere o princí-

pio legal da boa-fé, obrigatória em todas as relações contratuais, especialmente nas relações do consumidor, e que a responsabilização dos agentes econômicos pelos danos morais oriundos dessa prática pode contribuir para que haja uma modificação do mercado.

### 3.3. VISÃO JURISPRUDENCIAL PORTUGUESA

A jurisprudência portuguesa sobre ressarcimento do *dano não patrimonial ou moral* em sede da responsabilidade contratual nas relações de consumo não é muito extensa, e nos poucos acórdãos encontrados não há aplicação da nova Lei de Defesa do Consumidor, pois são anteriores a sua publicação, havendo a aplicação por analogia do artigo 496º do Código Civil. Mas, de qualquer forma, o reconhecimento do dano moral de índole contratual é pacífico.

a) O Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 21 de Março de 1995, proferido no Recurso de Revista nº 6873/94, confirmou a decisão do Tribunal da Relação de Lisboa que condenou a Ré a pagar aos Autores indenização pelos *danos patrimoniais e não patrimoniais* sofridos em decorrência do não cumprimento de contrato de compra e venda de parcela de terreno, por culpa da Ré, aplicando o artigo 496º do Código Civil. O sumário é do seguinte teor:

*“I – É hoje princípio geral de direito comunitário a ressarcibilidade do dano não patrimonial em sede obrigacional.*

*II – Será abusivo o comportamento que pretende ser exercício de um direito quando – não constituindo tal exercício mesmo em abstracto, uma vantagem objectiva – se revela resultar dele, em concreto, uma desvantagem para terceiro.”*

Verifica-se pelo exame do acórdão em foco que o ressarcimento do dano moral em sede obrigacional é entendimento majoritário na doutrina e jurisprudência portuguesa.

b) O segundo caso foi apreciado pelo Tribunal da Relação de Lisboa, em 14 de Dezembro de 1993 – Recurso de Apelação nº 7363/903, e refere-se a ação declarativa de condenação, proposta por (A), contra SCCI – Serviços de Controlo de Crédito e Informações LDA, alegando que a empresa Ré incluiu indevidamente o seu nome em uma lista de nomes de pessoas *que haviam emitidos cheques sem provisão*. Pleiteou a condenação da Ré em retirar o seu nome da tal

lista, com o desmentido formal da imputação resultante da inclusão do nome na referida lista. Requereu, ainda, a indenização por danos morais. O pedido foi parcialmente acolhido no primeiro grau, com a condenação da Ré ao pagamento de indenização por danos morais no valor de Esc. 600000 escudos, bem como a dar pública explicação junto aos clientes sobre o motivo da inclusão do nome do Autor nas listas que edita. Tal decisão foi confirmada pelo segundo grau, que concluiu, assim, o seu julgamento com o seguinte Sumário:

*I – As respostas aos quesitos podem ser restritivas ou explicativas, desde que se mantenham dentro da matéria articulada.*

*II – Se se deu como provado algo não alegado nem quesitado, a resposta é excessiva, devendo, por aplicação analógica do artigo 646, nº 4, do CPC, ter-se por não escrita.*

*III – Uma das modalidades que a ilicitude, (pressuposto da responsabilidade civil) pode revestir é a violação de um direito subjectivo e a violação dos direitos de personalidade absoluta, esta abrangida no nº 1 do artigo 483 do Código Civil.*

*IV – Em relação ao direito da honra e do bom nome, impõe-se uma actuação cuidadosa no tratamento da difusão e publicitação de informação.*

*V – É responsável por ofensa ao bom nome uma empresa que faz circular por estabelecimentos comerciais aderentes a informação de que determinada pessoa sacou cheques não pagos, quando nem foi essa pessoa que sacou os cheques, nem eles foram recusados por falta de provisão, mas, por serem dados como extravios.*

*VI – Se não tivesse havido tal conduta culposa dessa empresa não teria o autor sofrido o vexame e a humilhação de lhe ser vedado o pagamento por cheque”.*

#### **4. CONCLUSÃO**

Para concluir, acredito poder afirmar que tanto o Código de Defesa do Consumidor Brasileiro (artigo 6º, inciso VI) como a Lei de Defesa do Consumidor Portuguesa (artigo 3º, alínea f) consagra como direi-

to básico e fundamental do consumidor o direito à efetiva reparação de *danos morais ou não patrimoniais*, tornando a responsabilização dos fornecedores num importante meio de garantia de seus direitos.

Tenho para mim que é no campo da responsabilidade civil dos fornecedores que se verifica a forma de controle de práticas comerciais abusivas, dando ao consumidor condições de exigir dos fornecedores uma conduta compatível com a lealdade e a confiança que a relação impõe.

Portanto, o *direito à reparação de danos morais nas relações de consumo* deve merecer da doutrina e da jurisprudência tratamento adequado e compatível com a importância que este direito representa. ◆



# A Coisa Julgada nas Ações Coletivas

**LUCIANA DE OLIVEIRA LEAL**

*Juíza de Direito do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro*

*Mestranda em “Justiça e Cidadania” pela Universidade Gama Filho*

## 1) INTRODUÇÃO

A complexidade das relações sociais, que se massificaram, e o surgimento da consciência de existirem direitos e interesses de alcance coletivo, diversos dos direitos individuais legalmente tutelados, levaram à criação e ao desenvolvimento concomitantes de meios processuais de tutela destes direitos.

O Código de Processo Civil Brasileiro, de 1973, regula o processo minuciosamente, todavia de modo compatível com o direito individual, e portanto incompatível com o tratamento coletivo da matéria. O processo coletivo começou a se delinear por legislação esparsa, associada a cada tipo de procedimento que se construía. Assim foram a Lei da Ação Civil Pública, da Ação Popular, e outras, que não trataram de modo uniforme a questão, mas tão-somente regularam o procedimento a ser seguido naqueles casos específicos aos quais se aplicavam.

A sistematização maior da matéria veio com o Código de Defesa do Consumidor, que por dispositivos seus integrou a sistemática da ação civil pública à sua, criando um verdadeiro sistema de ações coletivas em sentido lato.

E uma das questões de maior relevo pertinentes ao tema é a referente à formação da coisa julgada e sua extensão. Pois por se tratar de direitos sem titular individualizado, cuja representação processual tem aspectos próprios, a aplicação pura e simples das normas do Código de Processo Civil, adequadas ao processo individual, não se mostra adequada aos direitos que são objeto de tutela, com riscos extremos a estes, dada a amplitude de que se revestem.

Neste contexto é que se insere o tema em estudo, da coisa julgada nas ações coletivas, por seu tratamento legal específico e diferenciado, decorrente da própria natureza dos direitos tutelados, assim como da dimensão que assumem, e da gravidade de suas conseqüências.

## 2) A COISA JULGADA

### 2.1 Conceito e Evolução

Enrico Túlio Liebman define a coisa julgada como “a imutabilidade do comando emergente da sentença [...] uma qualidade, mais intensa e mais profunda, que reveste o ato também em seu conteúdo e torna assim imutáveis, além do ato em sua existência formal, os efeitos, quaisquer que sejam, do próprio ato”.<sup>1</sup>

A teoria da coisa julgada proposta por Liebman foi acolhida no Direito Pátrio pelo Código de Processo Civil de 1973. Todavia, outras teorias precedentes tentaram explicar o fenômeno, cuja evolução levou ao posicionamento atual.

No Direito Romano Clássico, a sentença era fonte de direito novo, em razão da consumação da *actio*, sem a qual inexistia o próprio direito material em questão. Assim, a coisa julgada era efeito da sentença, ou, mais propriamente, seu único efeito. A sentença sequer declarava o direito no caso concreto, pois o criava. Ou haveria a imposição de uma obrigação ou a liberação da obrigação, e a impossibilidade de nova ação decorria logicamente desta circunstância. Na ausência de um sistema recursal, a imutabilidade se verificava tão logo fosse proferida a sentença. Seu sentido era o de dar solução definitiva e indiscutível à relação controvertida.

Com Justiniano, passou-se a distinguir os efeitos da sentença de sua autoridade. Porém, fazia-se, e ainda por muito tempo se fez, a identificação da coisa julgada com a declaração do direito no caso concreto, contida na sentença.

A doutrina avançou no estudo dos efeitos da sentença, classificando-os, e passou-se a identificar a coisa julgada com o efeito declaratório da sentença. Seria, portanto, a presunção de veracidade do direito nela declarado.

Chiovenda quis desvincular a coisa julgada do processo, vendo nela seu caráter imperativo, como efeito de ato de vontade emanado do Estado (sentença), que produz certeza sobre o direito em apreciação.

Liebman bem equacionou a questão: “Uma coisa é distinguir os efeitos da sentença segundo sua natureza declaratória ou constitutiva,

---

<sup>1</sup> LIEBMAN, Enrico Tullio. **Eficácia e Autoridade da Sentença**. Forense, 3ª ed., Rio de Janeiro, p.54.

*outra é verificar se eles se produzem de modo mais ou menos perene e imutável. De fato, todos os efeitos possíveis da sentença (declaratório, constitutivo, executório) podem, de igual modo, imaginar-se, pelo menos em sentido puramente hipotético, produzidos independentemente da autoridade da coisa julgada, sem que por isso lhe desnature a essência. A coisa julgada é qualquer coisa mais que se ajunte para aumentar-lhes a estabilidade, e isso vale igualmente para todos os efeitos possíveis das sentenças”.*<sup>2</sup>

Adota-se, portanto, o conceito de coisa julgada formulado por Liebman.

A coisa julgada assume ainda dois aspectos:

I) o formal, que é a imutabilidade da sentença como ato processual, interna no processo e conseqüência da preclusão da via recursal (perda da faculdade processual de recorrer).

II) o material, que é a imutabilidade dos efeitos da sentença, estendida para além do processo, e que afeta apenas as sentenças de mérito (ou seja, que decidem sobre a relação jurídica material objeto do processo).

O fundamento da coisa julgada, como imutabilidade da sentença e de seus efeitos, é exatamente a segurança nas relações jurídicas, com conseqüente pacificação social. Entre os valores *certeza* e *segurança*, trata-se de opção legislativa o prestígio dado a um ou a outro. Se os recursos primam pela certeza, a coisa julgada garante a segurança. Daí o seu fundamento, não só jurídico, mas político, e o que justifica sua imposição (a extinção da controvérsia, e assim do litígio, de modo a preservar ou restabelecer a paz social).

## **2.2 LIMITES OBJETIVOS E SUBJETIVOS**

A coisa julgada, como imutabilidade dos efeitos da sentença, tem limites objetivos e subjetivos. Os primeiros se referem à matéria sobre a qual irá incidir. Os segundos estabelecem que pessoas serão afetadas, ou seja, submetidas à imutabilidade da sentença.

Objetivamente, a sentença apenas se revestirá da autoridade da coisa julgada em sua parte dispositiva. A plena delimitação da incidência, contudo, depende da apreciação da motivação dada para a decisão, pois por meio dela será possível delimitar o objeto do processo e, portanto, dos efeitos da sentença.

---

<sup>2</sup> Op.cit. p.19/20.

Certo é que fica limitada aos pedidos da parte, independentemente da amplitude dada às discussões, argumentos e defesas sobre aqueles ou questões afins.

Parece correto afirmar que os motivos da decisão têm relevância apenas na medida em que delimitam o alcance do provimento dado e expõem, analiticamente, a causa de pedir, também a delimitando. A partir desta análise é que será possível verificar a tríplice identidade (partes, pedido e causa de pedir) que caracteriza ações idênticas, dando ensejo à apreciação da preliminar de coisa julgada.

O art. 472 do Código de Processo Civil brasileiro estabelece que *“a sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, não beneficiando, nem prejudicando terceiros (...)”*.

Assim, a regra é que a imutabilidade da sentença e de seus efeitos apenas atinge as partes do processo no qual a decisão foi prolatada. Isto não impede, porém, que os efeitos da sentença se produzam, também, perante terceiros (pois como já visto acima, a imutabilidade – coisa julgada – e os efeitos da sentença não se confundem). O que prevalece é o princípio da relatividade. Contudo, em diversas circunstâncias é necessário que haja a extensão a terceiros. Por exemplo, nas ações de estado, em que este deve ser permanente e o mesmo perante todos<sup>3</sup>.

O importante, para que seja possível a referida extensão, é que haja aos terceiros interessados meios de afastar a coisa julgada, ou de se excluir da incidência do julgado. Trata-se de discussão doutrinária e jurisprudencial hoje relevante a questão da garantia do contraditório e da ampla defesa a terceiros que tenham interesse jurídico, em razão de estarem suscetíveis de serem afetados em suas esferas jurídicas pelo direito declarado em sentença, proferida em processo do qual em princípio não participam.<sup>4</sup>

Ressalte-se apenas que a coisa julgada, tal como até aqui explicada, tão-somente se refere às lides individuais, e não às coletivas, que envol-

---

<sup>3</sup> Uma pessoa não pode ser, p.ex. solteira para determinados fins e casada para outros. Se é casada, o será para tudo e perante todos. O mesmo se diga em relação à filiação, capacidade, e tudo o mais que integra o estado de um indivíduo.

<sup>4</sup> Observe-se que a questão está longe de ser pacificada, e na atualidade é objeto de diversos estudos, em diversos ordenamentos jurídicos. Historicamente, há várias figuras distintas, criadas com o evoluir do direito, como a do legítimo contraditor e a classificação dos terceiros segundo a natureza do interesse que detenham. Todavia, por não ser esse o objeto do estudo, delimita-se a explanação ao estritamente necessário para a compreensão básica da matéria. V. a respeito, Liebman, *op.cit.*, p.79 e ss, e Nicolò Trocker, "I Limite Soggettivi Del giudicato tra tecniche di tutela sostanziale e garanzie di difesa processuale (*profili dell'esperienzatedesca*)", *Rivista di Diritto Processuale*, v. XLIII, ano 1988, p. 35/95, Padova.

vem direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos. Nestas, a coisa julgada ocorre *secundum eventum litis*, e será de regra *erga omnes*.

### 3) AÇÕES COLETIVAS

#### 3.1. Conceito

○ processo civil, originariamente, surgiu com a finalidade de instrumentalizar a solução dos conflitos individuais de interesses. Ou seja, conflitos em que os interesses tutelados se restringem à esfera jurídica dos litigantes, sem que afetem outros titulares do mesmo interesse objeto da lide. Não havia a noção de interesse coletivo, e, portanto, não havia correspondente processo coletivo. Não havia a consciência da coletividade como titular de direitos ou interesses jurídicos.

○ desenvolvimento desta categoria de direitos se iniciou no contexto do surgimento dos direitos fundamentais de segunda geração, que começaram a ter previsão constitucional na primeira metade do século XX. Após período de baixa normatividade, hoje os direitos coletivos são reconhecidos, estudados e praticados.

Do desenvolvimento dos interesses e direitos coletivos evoluiu-se para a adaptação dos instrumentos processuais de garantia. O processo, antes apenas voltado para interesses individuais, sofre adaptações, para viabilizar sua utilização como instrumento de garantia do exercício de direitos coletivos e difusos, cujo titular não se enquadra na definição clássica de sujeito de direito.

Segundo Rodolfo de Camargo Mancuso, *“o que é importante reter neste ponto é que uma ação recebe a qualificação de ‘coletiva’ quando através dela se pretende alcançar uma dimensão coletiva, e não pela mera circunstância de haver um cúmulo subjetivo em seu pólo ativo e passivo; [...] uma ação é coletiva quando algum nível do universo coletivo será atingido no momento em que transitar em julgado a decisão que a acolhe, espalhando assim seus efeitos, seja na notável dimensão dos interesses difusos, ou ao interior de certos corpos intercalares onde se aglutinam interesses coletivos, ou ainda o âmbito de certos grupos ocasionalmente constituídos em função de uma origem comum, como se dá com os chamados ‘individuais homogêneos’”*.<sup>5</sup>

○ trecho transcrito bem delimita o que se pode entender por ação coletiva, em sentido amplo, passando-se, então, à análise dos interes-

---

<sup>5</sup> MANCUSO, Rodolfo Camargo. **Ação Popular**. RT, 3a ed., São Paulo, 1998, p. 34.

ses tutelados por meio desta modalidade de instrumento processual. Atualmente, no Direito Brasileiro, as ações coletivas previstas na legislação são a ação popular (Lei nº 4.717/65), a ação civil pública (Lei nº 7.347/85) e a ação coletiva do Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90, artigos 81 e seguintes), entre outras variações destes modelos em legislações específicas.

### 3.2. Os Interesses Tutelados nas Ações Coletivas

A tutela coletiva pode incidir sobre três espécies de direitos: os difusos, os coletivos e os individuais homogêneos. O estabelecimento destas três categorias de interesses e/ou direitos coletivos, em sentido amplo, foi conseqüência de evolução doutrinária e legislativa, culminando com sua definição legal, pelo art. 81 do CDC.

Um trecho de autoria de Kazuo Watanabe, posto que longo, merece transcrição, pois demonstra com clareza esta evolução: *“A necessidade de estar o direito subjetivo sempre referido a um titular determinado ou ao menos determinável, impediu por muito tempo que os ‘interesses’ pertinentes, a um tempo, a toda a coletividade e a cada um dos membros desta coletividade, como, por exemplo, os ‘interesses’ relacionados ao meio ambiente, à saúde, à educação, à qualidade de vida etc., pudessem ser havidos por juridicamente protegíveis. Era a estreiteza da concepção tradicional do direito subjetivo, marcada profundamente pelo liberalismo individualista, que obstava a essa tutela jurídica. Com o tempo, a distinção doutrinária entre ‘interesses simples’ e ‘interesses legítimos’ permitiu um pequeno avanço, com a outorga de tutela jurídica a esses últimos. Hoje, com a concepção mais larga do direito subjetivo, abrangente também do que outrora se tinha como mero ‘interesse’ na ótica individualista então predominante, ampliou-se o espectro de tutela jurídica e jurisdicional. Agora é a própria Constituição Federal que, seguindo a evolução da doutrina e da jurisprudência, usa dos termos ‘interesses’ (art.5º, LXX, b), ‘direitos e interesses coletivos’(art. 129, nºIII), como categorias amparadas pelo Direito. Essa evolução é reforçada, no plano doutrinário, pela tendência hoje bastante acentuada de se interpretar as disposições constitucionais, na medida do possível, como atributivas de direitos, e não como meras metas programáticas ou enunciações de princípios. E no plano legislativo, com a edição de leis ordinários que procuram amparar tanto os ‘interesses’ como os ‘direi-*

tos', como a que disciplina a ação civil pública (Lei nº 7.347/85), está definitivamente consolidada a evolução".<sup>6</sup>

Os interesses difusos caracterizam-se, conforme art. 81, I, do Código de Defesa do Consumidor (CDC), pela indivisibilidade do bem jurídico que se pretende tutelar, pela indeterminação dos titulares e pela inexistência de relação jurídica-base.

A indivisibilidade e a indeterminação têm o mesmo sentido, que é a impossibilidade de se repartir entre indivíduos, quaisquer que sejam, os benefícios decorrentes da tutela prestada. E isto, em primeiro porque o objeto em si não permite divisão, dada sua natureza mesma, e em segundo porque não é possível individualizar os titulares destes direitos. São indetermináveis, pois a titularidade é do todo como um corpo uno, e não dos muitos que compõem este todo.

Por outro lado, o liame existente entre estes titulares, que são indetermináveis, é decorrente de circunstâncias de fato, inexistindo qualquer relação jurídica entre eles.

Já os interesses coletivos se diferenciam dos difusos porque, embora indeterminados, os titulares são determináveis. Isto porque são interesses/direitos de indivíduos que pertencem a um mesmo grupo (não a coletividade como um todo, mas os integrantes de determinado grupo, porque integrantes dele). Ao contrário do que acontece com os difusos, há relação jurídica-base vinculando estes componentes do grupo entre si ou com a parte contrária. Esta relação há de ser precedente à lesão ou à ameaça. Kazuo Watanabe apresenta como exemplo a relação jurídica existente entre o Fisco e os contribuintes. A conceituação legal se encontra no inciso II do art. 81 do C.D.C.

Os interesses/direitos individuais homogêneos se caracterizam pela origem comum. Tem-se que os titulares são determináveis, e os direitos afetados em si considerados são individuais. O tratamento coletivo da questão se justifica, contudo, em razão da grande repercussão de uma lesão a este direito, que afeta número tão extenso de indivíduos que se torna justificada a defesa coletiva. Ou seja, o direito em si não é transindividual, mas o ato lesivo, por sua abrangência, intensidade ou gravidade, atinge em escala elevada os interesses de massa de indivídu-

---

<sup>6</sup> WATANABE, Kazuo. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor**, obra coletiva, Forense Universitária, 6ª ed., Rio de Janeiro: 1999, p. 719.

os, ultrapassando os limites de configuração das lides estritamente individuais. Essa abrangência, até mesmo por estarem envolvidas relações de massa (por exemplo, as relações de consumo travadas entre instituições financeiras e clientes) é que faz mais justa a tutela coletiva, a se desenvolver em benefício de todos os atingidos, sem prejuízo das demandas individuais. E a legitimação é ampla também na defesa destes interesses.

A respeito exemplifica José dos Santos Carvalho Filho: *“Como exemplo: uma associação de defesa do patrimônio histórico propõe ação civil pública contra o Estado, postulando a paralisação de obra que está destruindo certo prédio do século passado. Se, por acaso, outra ação idêntica for proposta pela mesma associação, fundando-se na mesma causa de pedir (a destruição do prédio antigo) e tendo o mesmo pedido de cessação de obra, estará ela repetindo a ação anterior. Reconhecida a litispendência, deve ser extinto o feito mais novo sem julgamento do mérito. Observe-se, entretanto, que a litispendência foi decretada em razão da identidade de partes, de causa de pedir e de pedido. O mesmo não ocorreria, porém, se o prédio a ser objeto da proteção fosse diverso do protegido na primeira ação. Ou se o pedido na segunda ação fosse o de indenização em dinheiro, diverso do formulado na primeira, qual seja, o de ser o réu obrigado ao cumprimento de obrigação de fazer (pedido de natureza condenatória mandamental negativo).”<sup>7</sup>*

### 3.3. A Sentença nas Ações Coletivas

Para uma melhor análise do tema, o estudo será feito em separado, quanto à ação popular, ação civil pública e a ação coletiva do C.D.C. A Lei nº 4.717/65, que regula a ação popular<sup>8</sup> em seu art. 11, estabelece que *“a sentença que julgando procedente a ação popular decretar a invalidade do ato impugnado, condenará ao pagamento de perdas e danos os responsáveis pela sua prática e os beneficiários dele, ressalvada a ação regressiva contra os funcionários causadores de dano, quando incorrerem em culpa”*.

Segundo o disposto no artigo transcrito, o juiz decidirá a questão da reparação dos danos ainda que não haja pedido neste sentido. E

---

<sup>7</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Ação Civil Pública. Comentários por Artigos, Lei 7.347, de 24.7.85.** Lúmen Júris, 3ª ed., Rio de Janeiro: 2001, p. 159.

<sup>8</sup> Ação popular é ação constitucional, cujo legitimado é o cidadão, e tem por finalidade a desconstituição de atos lesivos ao patrimônio público e reparação de danos causados.



não se trata propriamente de julgamento *ultra petita*, como ocorreria em qualquer processo que versasse sobre lide individual. O interesse tutelado, que não pertence ao autor da demanda, justifica a determinação legal de que o juiz, de ofício, aprecie a questão da reposição das coisas ao *statu quo ante* ou de reparação pecuniária dos danos causados. O juiz, enfim, decidirá a respeito porque a lei assim determina que o faça, e não porque a parte formulou pedido.

Segundo Rodolfo Mancuso, *“Não haverá afronta, aí, ao princípio dispositivo, nem julgamento ultra petita, porque se cuida de ação em que o interesse substancial não é do autor, em si, mas da própria sociedade, nele apenas representada. [...] Tudo sinaliza no sentido de que nas ações versando interesses indisponíveis ou de relevante caráter público (é o caso da ação popular), o rigor do princípio da demanda deve sofrer certas refrações e temperamento, em conformidade com a natureza instrumental do processo.[...]”*<sup>9</sup>

E esta condenação, que é própria da ação popular, além da desconstituição do ato lesivo, pode consistir em tutela específica. Significa que não apenas haverá condenação ao pagamento do valor do prejuízo, mas também à realização de atos ou de abstenções que repõem o patrimônio público ao estado anterior à lesão. Por exemplo, a restauração de prédio considerado patrimônio histórico.

Outro aspecto que se destaca é que a sentença de improcedência será submetida ao reexame necessário, bem como a que reconhece a carência de ação. Isto se justifica na medida em que a finalidade primeira da ação popular é exatamente a de proteger o erário público. Assim, a sentença fica sujeita a confirmação pelo tribunal, e apenas produzirá efeitos após esta, pois a decisão equivale à declaração de validade do ato inquinado. No caso de carência da ação, ou seja, de extinção do processo sem apreciação do mérito em razão de ausência de condição da ação, há certa discussão doutrinária, mas no dia-a-dia dos tribunais não há maiores discussões ou questionamento deste dispositivo legal – art. 19, L. 4.717/65.

Em relação à ação civil pública, algumas considerações também devem ser feitas.

---

<sup>9</sup> Op. cit., p. 212.

A sentença será primordialmente condenatória, e seu objeto poderá ser uma obrigação de fazer ou não fazer, de modo a prevenir a lesão aos interesses em jogo, ou mesmo a corrigir os danos já causados. A tutela específica, aqui, é de relevância muito superior à mera reparação pecuniária, pois esta não repõe o interesse difuso, coletivo ou individual homogêneo em seu estado anterior, não impede a violação e, o que é mais grave, ainda que infinito o seu valor, não paga a gravidade do dano em si e de suas conseqüências (a exemplo do dano ambiental, que pode adquirir proporção tamanha que venha a afetar todo o ecossistema, ou prejudicar o meio ambiente por várias gerações).

No âmbito das ações coletivas de defesa do consumidor, regidas pelo CDC, a sentença proferida em processo cuja finalidade seja a defesa dos direitos individuais homogêneos, com vistas à responsabilização por danos, será sempre condenatória e genérica (art. 95 do CDC). Aqui, a individualização do ressarcimento devido a cada consumidor ou equiparado, que tenha sido lesado por conduta do réu-fornecedor, será realizada em liquidação de sentença. Haverá, portanto, sentença certa e ilíquida, isto é, estabelecidora do dever de indenizar, sem que se fixe o quantum da indenização.

No art. 84 há menção expressa à tutela específica, privilegiada no diploma legal referido, à qual se aplica o acima dito quanto à ação civil pública.

#### **4) COISA JULGADA NAS AÇÕES COLETIVAS**

As normas jurídicas que disciplinam a coisa julgada nas ações individuais já foram analisadas no início do estudo. Passa-se, então, à apreciação da matéria no âmbito das ações coletivas, que são as ações cujos objetos envolvem direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos.

A primeira característica diferenciada é que a coisa julgada, aqui, se produz *secundum eventum litis*, isto é segundo o resultado do julgamento. No sistema do Código de Processo Civil, a coisa julgada se forma, seja procedente ou improcedente o pedido. Já na sistemática das ações coletivas, estas duas questões são objeto de apreciação para que se determine a formação ou não da coisa julgada. Outro aspecto importante é o referente aos legitimados para a ação bem como à natureza do direito em questão.

Na Lei da Ação Popular (Lei nº4.717/65), a matéria é disciplinada em seu art. 18, que traz a seguinte redação: "Art. 18. A sentença terá

*eficácia erga omnes, exceto no caso de haver sido a ação julgada improcedente por deficiência de prova; neste caso, qualquer cidadão poderá intentar outra ação com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova”.*

Legitimado para propor a ação popular é o cidadão, considerado este o eleitor. A legitimação é, portanto, comum a inúmeros indivíduos. Como, todavia, não há identidade entre a titularidade do direito material envolvido e da ação, pois não é possível identificar o titular daquela (que é a coletividade como um todo), a solução legislativa adotada foi o estabelecimento da coisa julgada *ultra partes*. Rodolfo Camargo Mancuso ensina que: “...na ação popular o legislador procurou estabelecer um sistema diferenciado, não só levando em conta o conteúdo do julgado, mas também considerando que o autor da ação está agindo não por seu egoístico interesse, mas representando toda uma coletividade.[...] Ou, como diz Ada Pellegrini Grinover: ‘A própria configuração das ações ideológicas – em que o bem tutelado pertence a uma coletividade de pessoas – exige, pelo menos até certo ponto, a extensão da coisa julgada *ultra partes*’.”<sup>10</sup>

Outro aspecto relevante é que em caso de improcedência por falta de provas não haverá formação de coisa julgada. Assim, qualquer outro legitimado (cidadão) poderá propor ação idêntica (mesma causa de pedir e mesmo pedido) desde que fundado em nova prova. E o significado desta expressão não se contrapõe ao de prova preexistente. Ou seja, não se exige que a prova tenha surgido após o curso da ação popular, mas que seja prova não utilizada no processo que se extinguiu, ainda que a ele preexistente. Segundo Arruda Alvim, assim é até porque só é possível falar em insuficiência de provas se for considerada a possibilidade de existência de outras provas não apresentadas no processo.<sup>11</sup>

Wilson Marques, desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, destaca ainda a vantagem prática da disciplina dada à matéria, evitando conluíus ou fraudes que visem proteger atos ilegais por meio da formação da coisa julgada sobre decisão de impro-

---

<sup>10</sup> Op. cit, p. 246/7.

<sup>11</sup> ALVIM, Arruda. "Notas Sobre a Coisa Julgada Coletiva". **Revista de Processo** 88/31-57.

cedência, motivada na não comprovação dos fatos alegados pelo autor mancomunado com os fraudadores.<sup>12</sup>

Nos demais casos, de procedência ou de improcedência por fundamento outro que não a ausência de provas, há coisa julgada *erga omnes*. Assim, a questão de mérito não poderá ser novamente apreciada, ainda que seja proposta ação por outro que não o autor da primeira, na qual se formou a coisa julgada.

Quanto ao limite territorial da coisa julgada, adiante se retornará ao tema. Todavia, quanto à ação popular, o entendimento que prevalece é o da aplicação do disposto no art. 93 do CDC, até mesmo por questão de lógica e de compatibilização de decisões.

A Lei da Ação Civil Pública (Lei nº 7.347/85), art. 16, repetiu o tratamento dado à matéria pela lei que regulou o procedimento da ação popular. Assim, há formação de coisa julgada *erga omnes*, que segundo ensinamento de Nelson Néri Júnior e Rosa Maria Andrade Néri: *"...inibe a repositura da mesma ação civil pelo autor ou por qualquer outro co-legitimado ao ajuizamento das ações coletivas, deixando a salvo apenas os particulares em suas relações intersubjetivas"*.<sup>13</sup>

Da mesma forma, não haverá coisa julgada em caso de improcedência por falta de provas.

A matéria, porém, recebeu tratamento legal detalhado com a entrada em vigor do Código de Defesa do Consumidor, que definiu os direitos e interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos e deu-lhes adequada disciplina.

Francisco Barros Dias ensina, com arrimo em Ada Pellegrini Grinover, que a inspiração para as ações coletivas no sistema jurídico brasileiro veio das *class actions* norte-americanas, mas que, contudo, não se adotou o princípio lá prevalente da representação adequada.<sup>14</sup>

Segundo o mencionado princípio, a sentença e respectiva coisa julgada se estendem a todos os interessados que tenham sido cientificados do processo, ainda que haja apenas um representante da

---

<sup>12</sup> MARQUES, Wilson. "Limites Subjetivos da Coisa Julgada nas Ações Difusas, Coletivas e Individuais". *Revista da EMERJ*, v. 4, nº 15, 2001, p.134.

<sup>13</sup> NÉRI JÚNIOR, Nelson. NÉRI, Rosa Maria Andrade. **Código de Processo Civil Comentado e legislação processual civil extravagante em vigor**. RT, 3ª ed., São Paulo:1997, p.1156.

<sup>14</sup> DIAS, Francisco Barros. "Coisa Julgada e Execução no Processo Coletivo". *Revista de Processo* nº 78/50-63.

classe em juízo. Se esta ciência, porém, não é dada, não se estende a todos indistintamente, ainda que para beneficiar.

No Direito Brasileiro, a matéria recebeu tratamento diverso. Assim é que no art. 103, CDC, a lei estabeleceu três circunstâncias distintas, as quais se passa a analisar.

I) quando for objeto do litígio interesse difuso (art. 81, parágrafo único, inciso I, CDC), a coisa julgada será *erga omnes*, salvo caso de improcedência por falta de provas.

A coisa julgada, em caso de direitos difusos, abrange a todos os integrantes da coletividade, até porque, sendo interesses/direitos indivisíveis, não se faz possível individualizar os titulares. Assim, procedente o pedido, todos os membros da coletividade poderão utilizar a sentença para satisfação de suas pretensões individuais. Neste sentido encontra-se a opinião de Ada Pellegrini Grinover<sup>15</sup> e Francisco Barros Dias<sup>16</sup>.

No caso de procedência, a sentença beneficia a todos. Mas se improcedente por reconhecimento da inexistência do direito, fica vedada a via coletiva. A coisa julgada se estende subjetivamente aos legitimados do art. 82, CDC, mas não inibe ações individuais. E se a improcedência se refere a falta de provas, qualquer legitimado pode, mesmo coletivamente, renovar a ação, desde que apresentada nova prova, conforme já explicado supra.

II) quando se tratar de interesse/direito coletivo (art. 81, parágrafo único, inciso II, CDC), será *ultra partes*, com abrangência ao grupo, classe ou categoria titular do interesse, aplicável a mesma ressalva acima.

Aqui, por se tratar de direitos coletivos, em relação aos quais é possível a determinação dos integrantes pessoalmente considerados da categoria, classe ou grupo representado em juízo, a coisa julgada abrange apenas os indivíduos que os componham, até porque somente estes integrantes é que podem ser afetados concretamente por atos lesivos do direito em questão. No mais, a disciplina legal é idêntica, de modo que se aplica tudo quanto acima foi explanado.

III) quando se tratar de direitos individuais homogêneos fará coisa julgada *erga omnes* somente em caso de procedência.

Neste caso, a coisa julgada *erga omnes* é limitada à procedência do pedido. Do contrário, não atingirá senão os legitimados do art. 82

---

<sup>15</sup> Op. cit. p. 824.

<sup>16</sup> Op. cit. p. 55.

do CDC e os litisconsortes. Ensina Arruda Alvim que: “No caso de im-procedência, independentemente do fundamento respectivo, portanto, é possível que os interessados que não tenham intervindo no processo movam a sua ação individual, pois o fim objetivado no art. 103, inciso III, § 2º, é o de beneficiar tais interessados. Neste caso, a coisa julgada só atinge os legitimados de que trata o art. 82 (e os que foram litisconsortes). Aqueles são atingidos no plano da ação civil coletiva e estes (os litisconsortes) são atingidos pela coisa julgada ‘clássica’ ou direito comum combinado com as regras do CDC”.<sup>17</sup>

A respeito tem-se o acórdão em que foi relatora a Des. Marly Macedônio França: “[...]2. Ilegitimidade ativa. preliminar rejeitada pela sentença. Autores não associados à associação autora na ação civil pública. Efeitos erga omnes do decisum. **Coisa Julgada.** Correta a rejeição, pela sentença apelada, da preliminar de ilegitimidade ativa dos autores não associados à Associação autora da ação civil pública, cuja sentença ora se liquida. A uma porque há disposição legal expressa no artigo 103, III do CDC, no sentido de que o efeito do decisum, in casu, é erga omnes, inexistindo regra que estabeleça limite subjetivo restritivo aos associados da associação legitimada para a propositura de ações coletivas; e, a duas, porque a sentença liquidanda expressamente dirigiu seus efeitos a todas as vítimas do evento, de forma que a presente questão sequer poderia ser suscitada nesta fase processual, uma vez que o artigo 610 do CPC dispõe ser desfeito, na liquidação, discutir de novo a lide, ou modificar a sentença que a julgou”.<sup>18</sup>

O mesmo autor antes mencionado denomina de discriminatória a diferença de tratamento entre os que foram litisconsortes e os que não foram, e segundo ele esta seria causa de “desânimo” para o ingresso na ação coletiva, com base na convocação do art. 94, CDC.<sup>19</sup>

O § 3º do art. 103, CDC, estende esta disciplina, quanto aos direitos individuais homogêneos, à ação civil pública. Ada Pellegrini Grinover afirma que nesta hipótese há não apenas extensão subjetiva

---

<sup>17</sup> Op. cit. p. 42.

<sup>18</sup> Apelação Cível, proc. N. 2001.001.08734, julgado em 23 de outubro de 2001, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do estado do Rio de Janeiro, acórdão disponível no site [www.tj.rj.gov.br](http://www.tj.rj.gov.br), jurisprudência, critério de pesquisa: coisa e julgada e ação coletiva, havendo 32 acórdãos no mesmo sentido.

<sup>19</sup> “Art. 94. Proposta a ação, será publicado edital no órgão oficial, a fim de que os interessados possam intervir no processo como litisconsortes, sem prejuízo de ampla divulgação pelos meios de comunicação social por parte dos órgãos de defesa do consumidor”.

do julgado, mas também ampliação de seu objeto, e exemplifica: “Se, por exemplo, a ação civil pública que tenda à obrigação de retirar do mercado um produto nocivo à saúde pública for julgada procedente, reconhecendo a sentença os danos reais ou potenciais pelo fato do produto, poderão as vítimas, sem necessidade de novo processo de conhecimento, alcançar a reparação dos prejuízos pessoalmente sofridos, mediante liquidação e execução da sentença coletiva, nos termos do art. 97 do Código (v. comentário nº1 ao art. 97). Se, porém, a ação civil pública for julgada improcedente, as vítimas e seus sucessores poderão normalmente intentar suas próprias ações reparatórias, a título individual, de acordo com o dispositivo no § 1º do art. 103 (v. supra, comentário nº ao mencionado dispositivo)”.<sup>20</sup>

O art. 104, CDC, exclui a litispendência entre ações coletivas de defesa de interesses difusos e coletivos e as ações individuais, o que decorre, como anteriormente mencionado, da diversidade entre os direitos, uma vez que não se confundem e portanto descaracterizam a tríplice identidade. Em relação à coisa julgada, a das ações coletivas, se procedentes, não beneficiará o indivíduo que, tendo em curso ação individual não a suspender na forma do disposto na segunda parte do art. 104, caso em que, ainda que desfavorável, prevalecerá a decisão proferida no âmbito da ação individual.

A este respeito se manifestou o Superior Tribunal de Justiça por diversas vezes, tendo decidido no sentido explicado: Recurso Especial 157.669, de São Paulo, em que foi relatora Min. Nancy Andrighi. No mesmo sentido há diversos outros julgados, entre eles: o agravo de instrumento nº 333.365 – Rio de Janeiro, em que foi relator Min. Hamilton Carvalhido<sup>21</sup> e recurso especial nº 238.504 – Rio de Janeiro, em que foi relator Min. José Delgado.

Portanto, a jurisprudência é pacífica no sentido da inexistência de litispendência entre ações individuais e ações coletivas, e a lei é clara quanto aos efeitos da coisa julgada quando concomitante a ação proposta pelo consumidor individualmente.

---

<sup>20</sup> Op. cit. p.827.

<sup>21</sup> Decisão publicada no **Diário de Justiça** de 7 de dezembro de 2000.

Quanto à sua abrangência territorial, a Lei nº 9.494/97 alterou o art. 16 da Lei da Ação Civil Pública, para limitar a coisa julgada pela competência territorial do órgão prolator<sup>22</sup>.

Ada Pellegrini Grinover, que foi feliz na apreciação do tema, faz conclusões relevantes a respeito, defendendo a ineficácia da medida, diante da leitura sistemática da Lei. Segundo ela, o artigo em questão apenas se aplica às ações para defesa de interesses difusos e coletivos, conforme art. 103, I e II, CDC, excluído o inciso III (individuais homogêneos) em razão da diversidade de tratamento dado à matéria.

Em relação à limitação específica feita pela competência territorial, o art. 93 estabelece critérios de distribuição de competência. Interessante é a constatação de que a coisa julgada tem seu alcance limitado pelo pedido, e não pela competência do juízo, que somente divide funcionalmente a jurisdição entre os diversos órgãos encarregados de seu exercício.<sup>23</sup> A delimitação é inviável, na medida em que, sendo difuso o direito tutelado, os efeitos da sentença e a coisa julgada que a eles se referirem necessariamente serão amplos. Um exemplo interessante seria a poluição de um rio que se localiza na divisa entre cidades integrantes de comarcas distintas. Seria inimaginável que da metade do leito até a margem direito se tentasse despoluir a água e na outra metade, até a margem esquerda não, porque prolatada sentença por juiz competente apenas na comarca da margem direita.

Enfim, a tentativa de limitação do alcance da decisão não teria utilidade prática, quer pela inadequação da redação dada ao dispositivo legal, diante do sistema normativo vigente sobre a matéria, quer pela inviabilidade prática de se proceder a esta limitação, dada a natureza, dos direitos envolvidos.<sup>24</sup>

---

<sup>22</sup> "Art. 16. A sentença civil fará coisa julgada *erga omnes*, nos limites da competência territorial do órgão prolator, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova".

---

<sup>23</sup> Op. cit. p. 821.

<sup>24</sup> Neste sentido, RAMOS, André de Carvalho. "A Abrangência Nacional da Decisão Judicial em Ações Coletivas: o caso da Lei 9.494/97".



## CONCLUSÃO

As normas jurídicas formuladas para regulação das ações coletivas significaram avanço substancial no processo civil, pois instituíram procedimento próprio e adequado à natureza dos interesses jurídicos sobre os quais incide a tutela jurisdicional prestada por meio exatamente do processo. E um dos maiores avanços foi a disciplina dada à coisa julgada, pois o sistema atual integrou a questão no contexto do processo coletivo, de modo a preservar da melhor maneira os interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos.

A sistemática do Código de Processo Civil, incompatível com direitos desta natureza, cedeu lugar à disciplina própria da matéria, ora bem aceita e estudada por diversos doutrinadores, dadas a relevância e a amplitude dos direitos coletivos.

A coisa julgada, tal como disciplinada, preserva os direitos individuais, bem como os coletivos em sentido amplo, e lhes garante a adequada tutela jurídica. A matéria não está esgotada em sede de jurisprudência, nem mesmo doutrinária, e não está isenta de futuras alterações que lhe aperfeiçoem a sistematização, mas já representa um grande avanço para o Direito Brasileiro, em que faltava esta sistematização, e atende satisfatoriamente ao exercício destes direitos e interesses. ◆

# A Inadmissibilidade, no Processo Penal, das Provas Obtidas por Meios Ilícitos: Uma Garantia Absoluta?

**ALEXANDER ARAUJO DE SOUZA**

*Promotor de Justiça no Rio de Janeiro, Professor de Direito Processual Penal EMERJ e na FEMPERJ.*

## **1. As provas obtidas por meios ilícitos e o princípio da proporcionalidade.**

Na moderna ciência processual, *sobretudo* no âmbito do Processo Penal, vem ganhando vulto a problemática acerca da admissão, ou não, das provas obtidas com violação de uma norma jurídica, aqui abrangidas as chamadas *provas ilegítimas* (produzidas com violação de norma jurídica de direito processual) e as denominadas *provas ilícitas* (obtidas com infringência de norma de caráter material)<sup>1</sup>. Com efeito, muito já se discutiu o tema, formando-se a respeito duas teses radicais: A primeira, com sustentáculo nos princípios do livre convencimento do Juiz e da busca da “verdade real”<sup>2</sup>, sustenta que deve prevalecer, em

---

<sup>1</sup> A distinção doutrinária entre *provas ilícitas* e *provas ilegítimas*, feita primeiramente por PIETRO NUVOLONE, é de tradicional acolhida como bem observa ADA PELLEGRINI GRINOVER: “Mas já é preciso estabelecer outra distinção: a prova pode ser ilegal, por infringir à norma, quer de caráter material, quer de caráter processual. Quando a prova é feita em violação a uma norma de caráter material, essa prova é denominada por Nuvolone de *prova ilícita*. Quando a prova, pelo contrário, é produzida com infringência a uma norma de caráter processual, usa ele o termo ‘prova ilegítima’” (*Provas ilícitas*, in **O processo em sua unidade II**, p. 171, Editora Forense, Rio de Janeiro, 1984). A pena ilustre de SERGIO DEMORO HAMILTON, porém, ressalta com precisão que a distinção vale “tão-somente para fins didáticos, pois, nos dois casos, haveria manifesta ilegalidade” (*As provas ilícitas, a teoria da proporcionalidade e a autofagia do direito*, in **Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro**, nº 11, p. 253, jan./jun. 2000).

<sup>2</sup> Para maiores referências, *vide* a exposição (mas não a adoção) desta primeira tese em LUIZ FRANCISCO TORQUATO AVOLIO, **Provas ilícitas – Interceptações telefônicas e gravações clandestinas**, p. 45, 2ª Edição, Editora Revista dos Tribunais, 1999.

qualquer caso, o interesse da Justiça no descobrimento da verdade. Assim, a ilicitude da obtenção não subtrai à prova o valor que possui como elemento útil à formação do convencimento do Juiz; a prova colhida ilicitamente será admissível, sem prejuízo da punição a que se sujeitará o infrator da norma legal<sup>3</sup>. É a teoria que se convencionou denominar *male captum, bene retentum*, vale dizer, mal colhido porém bem conservado<sup>4</sup>. A segunda tese sustenta que o direito não pode prestigiar comportamento antijurídico, nem consentir que dele tire proveito quem haja desrespeitado o preceito legal, com prejuízo alheio; por conseguinte, o órgão judicial não reconhecerá eficácia à prova ilegalmente obtida<sup>5</sup>.

A influência doutrinária, sobretudo da última tese supramencionada, refletiu no plano legal, e os ordenamentos jurídicos vêm regulamentando a matéria com idêntica finalidade: não admitir no processo as provas obtidas com infração de uma norma jurídica. Porém cada qual o fez à sua maneira: seja lançando proibição genérica<sup>6</sup>, seja

---

<sup>3</sup> A exposição, no texto, segue quase textualmente os ensinamentos de JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA, "A Constituição e as provas ilicitamente obtidas", in, **Temas de Direito Processual**, Sexta Série, p. 109, Editora Saraiva, São Paulo, 1997.

<sup>4</sup> Como assinala ADA PELLEGRINI GRINOVER "essa teoria foi muito bem condensada por Franco Cordero, processualista penal de Roma, que utiliza expressão bastante significativa para tal prova: *male captum, bene retentum*, o que foi mal colhido (no momento material) foi bem conservado (no momento processual). Também se filiam a essa corrente autores como Carnelutti, na Itália, e Rosenberg, na Alemanha" ("Provas ilícitas", in **O processo em sua unidade II**, p. 173, Editora Forense, Rio de Janeiro, 1984).

<sup>5</sup> Ainda quase textualmente, JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA, "A Constituição e as provas ilicitamente obtidas", in, **Temas de Direito Processual**, Sexta Série, p. 109, Editora Saraiva, São Paulo, 1997.

<sup>6</sup> Com disposições um tanto ou quanto genéricas tem-se, v. g., o *Código de Procedimento Penal* da Colômbia, que em seu *artículo 235* estabelece: "*Rechazo de las pruebas. Se inadmitirán las pruebas que no conduzcan a establecer la verdad sobre los hechos materia del proceso o las que hayan sido obtenidas en forma ilegal. El funcionario judicial rechazará mediante providencia interlocutoria la práctica de las legalmente prohibidas o ineficaces, las que versen sobre hechos notoriamente imperinentes y las manifestamente superfluas*". De certo modo é o que também faz o *Codice di Procedura Penale* italiano em seu art. 191,1: "*Le prove acquisite in violazione dei divieti stabiliti dalla legge non possono essere utilizzate*", embora às vezes explicita métodos vedados, como o faz, e. g., no art. 188: "*(Libertà morale della persona nell'assunzione della prova). Non possono essere utilizzati, neppure con il consenso della persona interessata, metodi o tecniche idonei a influire sulla libertà di autodeterminazione o ad alterare la capacità di ricordare e di valutare i fatti*".

oferecendo um rol exemplificativo de meios proibidos de prova<sup>7</sup>. Para tanto, ainda influenciou decisivamente a construção, pela Suprema Corte norte-americana, das chamadas *exclusionary rules* (regras que excluem a admissão de certas provas em processo judicial), cuja matriz essencial é a IV Emenda à Constituição dos Estados Unidos da América, que confere proteção contra buscas e apreensões arbitrárias (*unreasonable searches and seizures*)<sup>8</sup>. O constituinte brasileiro de 1988 também tomou partido no assunto, fazendo inserir no Título II da Carta Magna, no Capítulo destinado aos *direitos e deveres individuais e coletivos*, a regra do art. 5º, LVI: “são inadmissíveis no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”. Decerto influenciado pela circunstância histórica condizente com o recente término do regime militar, quando eram freqüentes e graves as violações de direitos fundamentais, optou pela radicalidade, estabelecendo a proibição em termos categóricos e aparentemente absolutos<sup>9</sup>.

Deve-se recordar, porém, que para a saúde em geral, inclusive a do ordenamento jurídico, em nada contribuem os “radicais livres”. Assim, tem surgido uma solução mais flexível na interpretação do referido dispositivo constitucional, que repele o emprego de fórmulas apriorísticas, deixando ao aplicador da lei a avaliação da situação em seus diversos aspectos: “a gravidade do caso, a índole da relação jurídica controversa, a dificuldade para o litigante de demonstrar a veracidade de suas alegações mediante procedimentos perfeitamente ortodoxos, o vulto do dano causado e outras circunstâncias”<sup>10</sup>. Realiza-se uma operação de

---

<sup>7</sup> Assim, v. g., o Código de Processo Penal português que, após estabelecer serem “admissíveis as provas que não forem proibidas por lei” (art. 125), elenca em seguida em seu art. 126 um rol de “métodos proibidos de prova”: “1. são nulas, não podendo ser utilizadas, as provas obtidas mediante tortura, coação ou, em geral, ofensa da integridade física ou moral das pessoas. 2. São ofensivas da integridade física ou moral das pessoas as provas obtidas, mesmo que com consentimento delas, mediante: a) perturbação da liberdade de vontade ou de decisão através de maus tratos, ofensas corporais, administração de meios de qualquer natureza, hipnose ou utilização de meios cruéis ou enganosos; b) perturbação, por qualquer meio, da capacidade de memória ou de avaliação; c) utilização da força, fora dos casos e dos limites permitidos pela lei; d) ameaça com medida legalmente inadmissível e, bem assim, denegação ou condicionamento da obtenção de benefício legalmente previsto; e) promessa de vantagem legalmente inadmissível. 3. Ressalvados os casos previstos na lei, são igualmente nulas as provas obtidas mediante intromissão na vida privada, no domicílio, na correspondência ou nas telecomunicações sem o consentimento do respectivo titular”.

<sup>8</sup> Neste sentido, JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA, “O processo penal norte-americano e sua influência”, in **Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro**, nº 12, p. 92, jul./dez. 2000.

<sup>9</sup> JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA, “A Constituição e as provas ilicitamente obtidas”, in **Temas de Direito Processual**, Sexta Série, págs. 121/122, Editora Saraiva, São Paulo, 1997.

<sup>10</sup> JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA, *A Constituição e as provas ilicitamente obtidas*, in **Temas de Direito Processual**, Sexta Série, págs. 109, Editora Saraiva, São Paulo, 1997.

ponderação dos interesses conflitantes<sup>11</sup> que surgem do caso em análise, decidindo o julgador qual deve ser sacrificado e em que medida. A tarefa interpretativa, aliás, em qualquer ramo do ordenamento jurídico, consiste justamente em buscar solucionar os conflitos surgidos da contraposição de valores eleitos por diferentes normas jurídicas<sup>12</sup>. Alude-se, assim, ao *princípio da proporcionalidade*, como se faz na Alemanha (*Verhältnismässigkeitsprinzip*), ou ao *princípio da razoabilidade* segundo concepção norte-americana (*reasonableness*).

Nesta quadra, peço ao leitor que me perdoe por afirmação tão óbvia que já se vai tornando um lugar-comum: os direitos e garantias fundamentais previstos em sede constitucional não são absolutos<sup>13</sup>.

---

<sup>11</sup> Salienta DANIEL SARMENTO que “o subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito convida o intérprete à realização de autêntica ponderação. Em um lado da balança devem ser postos os interesses protegidos com a medida, e no outro, os bens jurídicos que serão restringidos ou sacrificados por ela” (**A ponderação de interesses na Constituição Federal**, p. 89, Editora Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2002).

<sup>12</sup> PEDRO J. BERTOLINO deixou assentado: “En cada caso concreto de interpretación que se da en el proceso penal, el intérprete se topa, dinámicamente, con intereses, fines y valores que confluyen en diversas relaciones tales como de concordancia, oposición, contradicción, tensión, etc. Ahora bien, interpretar lleva entonces a *elegir* o *preferir* entre aquellos, en cada caso ocurrente, recordando con Perelman que ‘una de las principales tareas de la interpretación jurídica es la de encontrar soluciones a los conflictos entre las reglas, jerarquizando para ello los valores que esas reglas deben proteger’” (**El funcionamiento del derecho procesal penal – Interpretación. Determinación. Integración. Aplicación**, p. 146, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1985).

<sup>13</sup> Mesmo antes da Constituição da República de 1988, já era o que afirmava, dentre outros, JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA, “Prova. Gravações de conversas telefônicas interceptadas”, in **Direito Aplicado – Acórdãos e votos**, p. 170, Editora Forense, Rio de Janeiro, 1987, e MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO, **Comentários à Constituição brasileira**, p. 634, 5ª edição, Editora Saraiva, São Paulo, 1984. Após a Carta Magna de 1988, vide, no mesmo sentido, dentre inúmeros, SÉRGIO DEMORO HAMILTON, “As provas ilícitas, a teoria da proporcionalidade e a autofagia do direito”, in **Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro**, nº 11, p. 259, jan./jun. 2000; CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, **O futuro do processo civil brasileiro**, in **Fundamentos do processo civil moderno**, V. II, p. 758, 3ª edição, Malheiros Editores, 2000; ADA PELLEGRINI GRINOVER, “As provas ilícitas na Constituição”, in **O processo em evolução**, p. 45, 2ª edição, Editora Forense Universitária, 1998 e WILSON ANTÔNIO STEINMETZ, **Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade**, p. 17, Livraria do Advogado Editora, Porto Alegre, 2001. No mesmo sentido já se manifestou o Supremo Tribunal Federal: “Não há, no sistema constitucional brasileiro, direitos ou garantias que se revistam de caráter absoluto, mesmo porque razões de relevante interesse público ou exigências derivadas do princípio de convivência das liberdades legitimam, ainda que excepcionalmente, a adoção, por parte dos órgãos estatais, de medidas restritivas das prerrogativas individuais ou coletivas, desde que respeitados os termos estabelecidos pela própria Constituição” (**STF**, Tribunal Pleno, MS 23452/RJ, Rel. Min. Celso de Mello, DJU de 12.05.2000, p. 20).

Logicamente, também a garantia atinente à inadmissibilidade das provas adquiridas ilicitamente assume caráter relativo<sup>14</sup>. Com efeito, outros valores há estampados na Carta Constitucional que se colocam em idêntico patamar ao da garantia insculpida no inciso LVI do art. 5º da Constituição. Pense-se, por exemplo, na proteção constitucional do *direito de ação* (art. 5º, XXXV), que comporta o direito de provar em juízo os fatos em que se baseia a acusação; ou mesmo no combate ao tráfico ilícito de entorpecentes, ao terrorismo, e aos chamados crimes hediondos, que também representa um valor constitucional consoante se extrai do art. 5º, XLIII, da Carta Magna<sup>15</sup>; diante da colisão entre tais valores e o que estabelece a vedação da admissão das provas ilícitas, deve-se tentar encontrar um *justo equilíbrio para que qualquer deles não se torne abusivo*<sup>16</sup>.

Quanto à viabilidade da aplicação do princípio da proporcionalidade no âmbito da vedação da ilicitude probatória, a doutrina está longe de alcançar consenso. Mesmo cultores do referido princípio chegam a proscrever, de maneira radical, ante a literalidade do disposto no art. 5º, LVI, da Constituição da República, a admissão das provas obtidas por meios ilícitos em processo judicial, chegando mesmo a não admitir, nesta hipótese, sua aplicação<sup>17</sup>. Outros, ainda

---

<sup>14</sup> Por todos, vide JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA, "A Constituição e as provas ilicitamente obtidas", in **Temas de Direito Processual**, Sexta Série, p. 113, Editora Saraiva, São Paulo, 1997.

<sup>15</sup> JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA, ob. cit. na nota anterior, p. 123.

<sup>16</sup> Perfeitas, neste sentido, as advertências lançadas por ANTONIO GONZÁLEZ-CUÉLLAR, JOSÉ J. HERNÁNDEZ GUIJARRO, JOSÉ MARIA PAZ RUBIO, LUIS RODRIGUES RAMOS E JOSÉ TOMÉ PAULE: "Naturalmente que se trata, una vez más, de encontrar el más justo equilibrio para que el derecho no se convierta en abuso o fraude de Ley, sobretudo porque se ha dicho muchas veces que el abuso no es uso sino corruptela (*Abusus non est usus, sed corruptela*). Por eso es también cierto que el derecho, todo derecho, puede tener sus excepciones para supuestos igualmente excepcionales. En consecuencia, los principios constitucionales han de ser respetados obligatoriamente, pero en casos especiales, muy especiales, el mantenerlos hasta sus últimas consecuencias puede suponer llegar a situaciones imposibles y, a la vez, a la impunidad penal más absoluta en detrimento de supremos intereses, si aquéllos se interpretan arbitraria e ilógicamente" (**Ley de Enjuiciamiento Criminal y Ley del Jurado**, p. 179, Editorial Colex, Madrid, 2001).

<sup>17</sup> Assim, LUIS ROBERTO BARROSO, "A viagem redonda: habeas data, direitos constitucionais e provas ilícitas", in **Temas de Direito Constitucional**, p. 217/222, 2ª edição, Editora Renovar, Rio de Janeiro, 2002. O mesmo autor, em valiosa obra sobre hermenêutica constitucional, chega a asseverar, em aparente contradição, que "o princípio da razoabilidade integra o direito constitucional brasileiro, devendo o teste de razoabilidade ser aplicado pelo intérprete da Constituição em qualquer caso submetido a seu conhecimento" (**Interpretação e aplicação da Constituição**, p. 228, 3ª edição, Editora Saraiva, São Paulo, 1999).

que com alguma parcimônia, se mostram favoráveis à aplicação do princípio da proporcionalidade, abrandando a vedação da admissão da ilicitude probatória, mas tão-somente quando o material colhido em contrariedade ao ordenamento jurídico favoreça o acusado<sup>18</sup>. Mas e a situação de a prova obtida por meio ilícito vir a ser utilizada pelo Ministério Público em benefício dos interesses da acusação? Seria cabível, nesta hipótese, invocar-se o princípio da proporcionalidade a fim de se aceitar a prova ilícita *pro societate*? Raros os ordenamentos jurídicos que se ocuparam expressamente da questão<sup>19</sup>, porém parcela significativa da doutrina vem entendendo possível a aplicação do mencionado princípio neste caso<sup>20</sup>, o que, aos poucos, já vai refletindo na jurisprudência dos tribunais<sup>21</sup>.

---

<sup>18</sup> V. g., ADA PELLEGRINI GRINOVER, ANTONIO SCARANCA FERNANDES E ANTONIO MAGALHÃES GOMES FILHO, **As nulidades no Processo Penal**, p. 134/135, 6ª edição, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1998; LUÍS GUSTAVO GRANDINETTI CASTANHO DE CARVALHO, **O processo penal em face da Constituição**, p. 49, 2ª edição, Editora Forense, Rio de Janeiro, 1998; LUIZ FLÁVIO GOMES e RAÚL CERVINI, **Interceptação telefônica**, p. 147, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1997; DANIEL SARMENTO, ob. cit., p. 180.

<sup>19</sup> Assim o fez o Código de Procedimento Penal da Bolívia, em seu artigo 71º, dispondo: "Ilegalidad de la prueba. Los fiscales no podrán utilizar en contra del imputado pruebas obtenidas en violación a la Constitución Política del Estado, Convenciones y Tratados internacionales vigentes y las leyes".

<sup>20</sup> SERGIO DEMORO HAMILTON, "As provas ilícitas, a teoria da proporcionalidade e a autofagia do direito", in **Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro**, nº 11, p. 259/260, jan./jun. 2000; JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA, "A Constituição e as provas ilicitamente obtidas", in **Temas de Direito Processual**, Sexta Série, p. 112/113, Editora Saraiva, São Paulo, 1997; ADALBERTO JOSÉ Q. T. DE CAMARGO ARANHA, **Da prova no processo penal**, p. 64/65, 5ª edição, Editora Saraiva, São Paulo, 1999; MARCELLUS POLASTRI LIMA, **A prova penal**, p. 68/70, Editora Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2002; PAULO ROBERTO DA SILVA PASSOS e THALES CEZAR DE OLIVEIRA, **Princípios constitucionais no inquérito e no processo penal**, p. 112, Themis Livraria e Editora, São Paulo, 2001; MARIA CECÍLIA PONTES CARNAÚBA, **Prova ilícita**, p. 100, Editora Saraiva, São Paulo, 2000. Ao que parece, é a opinião de MARIA CUNHA SILVA ARAÚJO DE CARVALHO, "Prova ilícita", in **Revista dos Tribunais**, v. 801, p. 443, julho de 2002, e de CÉSAR DARIO MARIANO DA SILVA, **Provas ilícitas**, p. 34/35, 2ª edição, Leud, São Paulo, 2002.

<sup>21</sup> Confira-se ementa de acórdão prolatado pelo Superior Tribunal de Justiça: "Constitucional e Processual Penal. Habeas corpus. Escuta telefônica com ordem judicial. Réu condenado por formação de quadrilha armada, que se acha cumprindo pena em penitenciária, não tem como invocar direitos fundamentais próprios do homem livre para trancar ação penal (corrupção ativa) ou destruir gravação feita pela polícia. O inciso XVI do art. 5º da Constituição, que fala que 'são inadmissíveis... as provas obtidas por meio ilícito', não tem conotação absoluta. Há sempre um substrato ético a orientar o exegeta na busca de valores maiores na construção da sociedade. A própria Constituição Federal brasileira, que é dirigente e programática, oferece ao juiz através da 'atualização constitucional' (*verfassungsaktualisierung*), base para o entendimento de que a cláusula constitucional invocada é relativa. A jurisprudência norte-americana, mencionada em precedente do Supremo Tribunal Federal, não é tranqüila. Sempre é invocável o princípio da 'razoabilidade' (*reasonableness*). O 'princípio da exclusão das provas ilicitamente obtidas' (*exclusionary rule*) também lá pede temperamentos" (STJ, 6ª Turma, HC 3982/RJ, Rel. Min. Adhemar Maciel, DJU de 26.02.1996, pág. 4084). Também o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro fez referência expressa à utilização do princípio da proporcionalidade em um de seus acórdãos: "(...) Certo, outrossim, que ante a natureza do crime de extorsão mediante seqüestro – crime formal e complexo – se justificava pelo princípio da razoabilidade a escuta telefônica e gravações levadas a efeito como preleciona o ilustre GOMES FILHO em sua obra *Direito à Prova no Processo Penal*, Edição 1997" (TJ-RJ, Apelação nº 3.148/2000, Rel. Des. José Carlos Murta Ribeiro, **Revista de Direito do TJ-RJ** nº 51, abril/junho de 2002, p. 359/368).

Em se admitindo a aplicação do princípio da proporcionalidade de modo a abrandar a vedação probatória favoravelmente à defesa, o *que nos parece correto*, outro valor constitucional, o da igualdade das partes, ficaria injustamente postergado caso não se estendesse o mesmo entendimento à acusação<sup>22</sup>. Esta, aliás, por estranho que pareça, muitas vezes se vê em posição de inferioridade. Qualquer um que trafegue há algum tempo no foro criminal, sobretudo na condição de acusador ou juiz, sabe o quão extremamente penosa é a tarefa de obter meios de prova em relação a fatos praticados por organizações criminosas<sup>23</sup>. Negar aplicação ao princípio da proporcionalidade poderia equivaler, em casos de extrema gravidade, a “deixar o ser humano, ou a própria sociedade, inteiramente desprotegidos frente ao ato ilícito, em casos para os quais será impossível obter a prova por meios ortodoxos”<sup>24</sup>. Destarte, conquanto também sujeito, é claro, a restrições, o direito à prova, por parte da acusação, não deve ser sistematicamente sacrificado todas as vezes em que o respectivo exercício porventura entre em conflito com o interesse do réu em não ver utilizados, contra si, elementos probatórios obtidos ilicitamente<sup>25</sup>. Convém, todavia, explicitar: o posicionamento favorável à aplicação do princípio da

---

<sup>22</sup> Neste sentido, JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA, "A Constituição e as provas ilicitamente obtidas", in **Temas de Direito Processual**, Sexta Série, p. 112, Editora Saraiva, São Paulo, 1997.

<sup>23</sup> Preciso o saudoso LUIZ CARLOS CÁFFARO quanto à dificuldade de produção de prova nos casos de crimes praticados por organizações criminosas: "Tal modelo de criminalidade, estruturado em sólidas bases empresariais – o que pressupõe organicidade e permanência – implica no reconhecimento de uma bem urdida pirâmide funcional, do alto da qual os 'executivos do crime' comandam as ações de seus asseclas menores e onde a prévia divisão de atividades, em que cada agente desempenha o seu papel, dificulta sobremaneira o trabalho da Justiça que, dificilmente consegue atingir e punir os responsáveis diretos pelo crime, com claros reflexos no crescimento da impunidade. Essa privilegiada classe de criminosos logra obter, em face de sua maior capacidade delitiva, superlativa proteção contra a produção de provas de sua culpa. Sob tal aspecto, note-se que a obtenção de prova da 'gerência' desse tipo de 'negócio' é dolorosa e isto porque os asseclas inferiores, na maioria das vezes, assumem a culpa e se calam em relação aos seus 'protetores', cientes da penalidade imposta àqueles que '*falam demais*': **a pena capital!**" ("O Ministério Público e o crime organizado", in Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, nº 1, p. 108/109, jan./jun. 1995).

<sup>24</sup> EGAS DIRCEU MONIZ DE ARAGÃO, "Prova ilegalmente obtida", in **Revista da Associação dos Magistrados do Paraná**, nº 31, p. 28, jan./março de 1983.

<sup>25</sup> Em sentido aproximado ao do texto, vide JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA, "Gravações de conversas telefônicas interceptadas", in **Direito Aplicado - Acórdãos e votos**, p. 171, Editora Forense, Rio de Janeiro, 1987.



proporcionalidade, em favor da acusação, somente deve ser admitido em situações de gravidade excepcional ou de relevância social, vale dizer, quando seja a única forma de colocar em igual nível os pratos da balança que representa a Justiça<sup>26</sup>.

Certamente se lançará a objeção de que da aplicação do princípio da proporcionalidade pode emergir inevitável arbítrio judicial, pois se coloca nas mãos do Juiz o poder de realizar a ponderação, elegendo qual valor deve preponderar na hipótese submetida à sua apreciação. “Mas cumpre não perder de vista quão freqüentes são as situações em que a lei confia na valoração (inclusive ética) do juiz para possibilitar a aplicação de normas redigidas com o emprego de conceitos jurídicos indeterminados”<sup>27</sup> (por exemplo, o de *ordem pública*, para o efeito de decretação de prisão preventiva). Impossível, portanto, eliminar de todo a subjetividade judicial. Assinale-se ainda que cumprirá ao Juiz que proferir a decisão acolhendo a aplicação da teoria da proporcionalidade, motivá-la cuidadosamente<sup>28</sup>. Tal decisão estará ainda sujeita ao controle da instância recursal, “criando-se a partir daí uma jurisprudência que servirá de critério indicador para casos futuros”<sup>29</sup>.

Voltando rapidamente ao plano jurisprudencial, assevere-se que, mesmo diante destes argumentos, o Supremo Tribunal Federal não se vem mostrando sensível à aplicação do princípio da proporcionalidade com relação à garantia prevista no art. 5º, LVI, da Constituição da República<sup>30</sup>. Ressoa óbvio que a aplicação intransigente do referido pre-

---

<sup>26</sup> Assim, LEONARDO GRECO, “A prova no processo civil: do Código de 1973 ao novo Código Civil”, artigo inédito, ainda não publicado. No mesmo sentido, ROBERTO PRADO DE VASCONCELLOS, “Provas ilícitas (enfoque constitucional)”, in **Revista dos Tribunais** v. 791, p. 475 e segs., setembro de 2001.

<sup>27</sup> JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA, “A Constituição e as provas ilicitamente obtidas”, in **Temas de Direito Processual**, Sexta Série, p. 110, Editora Saraiva, São Paulo, 1997.

<sup>28</sup> SERGIO DEMORO HAMILTON, “As provas ilícitas, a teoria da proporcionalidade e a autofagia do direito”, in **Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro**, nº 11, p. 259, jan./jun. 2000.

<sup>29</sup> SERGIO DEMORO HAMILTON, ob. cit., p. 260.

<sup>30</sup> Já assentou o Supremo Tribunal Federal: “(...) Da explícita proscrição da prova ilícita, sem distinções quanto ao crime objeto do processo (CF, art. 5º, LVI), resulta a prevalência da garantia nela estabelecida sobre o interesse na busca, a qualquer custo, da verdade real no processo: conseqüente impertinência de apelar-se ao princípio da proporcionalidade – à luz de teorias estrangeiras inadequadas à ordem constitucional brasileira – para sobrepor, à vedação constitucional da admissão da prova ilícita, considerações sobre a gravidade da infração penal objeto da investigação ou da imputação” (STF, 1ª Turma, HC 80949/RJ, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJU de 14/12/2001, p. 26).

ceito pode levar a injustiças gritantes, sobretudo diante da nefasta criminalidade organizada e que, por vezes, atua a nível transnacional<sup>31</sup>. Porém, ao que parece, esta preocupação ainda não foi devidamente colocada na ordem do dia pelo Excelso Pretório.

Rememore-se: não se está aqui a advogar, por inaceitável diante de nosso ordenamento constitucional, o princípio do *male captum, bene retentum*, vale dizer, a admissão irrestrita das provas obtidas por meios ilícitos, com a reles conseqüência da punição do infrator que as produziu ao arrepio da norma garantista. Tal aceitação levaria ao incentivo da prática de condutas contrárias ao direito, sobretudo por autoridades públicas, o que acarretaria grave instabilidade nas relações sociais<sup>32</sup>. Tampouco se está elevando a busca da verdade (ou, como já se afirmou com propriedade, da porção acessível da verdade<sup>33</sup>) à finalidade última da persecução criminal. O que se postula é a aplicação, seja em benefício do réu, seja em benefício do órgão da acusação, do princípio da proporcionalidade. Neste último caso, porém, somente se admitirá a utilização pelo Ministério Público da prova obtida em atitude contrária ao direito em hipóteses de *excepcional gravidade* e ainda assim mediante circunstanciada motivação judicial.

---

<sup>31</sup> Quanto à aplicação intransigente da teoria da inadmissibilidade absoluta das provas obtidas por meios ilícitos, JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA, com incomparável argúcia, deixou assinalado: "São esses, os peritos em atividades sofisticadamente anti-sociais, lesivas não apenas do patrimônio privado, ou de qualquer outro direito individual, mas de relevantes interesses da coletividade; são esses – os grandes sonegadores de impostos, os seqüestradores profissionais, os artífices de audaciosas fraudes financeiras, os aventureiros bafejados pela proteção ou pela conveniência de administradores corruptos – que com maior probabilidade se beneficiarão (e, em certos casos, já se terão beneficiado), por exemplo, da aplicação mecânica e indiscriminada, quando não ostensivamente contrária à respectiva *ratio*, das regras sobre provas obtidas por meios ilícitos. A exacerbação do 'garantismo' conduz aí a resultados incompatíveis com uma política criminal que leve em conta as necessidades mais prementes da atual conjuntura" ("A justiça e nós", in **Temas de Direito Processual**, Sexta Série, p. 6, Editora Saraiva, São Paulo, 1997).

<sup>32</sup> Em sentido aproximado ao do texto, ADA PELLEGRINI GRINOVER, "Provas ilícitas", in **O processo em sua unidade II**, p. 176, Editora Forense, Rio de Janeiro, 1984.

<sup>33</sup> Sutil e perfeita a observação de JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA, "Breves observaciones sobre algunas tendencias contemporáneas del Proceso Penal", in **Temas de Direito Processual**, Sétima Série, p. 220, Editora Saraiva, São Paulo, 2001.

## 2. A teoria da inadmissibilidade das provas ilícitas por derivação e suas exceções.

Importante desdobramento da questão concernente à ilicitude probatória diz respeito à admissão, ou não, no processo, de elementos probatórios cuja obtenção, em si mesma, não infringiu nenhuma norma jurídica, mas que somente puderam ser descobertos em virtude de ato anterior ilegalmente praticado. Exemplifique-se com a confissão extorquida mediante tortura, em que o acusado indica onde se encontra o produto do crime, que vem a ser regular e lícitamente apreendido<sup>34</sup>; ou então com a interceptação telefônica clandestina e ilegal, por meio da qual se vem a obter a indicação de testemunha que, posteriormente, prestando depoimento regularmente perante a autoridade judiciária, ratifica os fatos revelados na aludida interceptação de maneira a incriminar o réu<sup>35</sup>. É o que se convencionou denominar *provas ilícitas por derivação*, problema que apenas se apresenta, logicamente, nos ordenamentos que inadmitem no processo as provas obtidas por meios ilícitos.

A questão foi colocada perante a Suprema Corte norte-americana que, no case *Silverthorne Lumber Co v. United States*, em 1920, construiu a doutrina denominada fruto da árvore envenenada ("*fruit of the poisonous tree*")<sup>36</sup>, segundo a qual qualquer informação ou evidência obtida a partir ou em consequência de uma outra prova ilicitamente

---

<sup>34</sup> O exemplo é dado por LUIZ FRANCISCO TORQUATO AVOLIO, ob. cit., p. 73.

<sup>35</sup> Já este exemplo é retirado de SERGIO DEMORO HAMILTON, "As provas ilícitas, a teoria da proporcionalidade e a autofagia do direito", in **Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro**, nº 11, p. 254, jan./jun. 2000.

<sup>36</sup> Cite-se, neste ponto, a lição de NORMAN M. GARLAND e GILBERT B. STUCKEY: "Six years after the Weeks case announced the exclusionary rule, the case *Silverthorne Lumber Co v. United States* was decided, and an additional restriction was placed upon federal officers and the admissibility of evidence. *Silverthorne* held that not only is illegally obtained evidence inadmissible, but other information derived from de illegal evidence is also inadmissible. The fruit of the poisonous tree doctrine was thus established. This doctrine has been reiterated many times in recent decisions. According to the doctrine, if the search itself is illegal, it is like a poisonous tree. Any information gained as a result of such is also tainted by illegal search and is inadmissible against the defendant – it is poisonous fruit of a poisonous tree. The exclusionary rule and the fruit of poisonous tree doctrine apply to evidence derived from violations of a person's Fifth and Sixth Amendment rights to the same extent that they apply to unlawful searches and seizures" (**Criminal Evidence for the Law Enforcement Officer. Exclusionary Rule**, p. 295, Glencoe McGraw-Hill, 2000).

colhida também será ilegal. Vale dizer: “se as raízes estão viciadas, contaminado fica tudo que delas provém”<sup>37</sup>.

Tal teoria, cunhada sob os moldes da realidade norte-americana, vem sendo prestigiada a nível internacional, já tendo sido adotada, no plano legislativo, por alguns países latino-americanos<sup>38</sup>, que a inseriram expressamente em disposições de seus Estatutos Processuais Penais<sup>39</sup>. A Constituição brasileira de 1988 silenciou neste ponto, não tomando partido quanto ao problema; e tampouco o legislador infraconstitucional fez inserir, *por enquanto*<sup>40</sup>, qualquer dispositivo no Código de Processo Penal ou em legislação extravagante adotando ex-

<sup>37</sup> JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA, “O processo penal norte-americano e sua influência”, in *Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro*, nº 12, p. 93, jul./dez. 2000.

<sup>38</sup> A respeito da crescente influência do direito norte-americano sobre os países latino-americanos consulte-se, por todos, JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA, “Processo civil e processo penal: mão e contramão?”, in *Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro*, nº 8, p. 202/203, jul./dez. 1998, e “Breves observaciones sobre algunas tendencias contemporáneas del proceso penal”, in *Temas de Derecho Processual*, Séptima Série, p. 217/229, Editora Saraiva, São Paulo, 2001.

<sup>39</sup> O *Código Procesal Penal* do Paraguai de 1998 dispôs em seu *artículo* 174: “Carecerán de toda eficacia probatoria los actos que vulneren garantías procesales consagradas en la Constitución, en el derecho internacional vigente y en las leyes, **así como todas los otros actos que sean consecuencia de ellos**”. O *Código de Procedimiento Penal* da Bolívia de 1999 estabeleceu em seu *artículo* 172: “Carecerán de toda eficacia probatoria los actos que vulneren derechos y garantías consagradas en la Constitución Política del Estado, en las Convenciones y Tratados internacionales vigentes, este Código y otras leyes de la República, **así como la prueba obtenida en virtud de información originada en un procedimiento o medio ilícito** (...)”. O *Código de Procedimiento Penal* do Equador de 2000 dispôs em seu art. 80: “Toda acción preprocesal o procesal que vulnere garantías constitucionales carecerá de eficacia probatoria alguna. **La ineficacia se extenderá a todas aquellas pruebas que de acuerdo con las circunstancias del caso, no hubiesen podido ser obtenidas sin la violación de tales garantías**”. No mesmo sentido o *artículo* 214 do *Código Orgánico Procesal Penal* da Venezuela de 1998: “Licitud de la Prueba. (...) No podrá utilizarse información obtenida mediante tortura, maltrato, coacción, amenaza, engaño, indebida intromisión en la intimidad del domicilio, en la correspondencia, las comunicaciones, los papeles y los archivos privados, ni la obtenida por otro medio que menoscabe la voluntad o viole los derechos fundamentales de las personas. **Asimismo, tampoco podrá apreciarse la información que provenga directa o indirectamente de un medio o procedimiento ilícitos**”.

<sup>40</sup> O anteprojeto de reforma do Código de Processo Penal elaborado pela Comissão presidida pela Professora ADA PELLEGRINI GRINOVER, nomeada pela Portaria nº 61/2000 do Ministério da Justiça, contém proposta de modificação do art. 157 do Código de Processo Penal, que passaria a ter a seguinte redação: “Art.157. São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a princípios ou normas constitucionais. § 1º. **São também inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas, quando evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras, e quando as derivadas não pudessem ser obtidas senão por meio das primeiras.** § 2º: Após o trânsito em julgado da decisão de desentranhamento da prova declarada ilícita, serão tomadas as providências para o arquivamento sigiloso em cartório. § 3º: O juiz que conhecer do conteúdo da prova declarada ilícita não poderá proferir a sentença”.

pressamente a teoria. Todavia, a importação, por vezes isenta de qualquer imposto, já foi realizada pela doutrina<sup>41</sup> e inclusive pela jurisprudência pátrias<sup>42</sup>, não sendo inoportuno registrar aqui o perigo de não se aferir escrupulosamente “a compatibilidade entre o enxerto pretendi-

---

<sup>41</sup> A doutrina que se vem mostrando majoritária prestigia a adoção da teoria. Assim, dentre muitos, vide ADA PELLEGRINI GRINOVER, "As provas ilícitas na Constituição", in **O processo em evolução**, p. 51/52, 2ª edição, Editora Forense Universitária, Rio de Janeiro, 1998; ANTONIO MAGALHÃES GOMES FILHO, ob. cit., p. 110; e LUIZ FRANCISCO TORQUATO AVOLIO, ob. cit., p. 78. Em sentido contrário, HÉLIO TORNAGHI que, sem maiores considerações, entende não merecer acolhida: “Valem as provas legalmente obtidas seguindo-se as indicações dadas pelas ilegalmente conseguidas? Para ilustrar: o réu confessa sob coação, com riqueza de pormenores (fato ilícito). Cada um destes pormenores é averiguado de maneira lícita (com buscas, inspeções, inquirições, perícias etc.). Pode o juiz ter presentes essas outras provas? Na Alemanha a *communis opinio* afirma que sim (cita-se a exceção de K. Siegert). Em contrapartida, a jurisprudência americana responde negativamente. A questão é menos jurídica do que de política processual. A meu ver, devem levar-se em conta essas outras provas” (**Curso de Processo Penal**, Volume 1, p. 307, 9ª edição, Editora Saraiva, São Paulo, 1995). No mesmo sentido, mas com o argumento de não se poder aplicar a teoria por falta de previsão constitucional, PAULO RANGEL, **Direito Processual Penal**, p. 387/388, 6ª edição, Editora Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2002.

<sup>42</sup> O Supremo Tribunal Federal, não sem polêmica entre seus Ministros, acolheu expressamente a teoria das provas ilícitas por derivação utilizando-se da doutrina norte-americana: “É ilícita a prova produzida mediante escuta telefônica autorizada por magistrado, antes do advento da Lei nº 9.296, de 24.07.96, que regulamentou o art. 5º, XII, da Constituição Federal; são igualmente ilícitas, por contaminação, as dela decorrentes: aplicação da doutrina norte-americana dos “frutos da árvore venenosa”. Inexistência de prova autônoma. Precedente do Plenário: HC nº 72.588-1-PB. Habeas-corpus conhecido e deferido por empate na votação (RI-STF, art. 150, § 3º), para anular o processo *ab initio*, inclusive a denúncia, e determinar a expedição de alvará de soltura em favor do paciente” (STF, 2ª Turma, HC 74116/SP, Rel. para o acórdão Min. Maurício Corrêa, DJU de 14.03.1997, p. 06903). O entendimento foi reiterado posteriormente: “Prova ilícita: interceptação inválida, não obstante a autorização judicial, antes, porém, da Lei 9.296/96, que a disciplina, conforme exigência do art. 5º, XII, da Constituição (cf. HC 69.912, Plen., 16.12.93, Pertence, RTJ 155/508): contaminação das demais provas – a partir da prisão em flagrante e da apreensão do tóxico transportado por um dos co-réus – porque todas contaminadas pela ilicitude da interceptação telefônica, que as propiciou (*fruits of the poisonous tree*): precedentes (...). A doutrina da proscricção dos *fruits of the poisonous tree*, é não apenas a orientação capaz de dar eficácia à proibição constitucional da admissão da prova ilícita, mas, também, a única que realiza o princípio de que, no Estado de Direito, não é possível sobrepor o interesse na apuração da verdade real à salvaguarda dos direitos, garantias e liberdades fundamentais, que tem seu pressuposto na exigência da legitimidade jurídica da ação de toda autoridade pública” (STF, 1ª Turma, HC 75545/SP, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJU de 09.04.1999); “As provas obtidas por meios ilícitos contaminam as que são exclusivamente delas decorrentes; tornam-se inadmissíveis no processo e não podem ensejar a investigação criminal e, com mais razão, a denúncia, a instrução e o julgamento (CF, art. 5º, LVI), ainda que tenha restado sobejamente comprovado, por meio delas, que o Juiz foi vítima das contumélias do paciente. Inexistência, nos autos do processo-crime, de prova autônoma e não decorrente de prova ilícita, que permita o prosseguimento do processo. Habeas corpus conhecido e provido para trancar a ação penal instaurada contra o paciente, por maioria de 6 votos contra 5” (STF, Tribunal Pleno, HC 72588/PB, Rel. Min. Maurício Corrêa, DJU de 04/08/2000, p. 03; vencidos os Mins. Carlos Velloso, Octávio Gallotti, Sydney Sanches, Néri da Silveira e Moreira Alves)“

do e a compleição do organismo que o vai acolher. Negligenciar esse ponto é assumir sério risco de rejeição do transplante"<sup>43</sup>.

A respeito do tema duas indagações saltaram à cabeça do autor destas linhas. A primeira: seria mesmo possível a adoção de tal teoria diante do ordenamento pátrio? A segunda pressupõe resposta afirmativa dada à precedente: Uma vez admitida a sua aplicação, haveria exceções ou temperamentos dignos de serem levados em conta? Desapontado ficará o leitor se pretender encontrar as respostas em caráter definitivo e correto neste texto, pois o tema poderia ser objeto de substancial monografia, que se deixa para mentes obviamente mais aguçadas e talentosas. Seguem apenas algumas parcas reflexões, em relação às quais não me poderia esquivar.

Primeiramente cumpre considerar que o texto do art. 5º, LVI, da Constituição não estende as *exclusionary rule* às chamadas *provas ilícitas por derivação* e tampouco há norma legal neste sentido. Todavia, não somente por um critério de *causalidade*, mas principalmente em razão da *finalidade* com que são estabelecidas as proibições em matéria probatória, deve-se admitir a contaminação da prova secundária pela ilicitude original<sup>44</sup>. Sem dúvida, de nada valeria, em princípio, estabelecer-se a vedação da admissão das provas ilícitas no processo se, por via derivada, as informações colhidas a partir de uma violação ao ordenamento jurídico pudessem servir ao convencimento do Juiz. Seria trancar a porta e deixar aberta a janela, dando azo a que o nefasto "jeitinho brasileiro" entrasse mais uma vez em cena. Contudo, assentada tal premissa, impõe-se uma ressalva essencial: também aqui deve ser utilizado o princípio da proporcionalidade<sup>45</sup>. A ponderação dos va-

---

<sup>43</sup> As espirituosas palavras são de JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA, "Notas sobre alguns aspectos do processo (civil e penal) nos países anglo-saxônicos", in **Temas de Direito Processual**, Sétima Série, p. 157, Editora Saraiva, São Paulo, 2001.

<sup>44</sup> ANTONIO MAGALHÃES GOMES FILHO, ob. cit., p. 110; LUIZ FRANCISCO TORQUATO AVOLIO, ob. cit., p. 78, MARCELLUS POLASTRI LIMA, "A prova penal", p. 67, Editora Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2002 e também LEONARDO GRECO, "A prova no processo civil: do Código de 1973 ao novo Código Civil", artigo inédito, ainda não publicado.

<sup>45</sup> Neste sentido, SERGIO DEMORO HAMILTON, "As provas ilícitas, a teoria da proporcionalidade e a autofagia do direito", in **Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro**, nº 11, p. 255, jan./jun. 2000; MARCELO BATLOUNI MENDRONI, **Curso de investigação criminal**, p. 229, Editora Juarez de Oliveira, São Paulo, 2002; RONALDO BATISTA PINTO, **Prova penal segundo a jurisprudência**, p. 9, Editora Saraiva, São Paulo, 2000; CÉSAR DARIO MARIANO DA SILVA, **Provas ilícitas**, p. 43, 2ª edição, Leud, São Paulo, 2002; EMMANUEL TEÓFILO FURTADO, "A Prova ilícita à luz do processo penal constitucional", artigo disponível na *Internet*, no site [www.fesac.org.br](http://www.fesac.org.br), consultado em 27.10.2002. Ao que parece, também é a opinião de LUIZ FRANCISCO TORQUATO AVOLIO, ob. cit., p. 74/75.

lores em jogo não pode ser subtraída à questão das provas ilícitas por derivação. Cuida-se de imperativo categórico. Pense-se, por exemplo, na hipótese de pessoas ligadas a organizações criminosas, ou até mesmo policiais, forjarem uma prova ilícita para com isso impedir o sucesso da investigação em andamento, de forma que tudo o que se venha a obter como consequência daquela seja considerado ilícito<sup>46</sup>. Somente a adoção do princípio da proporcionalidade seria capaz de rechaçar atitudes desta monta. Registre-se sob este ângulo, apenas em caráter informativo, que a doutrina e a jurisprudência alemãs não se inclinam, como regra, em adotar o dogma das provas ilícitas por derivação – o que lá se denomina “efeito à distância” (*fernwirkung*)<sup>47</sup>; porém, quando admitem a possibilidade de aplicação da teoria, a ela sempre aplicam a ponderação de interesses ínsita à proporcionalidade<sup>48</sup>.

A outra reflexão que parece relevante diz respeito à possibilidade de se aplicarem, na medida em que adequadas ao ordenamento jurídico brasileiro, as exceções com que a jurisprudência da Suprema Corte norte-americana tem temperado a doutrina do fruto da árvore envenenada. Referida Corte tem admitido diversas situações onde se excepciona a regra: quando, por exemplo, “o agente policial procedeu de boa-fé, ignorando a circunstância que lhe tornava ilegítima a atuação”<sup>49</sup> (cuida-se da chamada *the good faith exception*)<sup>50</sup>; ou “quando o vício de origem é ‘purgado’ por subsequente ato voluntário do réu, que, por

---

<sup>46</sup> A advertência é feita por ANTONIO SCARANEC FERNANDES, **Processo Penal constitucional**, p. 83, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1999.

<sup>47</sup> ANTONIO MAGALHÃES GOMES FILHO, *ob. cit.*, p. 109.

<sup>48</sup> DANILO KNIJNIK, A “doutrina dos frutos da árvore venenosa” e os discursos da Suprema Corte na decisão de 16-12-93, in **Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul** (AJURIS) n° 66, ano XXIII, p. 73, março de 1996.

<sup>49</sup> JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA, “O processo penal norte-americano e sua influência”, in **Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro**, n° 12, p. 93, jul./dez. 2000.

<sup>50</sup> Como bem assinala DANILO KNIJNIK, “tal exceção foi afirmada inicialmente no caso *United States v. Leon*, de 1984, e governa as situações em que os policiais crêem, sinceramente, que sua diligência observou os ditames da IV Emenda. Em *Leon*, a Polícia da Califórnia cumpriu um mandado – posteriormente invalidado – de boa-fé. Os acusados argüíram a supressão da prova, mas a Suprema Corte entendeu que a matéria estava sendo regulada pela exceção em testilha” (*ob. cit.*, p. 81).

exemplo, reitera *sponte sua* declaração constante de confissão ilicitamente obtida (*purged taint*)<sup>51</sup>; em hipóteses nas quais se tem acesso à prova por meio legal, independente do viciado (a chamada *independent source*)<sup>52</sup>; ou ainda quando se demonstrar que o elemento probatório colhido ilicitamente seria inevitavelmente descoberto por meios legais (*inevitable discovery*)<sup>53</sup>.

Admitida a teoria das provas ilícitas por derivação, devidamente balizada pelo princípio da proporcionalidade, outro não pode ser o entendimento senão o de a ela se aplicarem as exceções formuladas no país de origem<sup>54</sup>. A tarefa de adequação das referidas exceções à realidade jurídica brasileira (v. g., admitir que os agentes policiais possam agir de boa-fé quando procedem de forma ilícita), diante da falta de norma jurídica expressa, cabe sem dúvida à doutrina e sobretudo à jurisprudência. Esta última, aliás, já se vem mostrando sensível a alguns temperamentos<sup>55</sup>.

---

<sup>51</sup> JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA, "O processo penal norte-americano e sua influência", in **Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro**, nº 12, p. 93, jul./dez. 2000.

<sup>52</sup> Esclarece ANTONIO MAGALHÃES GOMES FILHO que "a *independent source limitation* foi reconhecida pela Suprema Corte no caso *Bynum v. U.S.* (1960): o acusado havia sido preso ilegalmente e, nessa ocasião, foram tiradas suas impressões digitais que comprovavam seu relacionamento com um roubo; em razão disso, a prova foi excluída porque *derivada* da prisão ilegal; num segundo julgamento, a acusação trouxe, para comparação, outras impressões digitais, mais antigas, que estavam nos arquivos do F.B.I.; assim, reconheceu-se a validade da prova, pois agora não havia conexão com a prisão arbitrária" (ob. cit., p. 108/109, nota 48).

<sup>53</sup> Trazem-se à colação, ainda uma vez, as lições de NORMAN M. GARLAND e GILBERT B. STUCKEY: "*Inevitable discovery exception: An exception to the fruit of the poisonous tree doctrine that states that the challenged evidence is admissible if the prosecution can show that the evidence would have been inevitably discovered, even in the absence of the police illegality*" (ob. cit., p. 296).

<sup>54</sup> Assim, DANILO KNIJNIK, ob. cit., p. 82/83.

<sup>55</sup> O Supremo Tribunal Federal já decidiu: "Se o que ensejou o início das investigações sobre as atividades delitivas foram denúncias recebidas por agentes de polícia, cujos depoimentos constituem prova autônoma e não contaminada pela prova viciada, torna-se inquestionável a licitude da persecução criminal. A prova ilícita, caracterizada pela escuta telefônica, não sendo a única ou a primeira produzida no procedimento investigatório, não enseja desprezarem-se as demais que, por ela não contaminadas e dela não decorrentes, formam o conjunto probatório da autoria e materialidade do delito. Não logrando colher-se dos elementos do processo a resultante consequência de que toda a prova tenha provindo da escuta telefônica, não há falar-se em nulidade do procedimento penal" (STF, 2ª Turma, HC 74081/SP, Rel. Min. Maurício Corrêa, DJU de 13.07.1997); "Descabe concluir pela nulidade do processo quando o decreto condenatório repousa em outras provas que exsurgem independentes, ou seja, não vinculadas à que se aponta como ilícita" (STF, 2ª Turma, HC 75892/RJ, Rel. Min. Marco Aurélio, DJU de 17.04.1998).



Em derradeira tentativa sintetizadora, entende-se possível, mesmo sem texto legal expresso, a adoção da teoria da inadmissibilidade das provas ilícitas por derivação, mas se deve levar em conta, primeiramente e sempre, o princípio da proporcionalidade, e em segundo lugar, na medida em que forem adequadas ao ordenamento brasileiro, as exceções que se fazem presentes na matriz exportadora.

### 3. Conclusões.

Sem a menor veleidade de demonstrar o acerto das teses expostas durante todo o itinerário, tampouco sem o anseio de responder a indagação *sugerida* pelo título do presente trabalho, apresentam-se a seguir as idéias desenvolvidas, que podem ser reconduzidas, em apertada síntese, às proposições objetivas que se seguem:

a) A Constituição da República de 1988, em seu art. 5º, LVI, estabeleceu regra em termos aparentemente absolutos. Todavia, parcela da doutrina e também da jurisprudência vêm entendendo que nenhum direito ou garantia são absolutos, e têm procurado suavizar a regra mediante a utilização do princípio da proporcionalidade;

b) O princípio da proporcionalidade deve ser aplicado para abrandar a vedação da admissão de provas obtidas por meios ilícitos seja em benefício do réu, seja em benefício do órgão da acusação, por força inclusive de outro princípio constitucional: o da igualdade das partes;

c) No contexto da aplicação do princípio da proporcionalidade *pro societate*, somente se admitirá a utilização da prova obtida em atitude contrária ao direito, pelo Ministério Público, em hipóteses de excepcional gravidade, e ainda assim mediante circunstanciada motivação judicial;

d) É possível, mesmo sem texto legal expresso, a adoção da teoria da inadmissibilidade das provas ilícitas por derivação (*fruit of the poisonous tree*), mas se deve levar em conta, primeiramente e sempre, o princípio da proporcionalidade, e em segundo lugar, na medida em que forem adequadas ao ordenamento brasileiro, as exceções que se fazem presentes na matriz exportadora americana. ◆

# A Licença Urbanística de Construir e seu Estatuto Normativo: O Estudo de um Caso Concreto\*

**ROGÉRIO GESTA LEAL**

*Desembargador do TJ/RS. Coordenador do Mestrado em Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul - RS. Professor convidado do Mestrado em Direito da Universidade Estácio de Sá - RJ*

## I. Notas Introdutórias

O tema do Direito Urbanístico no Brasil tem tomado o seu devido lugar de relevo no âmbito do conhecimento jurídico e político dos operadores do direito nos últimos tempos, notadamente a partir da edição do Estatuto da Cidade (Lei Federal nº10.257, de 10/07/2001), que revigorou o debate e a reflexão sobre a matéria.

Ocorre que, neste processo, tem-se percebido que muito há que maturar e compreender sobre o Direito Urbanístico, em face de sua natureza fenomenológica e polissêmica, constituído que está de múltiplos saberes e experiências, em razão da complexidade das relações sociais que encerra. Isto se reflete no campo da teoria do direito e no da dogmática jurídica que alcança o *thema*, exigindo dos maneijadores dos institutos que compõem o universo deste novo ramo do direito níveis de compreensão distinguidos pela sua multidisciplinariedade e arejamento.

Assim, a proposição interlocutória que trago aqui vem marcada por três preocupações: (a) identificar os elementos exógenos e endógenos ao sistema jurídico que se encontram na base de qualquer discussão abarcando o fenômeno urbano; (b) dimensionar o Direito Urbanístico, com sua formatação plural, a partir do estudo de um caso concreto, envolvendo licença urbanística de construção civil, em torno de uma demanda jurisdicional; (c) aferir a insuficiência do instrumento do Mandado de Segurança no Brasil para o enfrentamento de alguns temas de alta complexidade envolvendo o Direito Urbanístico.

---

\* Texto atinente à conferência proferida na Universidade Carlos III, de Madrid, e na Universidade de Zaragoza, Espanha, em 26 de fevereiro e 2 de março de 2004.

## II. Considerações sobre os elementos factuais identificatórios do problema urbano e jurisdicional em espécie

○ caso concreto que vamos analisar versa sobre apelação cível interposta por um Município do Rio Grande do Sul, em face de sentença proferida nos autos de Mandado de Segurança impetrado por um cidadão contra o Prefeito Municipal da cidade e o seu Secretário de Planejamento Urbano.

○ impetrante narra na inicial que, após regular procedimento administrativo, obteve do Município, em 21 de dezembro de 2000, licença para a edificação de um prédio a ser encetada em terreno de sua propriedade. Concedida a licença por portaria municipal, o autor diz dar início às sondagens do terreno e às obras do fundamento do prédio. Todavia, em 11 de janeiro de 2002, é intimado pelo Serviço de Fiscalização da Secretaria do Planejamento Urbano, *para providenciar a regularização do Projeto, visto que aquele anteriormente aprovado foi cancelado*, sendo-lhe concedido o prazo de 30 dias, sob pena de ter a obra embargada, com base legal na Lei Municipal nº 1.793/2001. Posteriormente, recebe correspondência do segundo impetrado – Secretário de Planejamento Urbano do Município -, fazendo referência aos prazos de validade das aprovações de projetos e estudos de viabilidades, perquirindo também a apresentação do projeto definitivo. Em relação a estas duas missivas, denuncia haver um “choque” de prazos, já que, enquanto a intimação concede o prazo de trinta dias, a correspondência do Senhor Secretário de Planejamento e Urbanismo defere sete dias às regularizações consecutórias. Refere, ainda, que a autoridade com capacidade legal para intimar é o Fiscal e não o Secretário, consoante legislação própria, inexistindo sanção alguma no termo.

Na seqüência de suas argumentações, pondera que a ordem postulada tem a finalidade de assegurar o exercício de seu direito líquido e certo de prosseguir na execução das obras cujo projeto foi regularmente aprovado pela autoridade administrativa competente, consoante os termos da licença que possui, ficando sujeito, contudo, neste exercício, à ação fiscalizadora das autoridades competentes.

Por tais razões, sustenta que se impõe a anulação da decisão administrativa que “cancelou” o projeto em causa, por manifesta violação ao princípio do direito de defesa consubstanciado no art. 5º, inciso LV, da Constituição Federal, e por ausência do devido processo legal, condicionante obrigatória estabelecida pela Lei Orgânica do Município. Postula medida liminar, independentemente da oitiva dos impetrados, consistente na suspensão de todos os efeitos jurídicos da intimação para paralisação das obras em questão, assim como do noticiado “cancelamento do projeto”, ou ato administrativo similar do qual se pretenda

extrair a revogação da licença para construir, até definitivo julgamento da presente ordem.

A promoção do Ministério Público foi no sentido de ser indeferida a medida liminar.

Deferida a liminar, determinando fossem suspensos os efeitos da intimação administrativa para paralisação das obras, bem como do noticiado “cancelamento do projeto”, ou qualquer ato administrativo que importe em empecilho para o impetrante prosseguir com a fiel execução do projeto aprovado, até julgamento do mérito.

Foram prestadas as informações pelo prefeito municipal de Gramado, informando que o projeto licenciado estava eivado de irregularidades, pois em desacordo com os dispositivos do Plano Diretor do Município de Gramado. Referiu que o ato administrativo nasceu nulo, por descumprimento do titular na execução do projeto apresentado ao Município.

Sobreveio sentença, concedendo o *mandamus*, para declarar a nulidade do ato de intimação administrativa para a paralisação das obras, bem como do noticiado cancelamento do projeto, ou qualquer ato administrativo que importe em empecilho ao impetrante à fiel execução do projeto aprovado, tornando definitiva a liminar deferida. Entende o julgador singular que o ato administrativo, por natureza, tem presunção de legalidade, salvo demonstração em contrário, asseverando que, na hipótese, a municipalidade inicialmente concede autorização para construir, aprova o projeto e, sem qualquer demonstração de desvio de finalidade ou alteração do projeto aprovado, emite auto de intimação determinando a regularização do projeto, visto que o anterior e primeiro fora cancelado. Para tal ato, agrega relatório de vistoria realizada por arquiteto e agente de fiscalização, cujo fundamento que se destaca é a inadequação da obra ao novo plano diretor, plano este anterior ao encaminhamento e aprovação do projeto. Diz também que não se pode estabelecer hierarquia entre dois atos administrativos antagônicos, bem como, pelo todo exposto nos autos, a necessidade de dilação probatória – especializada – para apurar-se a irregularidade do projeto em relação ao plano diretor e, conseqüentemente, a ilegalidade do ato administrativo que concede a licença para construir. Refere que a ilegalidade do ato inquinado resta incontroversa quando este não apresenta, na notificação, especificadamente, quais as irregularidades constatadas no projeto pela municipalidade, para que com isso possa o impetrante ou proceder às alterações necessárias para regularização da obra, se assim entender, ou buscar defender-se na área administrativa. Em síntese, aduz não ser possível à municipalidade, ao seu

livre arbítrio, declarar a nulidade de atos praticados por ela mesma, principalmente quando, com tal conduta, restringe direitos anteriormente reconhecidos, sem, no mínimo, oportunizar a ampla defesa. Condena a autoridade coatora ao pagamento das custas processuais, sem honorários advocatícios ante o já sumulado pelo STF.

Irresignado, o Município interpõe Recurso de Apelação, argüindo, em preliminar, a nulidade da sentença, por entender ser *extra petita*, pois o julgador extrapola os limites da lide levada à sua apreciação para prestar a tutela jurisdicional. Entende que o *writ* em tela é corretivo, e o julgador concede ao apelado a segurança preventiva, quando expressa na sentença que concede o *mandamus* para declarar a nulidade do ato de intimação administrativa para a paralisação das obras, bem como o noticiado cancelamento do projeto, ou qualquer ato administrativo que importe em empeco ao impetrante para prosseguir com a fiel execução do projeto aprovado, já que este último pedido não é postulado pelo apelado, restringindo-se a exordial tão-somente a postular a suspensão de todos os efeitos jurídicos da intimação para paralisação das obras em questão, assim como do noticiado “cancelamento do projeto” ou ato administrativo similar do qual se pretenda extrair esteja revogada a licença para construir. No mérito, entende que a pretensão do apelado não deve prosperar, necessitando de reforma a sentença, pelo fato de que a licença concedida e posteriormente cancelada pelo Município é nula de pleno direito, pois não observa a legislação local, em especial o Plano Diretor.

Apresentadas contra-razões pelo impetrante, afirmando que a sentença deve ser mantida.

Sobrevem novo parecer do Ministério Público opinando pelo conhecimento do recurso interposto e por seu improvimento, mantendo-se incólume a sentença que concede a segurança ao impetrante.

Vindos os autos ao Tribunal de Justiça, foram para relatoria de outro Eminentíssimo Desembargador, que vota pelo improvimento do recurso e manutenção da decisão de primeiro grau.

Discordando do douto colega, apresento voto divergente, cujos argumentos passam a ser explorados.

### **III. Um preliminar enquadramento político-constitucional do *thema recursal***

A matéria versada nos autos tem tratamento normativo esquadrihado, preliminarmente, pelo texto constitucional em vigor, mais especialmente pelo que dispõem o art. 30, 174 e seguintes, mais o art. 182 e seguintes, eis que versam sobre a ordem econômica e urbana em face das competências do Poder Público local.

Neste diapasão, mister é reconhecer que a propriedade urbana no país, a partir notadamente da norma constitucional vigente, é um instituto jurídico cuja definição corresponde a um conjunto transdisciplinar de interesses e matérias, jurídicas ou não.

Num plano mais geral e tradicional, posso aqui afirmar que conteúdo inerente à propriedade urbana é o circunscrito pelos chamados limites positivos que fixam o elenco de poderes e faculdades do titular do direito e o alcance do respectivo exercício, bem como até onde aquele pode ir na realização de tais poderes e faculdades. De outra banda, há um conteúdo negativo, circunscrito pelos limites que estabelecem até onde podem ocorrer ingerências e tangenciamentos de terceiros em relação ao direito alheio, quais os poderes e faculdades de que não dispõe seu titular e onde esse não pode ir no exercício do direito<sup>1</sup>.

Por estas razões, a legislação, ao estabelecer tais limites, tem imposto ao titular do direito um “fazer” (conservar o prédio urbano), um “não-fazer” (não usar nocivamente a propriedade imobilizada em detrimento dos vizinhos) ou um “suportar” (o vizinho pode entrar no terreno limítrofe para reparar o muro divisório)<sup>2</sup>.

Assim é que os limites positivos e negativos do próprio conteúdo do direito, e as limitações ao seu exercício, estabelecidas pelas regras jurídicas, formam o seu estatuto<sup>3</sup>, não podendo ser de todo absoluto, eis que tal conteúdo e exercício têm de possibilitar sua coexistência com outros direitos. O poder ou a faculdade do exercício se inscrevem, pois, no conteúdo do direito e, se ele é irregular ou danoso, há ilicitude, o que o sistema jurídico não pode aceitar<sup>4</sup>.

---

<sup>1</sup> Ver o trabalho de ARONE, Ricardo. **Por uma nova hermenêutica dos direitos reais limitados**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

<sup>2</sup> Por óbvio que estamos falando aqui de uma perspectiva dogmática da matéria trazida pela história de grande parte da abordagem civilista do tema no Brasil e outros países com semelhante formação jurídica. Neste sentido, ver os trabalhos de AZEVEDO, Filadelfo. **Destinação do imóvel**. São Paulo: Max Limonad, 2ª ed., 1957, p. 143-157; BRANCA, Giuseppe. **Della Proprietà** (arts. 957-1099). Bolonha: Zanichelli, 1957, p. 448-503; CARVALHO SANTOS, J. M. “Verbete Encravamento”, in **Repertório Enciclopédico do Direito Brasileiro**. Rio de Janeiro: Borsóí, s/d, v. XX, p. 197-205; DANTAS, Santiago. **O Conflito de Vizinhança e sua Composição**. Rio de Janeiro: Globo, 1939, 352 p.; GONÇALVES, Luiz da Cunha. **Tratado de Direito Civil**. São Paulo: Limonad, 1956, XII, I, p. 22-49. Para boa parte destes autores o mau uso da propriedade vinha definido pelo costume do lugar ou pela extensão do prejuízo causado. Em outras palavras: *Se o incômodo excede ao que é razoavelmente tolerável, segundo as circunstâncias, haverá mau uso da propriedade*. BENVILÁQUA, Clóvis. **Direito das Coisas**. Rio de Janeiro: Forense, 1956, p. 74.

<sup>3</sup> Utilizando aqui as palavras de HEDEMANN, Justus Wilhelm. **Tratado de Derecho Civil**. Madrid: Civitas, 1987, p.139.

<sup>4</sup> Neste sentido a advertência de GANDOLFO, Orlando Carlos. “Limitações da propriedade”. In **Revista dos Tribunais**, v. 421. São Paulo: RT, 1970, p. 39/46.

Quero afirmar, pois, que não existe imutabilidade em questão de poderes, de faculdades, em termos de conteúdo e de exercício de direitos – tampouco os atinentes à propriedade urbana no Brasil, como veremos. Em decorrência disto, as alterações no estatuto do direito de propriedade, a imposição de novas limitações, o aumentar ou diminuir de seu conteúdo não acarretam, em princípio, obrigação necessária de indenizar ou ilicitude por si só<sup>5</sup>, mas mera potencialidade empírico-contingencial, a ser densificada por cada caso concreto.

Todas estas questões atingem diretamente o tema da ordenação do território urbano, principalmente quando se leva em conta que o espaço urbano é antes de tudo propriedade urbana, seja pública ou privada, o que explica a relação umbilical entre estes temas, destacando-se aqui e novamente a ampliação das condições e possibilidades de gestão desta propriedade por parte do Poder Público e o dever de tolerância e suportabilidade por parte da propriedade privada, em nome exatamente da segurança, do bem estar da população e da sustentabilidade do desenvolvimento equilibrado do meio ambiente natural e construído<sup>6</sup>.

Em outras palavras, seguindo a dicção do texto constitucional, estou a dizer que o direito de propriedade no país não pode mais ser tido como absoluto, isto porque ela deve atender à sua função social, inserindo-se nesse conceito o cumprimento dos ditames da política de desenvolvimento urbano, executada pelo poder público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei.

Assim é que a tutela social dos incisos XXII e XXIII, do art. 5º da Constituição Federal, insertos dentre os direitos e garantias individuais, está a impregnar toda a Constituição e o Ordenamento vigente, garantindo, dentre outras prerrogativas, a propriedade, desde que vinculada à sua função social.

A perspectiva axiológica do conceito referido, por sua vez, vem orientada pelos princípios fundamentais da República, que têm na dignidade da pessoa humana regra basilar, fixada pelo art. 1º do Estatuto referido.

---

<sup>5</sup> Retroagindo à função social da propriedade, essa leva, especificamente, a que o titular seja obrigado a "fazer", a valer-se de seus poderes e faculdades, no sentido do bem-comum. A função social da propriedade corresponde, desta forma, a uma concepção também comissiva do uso da propriedade. Neste sentido, ver o trabalho de DI LORENZO, Italo. **Diritto Urbanistico**. Turim: UTET, 1998, p. 48.

<sup>6</sup> Neste sentido o trabalho de LEFÈBVRE, Henry. **The production of space**. London: Blackwell, 1992, p. 34 e seguintes.

Vale dizer, é a própria Constituição, nos princípios e objetivos fundamentais da República, que determina que a função social da cidade e da propriedade estejam umbilicalmente vinculadas à busca da dignidade humana, através da igualdade substancial de todos. No mesmo sentido, redução de desigualdade significa que a isonomia constitucional, antes apenas formal - todos são iguais perante a lei -, hoje passou a ser substancial, ou seja, o tratamento legal será desigual sempre que estejam em jogo os princípios, direitos e garantias federativas fundamentais, exatamente para garantir o mais alto grau de suas observâncias e concretização<sup>7</sup>.

Mas, afinal, no âmbito da ordenação do espaço urbano brasileiro, a quem compete dar concretude a todos aqueles princípios e regras jurídicas constitucionais e infra-constitucionais? Tenho que a todos os cidadãos e entidades que co-habitam na República, para uns de forma mais institucional (os Poderes Estatais), para outros de forma mais espontânea (organizada ou não), a saber, a Sociedade Civil. Por óbvio que a perspectiva institucional/estatal é a que vem, ao meu sentir, mais destacada no texto constitucional, o que se reflete também no cotidiano das pessoas, eis que historicamente a sociedade civil no Brasil não tem conseguido um grau de articulação e mobilidade capazes de sustentar práxis de pressão, controle e reivindicação eficaz em face das autoridades competentes<sup>8</sup>.

A despeito disto, cumpre observar que o perfil do Estado contemporâneo em nosso país vem profundamente alterado por sua adjectivação de Democrático de Direito, a saber, radicalizado em suas funções promotoras das promessas constitucionais, e não apenas como garante delas. Como assevera Vitale, este novo modelo de Estado está definitivamente marcado por uma substancialidade valorativa e ética, informada pelas conquistas históricas da humanidade, notadamente as normatizadas nos direitos humanos e fundamentais.<sup>9</sup> Tudo isto afeta principalmente os poderes instituídos do Estado (legislativo, executivo e judiciário).

---

<sup>7</sup> Já tratei deste tema no livro LEAL, Rogério Gesta. **Direito Urbanístico**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

<sup>8</sup> Neste sentido, com caráter mais internacional, ver o trabalho de OLMIER, Claude Yaniv. **L'Etat Communiquant**. Paris: Dalloz, 2000, p.187, e, no aspecto nacional, ver o texto de CARVALHO, Carlos. "Objetivos Versus Conflito nas Organizações: Um Estudo de Caso." *In Anais da ENANPAD*. Brasil: ANPAD, 1993, p. 26.

<sup>9</sup> VITALE, Ermanno. "Sobre la fundamentación de los derechos fundamentales." *In FERRAJOLI, Luigi. Los fundamentos de los derechos fundamentales*. Madrid: Trotta, 2001, p. 267.



Nos seus andares officiosos, notadamente o Poder Executivo, face a sua função materialmente administrativa (por oposição às funções legislativa e jurisdicional), visando ao atendimento concreto dos interesses público e social, vê-se hodiernamente em frente de situações jurídicas individualizadas envolvendo temas os mais diversos, as quais se explicitam através da prática de atos, negócios jurídicos e fatos jurídicos; quer no chamado mundo dos fatos, quer já no mundo jurídico, isto é, exercendo poderes e faculdades, direitos, cumprindo deveres e obrigações. Para tanto, ele se vale dos instrumentos normativos atinentes a cada espécie de demanda, haja vista sua necessária vinculação aos termos e limites normativos que lhe são impostos (art. 37, *caput*, do Texto Constitucional, por exemplo).

Estes instrumentos têm, no caso da propriedade urbana, o escopo de *regularizar* o condicionamento do seu uso e das ações econômicas que as envolvem às peculiaridades locais, decorrentes que são do poder de polícia que é inerente a todas as entidades estatais, para a regulamentação das atividades que se realizam em seus territórios e sob sua fiscalização.

Veja-se que esta regulamentação é tanto mais necessária quanto maior for a implicação do uso da propriedade e do exercício da atividade econômica com os interesses públicos indisponíveis, tais como a higiene da saúde pública, com a segurança e a ordem públicas, e especialmente com o abastecimento da população local.<sup>10</sup>

Ora, seguindo esta linha de raciocínio, parece-me que, havendo interesse local da região ou Município, está ele autorizado a editar normas que versem sobre a intervenção na propriedade e ordem econômica - claro que respeitando a legislação das demais entidades federativas competentes - , exercendo, entretanto, exegese extensiva, afeta aos seus interesses peculiares, comportamento, aliás, que tem relação com as normas que regulam a matéria urbanística, como é o caso do plano diretor, do código de obras, do parcelamento do solo urbano, do código de posturas, etc.. Com tal atividade legiferante e com as políticas e ações públicas consecutórias, o Município vai criando espaços e condições de intervenção real no âmbito da propriedade privada, entendida

---

<sup>10</sup> Conforme preceitua SERPA LOPES, Miguel Maria. **Curso de Direito Civil**. Volume VI. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1990, p.117.

aqui esta intervenção como *todo aquele ato advindo do Poder Público que indica, restringe ou retira direitos dominais privados, ou delimita a utilização de bens ou serviços particulares em face dos interesses públicos existentes*<sup>11</sup>.

Quando assim age o Estado/Município, o faz em nome também de sua **potestade**:

*Aquella situación de poder que habilita a su titular para inponer conductas a terceros mediante la constitución, modificación o extinción de relaciones jurídicas o mediante la modificación del estado material de cosas existente. Tal potestad tiene su origen siempre em una norma jurídica, que la atribuye al sujeto titular de ella.*<sup>12</sup>

Diferentemente dos direitos subjetivos dos particulares, que se fundam numa posição de poder que se dirige à satisfação de interesses dos próprios titulares, a potestade do Município revela-se como um verdadeiro poder fiduciário, i.é., *um poder cuyo beneficiário es una persona distinta a su titular, y que se confiere a éste para la protección de los intereses de terceros; por ello que las potestades son irrenunciables y su contenido inmodificable por la voluntad de su titular.*<sup>13</sup>

Diante deste cenário, importa agora avaliar se o instrumento utilizado pela municipalidade neste caso concreto observou os ditames jurídicos que lhes são próprios. Para tanto, aprecio primeiro o instrumento matricial utilizado e o procedimento que lhe deu causa e extinção, a saber, a licença edilícia.

#### **IV. Da licença edilícia, seu tratamento administrativo local e para o caso concreto**

Como bem observa José Afonso da Silva<sup>14</sup>, os marcos normativos que tratam do direito de construir possuem duas naturezas distintas, a saber: de direito privado e de direito público. Os marcos normativos de direito privado estão postos pelas regras de direito civil – como o direito

---

<sup>11</sup> Nos termos da dicção de FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Disciplina Urbanística da Propriedade**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990, p. 39.

<sup>12</sup> PASTOR, Juan Alfonso Santamaría. **Principios de Derecho Administrativo**. Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces, 2003, p. 394.

<sup>13</sup> *Ibidem*, p. 395.

<sup>14</sup> SILVA, José Afonso da. **Direito Urbanístico Brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 387.

de vizinhança -, de competência da União Federal, enquanto que os de direito público consubstanciam os ordenamentos editados, dentre outras entidades federativas, pelas municipalidades, versando sobre questões urbanísticas, de circulação, de recuos, de investidas, com fulcro em seu poder de polícia e potestade.

No âmbito da municipalidade, a doutrina especializada tem referido que a legislação urbanística tem duas funções proeminentes em termos de regramentos à ocupação do espaço urbano, a saber: (1) a que visa as construções isoladas e se propõe assegurar-lhes a plena correspondência às exigências higiênicas, estéticas, de incolumidade pública e idoneidade à função a cada qual se destina, o que comumente tem-se chamado de controle técnico-estético; (2) a que se propõe a realizar, no desenvolvimento das construções, a plena correspondência dos edifícios aos ditames dos planos locais integrados de ocupação do solo (Plano Diretor, por exemplo), capaz de fazer com que a zona de assentamento nasça, engrandeça ou se transforme de modo racional e em perfeita harmonia com a evolução dos serviços públicos – o que se tem chamado de controle urbanístico.<sup>15</sup>

Numa outra perspectiva, o controle da construção no espaço urbano desenvolve-se em duas direções: (a) o estrutural, que diz respeito à obra propriamente dita, tomando por foco as construções isoladas; (b) o urbanístico, que diz respeito ao conjunto das construções da cidade.<sup>16</sup>

Nesta mesma obra, Hely faz outro esclarecimento que se afigura caro para a matéria dos presentes autos, qual seja o que se refere aos mecanismos jurídico-administrativos que viabilizam o controle de que estou falando, destacando dois em especial: (1) a autorização administrativa para construção, tida como permissividade precária do Poder Público à edificação de algo com caráter provisório, não assegurado definitivamente e revogável a qualquer tempo (como a permissão de edificação de um barraco para estacionamento de carros, ou outra atividade tolerada); (2) licença administrativa para construção, com caráter de maior definitividade, reconhecendo e consubstanciando um direito ao requerente, a partir de requisitos e exigências impostos por lei

---

<sup>15</sup> Neste sentido o trabalho de TESTA, Virgílio. **Disciplina Urbanística**. Milano: Giuffrè, 1994, p. 249.

<sup>16</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito de Construir**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990, p.100.

(o que ocorre na aprovação de projetos para construção de edifícios, por exemplo)<sup>17</sup>; daqui o seu caráter constitutivo de direito, eis que ela

*Dà inizio a tutta una attività di vigilanza da parte della stessa pubblica amministrazione, fissa dei precisi limiti entro i quali questo diritto deve esplicarsi sotto cominatoria di sanzioni non solo amministrative ma anche di natura penale.*<sup>18</sup>

Por óbvio que esta licença, enquanto espécie de ato administrativo que é, deve se circunscrever aos limites e termos do sistema jurídico a que pertence e está vinculada, neste caso, às normas edilícias vigentes nas esferas federativas competentes – a começar por aquelas existentes na municipalidade (Plano Diretor, Código de Obras, Código de Parcelamento do Solo Urbano, Código de Posturas, etc. ).

Assim, o que de imediato se impõe, é aferir quais são os elementos normativos que estão a delimitar as exigências de avaliação, aprovação e execução dos assentamentos urbanos na comuna, a partir do que se poderão definir quais os limites da concessão de licença à edificação deferida.

Veja-se que, no momento da aprovação do projeto em debate, (21.12.2000 – Portaria 670/2000 – fl. 48), estavam vigendo as seguintes normas atinentes às matérias discutidas no feito:

(1) Tratando do subsolo das edificações, nos termos do artigo 22, inciso VII, da Lei Municipal 1.033/91 (Plano Diretor), com a redação que lhe foi dada pela Lei Municipal 1.664/99 (fl. 118), tem-se que:

*VII – Subsolo: Será permitido em todas as zonas 03 (três) pavimentos de subsolo, com no máximo 3,00m (três metros) de pé direito cada. Sendo seu uso exclusivo para garagem, casa de bombas, reservatório d'água, sub-estação, poço de elevador, medidores e caldeiras.*

*XI – As áreas edificadas como garagem, casa de bombas, reservatórios d'água, sub-estação, poço de elevador, medidores e caldeiras, desde que no subsolo serão computadas em 20% de aproveitamento em todas as zonas.*

(2) No que tange ao tema do subteto e do sótão, temos as disposições do artigo 19º, inciso XIII, da Lei Municipal 1.120/93, que alterou

---

<sup>17</sup> *Ibidem*, p. 163.

<sup>18</sup> SPADACCINI, Giuseppe. **Urbanistica, Edilizia, Espropriazione negli Ordinamenti Statale e Regionale**. Roma: Editrice Stamperia Nazionale, 1992, p. 429.

dispositivos da Lei Municipal 1.033/91 (Plano Diretor, fls. 111-112):

XIII – Sótão: Aproveitamento de área interna, sob o telhado principal da edificação, tendo como piso a laje de forro do último pavimento permitido. São condições básicas para o aproveitamento da utilização dos sótãos sob o telhado e somente serão permitidos quando:- não possuírem parada própria de elevador; - a altura máxima entre o ponto mais alto do telhado (cumeeira) e o piso do último pavimento permitido não pode ser superior a 8,50m (oito metros e cinquenta centímetros); - a altura máxima entre o piso do último pavimento permitido e o ponto de encontro entre o telhado e a prumada das paredes internas do prédio que compõe o perímetro da laje de forro do último pavimento, com exceção dos oitões principais, não seja superior a 3,15m (três metros e quinze centímetros); - a área utilizada não seja superior a 60% da área do último pavimento permitido para a Zona de Uso; - nenhuma parede, abertura, gaiútas, águas furtadas, oitões secundários, peitoris, terraços, piscinas descobertas, que não façam parte integrante dos oitões principais de telhados de duas águas, poderão ser executados a menos de 1,50m (um metro e cinquenta centímetros) das prumadas das paredes externas do último pavimento, não podendo ter inclinação superior à do telhado principal; - são permitidas execuções de terraços, varandas abertas e descobertas sobre a laje de ferro do último pavimento desde que se possa inscrever um círculo de diâmetro máximo de 3,00 (três metros) e na totalidade não ultrapassar em 40% (quarenta por cento) o comprimento correspondente à prumada das paredes do último pavimento.

No particular, é de se destacar que a licença conferida ao impetrante não especifica qualquer particularidade da obra, e tampouco indica qualquer prazo de validade. Consta, tão somente, a indicação de que ... concede ao Senhor João Carlos Franco Cunha e Outros a necessária autorização para construir um prédio residencial em alvenaria com 9.336,66m<sup>2</sup> área, à Av. das Hortênsias, Bairro Centro, em Gramado uma vez observadas as leis e os Regulamentos em vigor.

De outra parte, não há qualquer dispositivo específico nas Leis Municipais trazidas aos autos (1.033/91 – Plano Diretor; 1.120/93; 1.664/99; 1.693/99 e 1.793/2001) quanto ao prazo de validade das Portarias – autorizações e licenças – para construir, no caso de inexistir alteração no Plano Diretor.

A única disposição a respeito de tal matéria refere-se ao prazo de validade desta autorização, se tiver ocorrido alteração no Plano Diretor, consoante a norma inscrita na Lei Municipal 1.033/91 (Plano Diretor), artigo 5º (fl. 73), a saber:

Artigo 5º: *Os prazos de validade das aprovações de projetos, e de estudos de viabilidade, ou ainda da apresentação de projeto definitivo, serão: A) 90 (noventa) dias para os estudos de viabilidade aprovados anteriormente a esta Lei e em desacordo com a mesma serem aprovados como projetos definitivos; B) 180 (cento e oitenta) dias para todos os projetos aprovados anteriormente e em desacordo com a presente Lei, inclusive do item "A" possuírem as suas fundações totalmente concluídas.*

Já quanto ao desenvolvimento da obra, devem-se levar em consideração as seguintes situações:

(1) a licença é concedida em 21.12.2000 (fl. 48), enquanto a alteração operada no Plano Diretor ocorre com a edição da Lei Municipal 1.793/2001, ocorrida em 08.01.2001 (fl. 126);

(2) a sondagem penetrométrica no terreno é realizada durante o mês de janeiro de 2001 (fls. 133-148), tendo sido apresentado o laudo final, nominado de *Sondagem de Reconhecimento de Solo para Fundações*, em 30.01.2001;

(3) o prazo para conclusão da obra, a partir do *Contrato de Empreitada de Mão de Obra*, firmado entre o impetrante e a empresa Roloff Construções e Incorporações Ltda (fls. 149-155), é de oito meses (cláusula Sétima – fl. 150), a partir da data do contrato (09.02.2001); nesta mesma data é firmado contrato de prestação de serviços entre o impetrante e a empresa Terraplenagem Cavallin Ltda, para realização de terraplenagem no terreno (fls. 152-153); e, em 15.02.2001, é realizado novo pacto para realização de terraplenagem com a empresa Bazzan Terraplenagem Escavação Ltda (fls. 154-155);

(4) o Auto de Intimação n. 436 (fl. 60), que determina ao impetrante a regularização do Projeto, diante do cancelamento de sua aprovação, por sua vez, é lavrado em 11.01.2002. De igual sorte, a comunicação enviada ao impetrante pelo Sr. Secretário Municipal de Planejamento e Urbanismo (fl. 61), encontra-se datada de 10.01.2002. Consta, às fls. 62, laudo de Vistoria de Obra, datado de 06.11.2001, dando conta de que as fundações e vigas de baldrame dos Blocos "A" e "B" da obra não se encontram concluídas.

(5) Não há qualquer indicação nos autos de que a obra vem sendo executada normalmente, a despeito da afirmação do impetrante às fls. 41, de que *As obras em questão vêm se desenvolvendo regularmente...*, seja porque o contrato de empreitada de fls. 149-155, em sua cláusula sétima, estabeleça em oito meses o prazo para a conclusão da obra, a partir de fevereiro de 2001; seja porque a vistoria oficial de fl. 62 constatou a ausência de conclusão das fundações da obra; e, ainda, as fotografias (fls. 158-164) apresentadas pelo próprio impetrante (que se presumem contemporâneas ao ajuizamento da ação, ocorrido em janeiro de 2002), apresentam os edifícios em fase inicial de construção. E o auto de embargo n. 100 (fl. 175), lavrado em 24.01.2002, indica que a obra encontra-se na fase de fundações. De qualquer sorte, não há qualquer informação acerca do prosseguimento da obra após a realização do embargo, em 24.01.2002.

Por fim, a Lei 1.793/2001 foi editada em 08.01.2001, realizando alterações no Plano Diretor do Município no que se refere à disciplina jurídica do subsolo e do subteto ou sótão nas edificações. As modificações são, cotejadamente, as seguintes:

I. SUBSOLO:

(1) DISCIPLINA JURÍDICA ANTERIOR: artigo 22, inciso VII, da Lei Municipal nº 1033/91 (Plano Diretor), com a redação que lhe foi dada pela Lei Municipal 1.664/99 (fl. 118):

VII – Subsolo: Será permitido em todas as zonas 03 (três) pavimentos de subsolo, com no máximo 3,00m (três metros) de pé direito cada. Sendo seu uso exclusivo para garagem, casa de bombas, reservatório d'água, sub-estação, poço de elevador, medidores e caldeiras.

XI – As áreas edificadas como garagem, casa de bombas, reservatórios d'água, sub-estação, poço de elevador, medidores e caldeiras, desde que no subsolo serão computadas em 20% de aproveitamento em todas as zonas.

(2) DISCIPLINA JURÍDICA ATUAL: artigo 1º, da Lei Municipal 1.793/2001 (fl. 124):

Artigo 1º - Serão permitidas sem exceção, em todas as Zonas de Uso que compõem a lei do Plano Diretor de Gramado, somente um pavimento de construção considerado subsolo.

§ 2º - As áreas dos subsolos serão computadas em 100% no cálculo do índice de aproveitamento e em 50%, para os prédios plurifamiliares, somente se atenderem às seguintes condições: - destinarem-se a garagens e atenderem o número de boxes de estacionamento exigidos;- destinarem-se às instalações, equipamentos e a dependências de serviços necessários ao funcionamento e zeladoria do prédio.

## II. SUBTETO OU SÓTÃO

(1) DISCIPLINA JURÍDICA ANTERIOR: artigo 19º, inciso XIII, da Lei Municipal 1.120/93, que alterou dispositivos da Lei Municipal 1.033/91 (Plano Diretor) (fls. 111-112):

XIII – Sótão: Aproveitamento de área interna, sob o telhado principal da edificação, tendo como piso a laje de forro do último pavimento permitido. São condições básicas para o aproveitamento da utilização dos sótãos sob o telhado e somente serão permitidos quando: - não possuírem parada própria de elevador;- a altura máxima entre o ponto mais alto do telhado (cumeeira) e o piso do último pavimento permitido não pode ser superior a 8,50m (oito metros e cinquenta centímetros); - a altura máxima entre o piso do último pavimento permitido e o ponto de encontro entre o telhado e a prumada das paredes internas do prédio que compõe o perímetro da laje de forro do último pavimento, com exceção dos oitões principais, não seja superior a 3,15m (três metros e quinze centímetros); - a área utilizada não seja superior a 60% da área do último pavimento permitido para a Zona de Uso; - nenhuma parede, abertura, gaiútas, águas furtadas, oitões secundários, peitoris, terraços, piscinas descobertas, que não façam parte integrante dos oitões principais de telhados de duas águas, poderão ser executados a menos de 1,50m (um metro e cinquenta centímetros) das prumadas das paredes externas do último pavimento, não podendo ter inclinação superior à do telhado principal; - são permitidas execuções de terraços, varandas abertas e descobertas sobre a laje de ferro do último pavimento desde que se possa inscrever um círculo de diâmetro máximo de 3,00 (três metros) e na totalidade não ultrapassar em 40% (quarenta por cento) o comprimento correspondente à prumada das paredes do último pavimento.



(2) *DISCIPLINA JURÍDICA ATUAL*: artigo 2º, da Lei Municipal 1.793/2001 (fl. 125):

Artigo 2º - *Será permitido o aproveitamento da área interna sob o telhado principal das edificações (sótão) em, no máximo, 75% da área do último pavimento, desde que respeitados os recuos e demais itens do artigo 22, inciso XIII, da Lei n. 1120/93 e sua área de utilização seja computada em 100% do índice de aproveitamento da construção.*

*I. será permitido o atendimento do sótão com elevador, somente se a torre deste, conjuntamente com a casa de máquinas, não ultrapassar a altura da cumeeira;*

*II. a utilização do sótão por unidades habitacionais individuais ou autônomas, ou vinculadas às unidades do último pavimento permitido, somente serão possíveis se estiverem permitidas pelo cômputo de Densidade Territorial exigida para a Zona de Uso em questão.*

Desta forma, a irrisignação do impetrante reside na impossibilidade de construção dos dois pavimentos de subsolo, e a alteração nos índices de aproveitamento tanto do subsolo (majorados de 20% para 50%), quanto do sótão (antes inexistente, e atualmente de 100%).

Consoante já explicitado anteriormente, quando a Lei 1.793/2001 foi editada (em 08.01.2001), a obra ainda não havia sido iniciada, encontrando-se em curso a sondagem de reconhecimento de solo para fundações, cujo laudo (fls. 134-148) somente foi concluído em 30.01.2001, após as alterações operadas no Plano Diretor. Significa dizer que, quando do embargo da obra (auto de fl. 175), esta encontrava-se na fase de instalação de suas fundações.

Assim, considerando-se que a obra encontrava-se ainda em fase de instalação de fundações quando ocorreu o seu embargo, verifica-se que as irregularidades apontadas pelas autoridades municipais (desconformidades no subsolo e no sótão com a nova disciplina jurídica instaurada pela Lei Municipal 1.793/2001), ainda não se haviam concretizado. Ao lado disto, também como se referiu, não há qualquer informação nos autos acerca de eventual progresso na construção.

Já no que se refere a eventual adequação do projeto originalmente aprovado aos ditames da nova Lei, nos termos do artigo 5º, do Plano Diretor (fl. 73), observa-se ter decorrido prazo superior ao legal-

mente estabelecido (90 e 180 dias, respectivamente, sem ou com conclusão das fundações), sem que qualquer providência tenha sido tomada pelo impetrante no sentido da regularização da obra.

A partir destas considerações, cumpre avaliar, por oportuno, que bens jurídicos estão efetivamente demarcados e conflitantes no particular deste caso concreto, verificando-se as implicações decorrentes deles à ordem pública e para o interesse privado.

No que se refere aos alegados prejuízos decorrentes do cumprimento ou não das novas disposições incluídas no Plano Diretor, impõe-se a análise de algumas particularidades:

(1) A única prova material que o impetrante traz à colação no feito é a de que não observa a Administração Pública as garantias constitucionais e fundamentais do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal no procedimento que redundou na cassação da licença para construir, atingindo o direito adquirido que ele possuía para edificar o prédio. Em face disto, pondera, de forma especulativa, o risco de vir a sofrer prejuízos financeiros com a paralisação da obra - a qual estaria se desenvolvendo regularmente - tanto em face da decomposição dos materiais utilizados na construção, como em razão de eventuais quebras dos contratos firmados com terceiros (empreiteiras e fornecedores), aduzindo ainda a possibilidade de prejuízos junto a uma pontencial clientela: *.. posto que o simples fato de paralisação da obra, por embargo administrativo, já contém forte carga depreciadora em todo investimento..*

(2) Na perspectiva da Fazenda Pública, as alterações que advieram com o novo Plano Diretor se justificam tecnicamente, em tese, tanto para o bem estar e equilibrada ocupação humana do espaço edificado, como também por levar em conta critérios de segurança e habitabilidade, depurados com o tempo e a experiência acumulada neste setor, questões nucleares na compreensão da função social da cidade e da propriedade urbana referidos alhures.

(3) Por fim, é de ser ressaltado, novamente, que não há qualquer comprovação de que a obra prosseguiu. O que se tem de certo, nos presentes autos, é que decorrido lapso temporal superior a um ano, desde a concessão da licença, os edifícios sequer haviam saído de suas fundações, e este ônus probatório, smj, é do impetrante que, em meu sentir, não o cumpre. Aliás, frise-se, inexistente qualquer óbice à continu-

ação da obra, haja vista o deferimento da medida liminar requerida pelo impetrante (fls. 169-170):

*... determinando sejam suspensos os efeitos da intimação administrativa para paralisação das obras, bem como do noticiado 'cancelamento do projeto', ou qualquer ato administrativo que importe em empeco para o impetrante prosseguir com a fiel execução do projeto aprovado, até o julgamento do mérito (fl. 169), tendo sido confirmada a antecipação de tutela diante da concessão do mandamus (sentença de fls. 268-270).*

Também não merece acolhida o argumento dos impetrantes de que a lei municipal violou o princípio do direito adquirido em face da compra do terreno em que a obra está sendo construída, oportunidade em que não havia nenhuma restrição legal para nele serem edificados prédios residenciais ou comerciais. Ocorre que, com efeito, se os impetrantes adquiriram o mencionado lote com o propósito de nele erguer edifício composto de unidades, como afirmam, mas não o fizeram no tempo em que vigiam os permissivos explicitados pela licença adquirida, os direitos que possuíam, em verdade, até o advento das novas regras urbanísticas editadas pelo Plano Diretor, afiguraram-se como mera expectativa de direito, não havendo falar-se em direito adquirido após editadas as novas normas com o objetivo de ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes (CF, artigo 182, caput), até porque, conforme demonstram os documentos acostados aos autos, não se sabe sequer se as fundações foram concluídas, deixando de se perfectibilizar o ato edilício licenciado.

Considerando que os argumentos tangenciados pelas partes versam sobre o direito adquirido que cada uma tem de agir da forma como age, vale destacá-lo em termos de abordagem temática específica, o que passo a fazer.

## **V. O problema da caracterização do Direito Adquirido no caso concreto**

Podemos dizer que a proteção do direito adquirido se reveste, no Direito brasileiro, de caráter constitucional, desde os primórdios da República<sup>19</sup>, chegando até ao art. 5º, XXXVI, da Constituição de 1988,

---

<sup>19</sup> Conforme REALE, Miguel. **Teoria do Estado e do Direito**. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 87.

assegurando ele que a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada.

Em termos de legislação ordinária, tem-se sua previsão estatuída nos precisos termos do art. 6º, § 2º, da LICC, com a redação que lhe deu a Lei 3.238, de 01.08.57, de acordo com a qual: *Consideram-se adquiridos os direitos que o seu titular, ou alguém por ele, possa exercer, como aqueles cujo começo do exercício tenha termo prefixo, ou condição preestabelecida inalterável, a arbítrio de outrem.*

Ao longo do tempo e da história, entenderam a doutrina e a jurisprudência, interpretando o texto legal e em regra geral, que direito adquirido não é tão-somente aquele que, preenchidos todos os requisitos legais, já tenha sido integrado no patrimônio do seu titular, mas, ainda, aquele que depende de termo suspensivo ou de condição inalterável a arbítrio de outrem. A determinação constitucional e a vontade do legislador tiveram em mira impedir que a lei nova - que tem efeito imediato e geral (art. 6º, caput, da Lei de Introdução) - pudesse afetar o direito condicional, cujas consequências jurídicas independiam da atuação das partes<sup>20</sup>.

Nesta direção, Clóvis Beviláqua assim tratou do instituto:

*O princípio da não retroatividade é, antes de tudo, um preceito de política jurídica. O direito existente deve ser respeitado tanto quanto a sua persistência não sirva de embaraço aos fins culturais da sociedade, que a nova lei pretende satisfazer. Como pondera Kohler: “toda a nossa cultura exige uma certa firmeza de relações, sem o que seríamos lançados nos braços da dissolução, todo o nosso impulso, para estabelecer a ordem jurídica e nele viver, repousa na consideração de que as nossas criações jurídicas têm de perdurar”. Por isso, foi bem inspirado o legislador brasileiro, inscrevendo o princípio da não retroatividade na CF.<sup>21</sup>*

O entendimento dominante, a partir daqui, passou, pois, a ser no sentido de não poder a lei nova afetar o direito condicional ou dependente de termo, pois a realização da condição, ou o fato de ter fluído o prazo, faria com que o direito fosse considerado real e efetivo desde o

---

<sup>20</sup> MIRANDA, Pontes de. **Comentários à Constituição de 1967**. Vol. V. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983, p.116.

<sup>21</sup> BEVILÁQUA, Clóvis. **Teoria Geral do Direito Civil**. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1929, p. 21.

momento em que surgiu, mesmo com caráter condicional ou sujeito a prazo. Na verdade, nesta abordagem está também contemplado o tema da fidedignidade dos sujeitos de direito às regras de civilidade e obrigações que regem suas vidas cotidianas, não podendo ser surpreendidos pelo Estado ou pela Lei. Como quer Josserand:

*En somme, si la distinction des droits acquis et des expectatives est malléable et flottante, elle est susceptible de rendre de grands services pour l'application de l'art. 2, Surtout si on l'éclaire à l'aide de cette idée que le législateur ne doit pas tromper la confiance que les particuliers avaient placée en lui.*<sup>22</sup>

Não obstante complexidade da matéria, há certa unanimidade em significar o instituto como o direito que já se incorporou ao patrimônio da pessoa, o que passou a pertencer a alguém e que merece a proteção jurídica contra qualquer oposição de terceiros. Existe uma lei vigente ao tempo em que se adquiriu um bem ou uma vantagem, a qual dá garantia e proteção ao que incrustou no patrimônio da pessoa, não podendo ser alterado quando entra em vigor uma lei nova, dispondo o contrário daquilo que antes vinha disciplinado ou regulamentado<sup>23</sup>.

Em síntese apertada, pode-se dizer com Serpa Lopes que são os seguintes elementos que compõem a estrutura geral do direito adquirido: o surgimento de um fato idôneo ou jurídico; a existência de uma lei que lhe dá a envergadura jurídica; a integração ao patrimônio material ou moral do sujeito; a prevalência ante o aparecimento de lei nova, dispondo diversamente sobre o mesmo assunto, ainda que não se fez valer quando do advento da lei nova<sup>24</sup>.

Um tema correlato e tão importante quanto este é o que diz respeito à extensão do direito adquirido no sistema jurídico como um todo,

---

<sup>22</sup> JOSSERAND, Louis. **Cours de Droit Civil Positif Français**. Tomo. I. Paris: Sirey, 1970, p.53.

<sup>23</sup> É muito festejada a expressão de Beviláqua neste sentido: Em rigor, tudo se reduz ao respeito assegurado aos direitos adquiridos; mas, como, no ato jurídico perfeito e na coisa julgada, aproveitam-se momentos distintos, aspectos particulares do direito adquirido, foi de vantagem, para esclarecimentos da doutrina, que se destacassem esses casos particulares e deles se desse a justa noção. O que se deve dizer é que o direito adquirido, de que aqui se trata, é o direito incorporado ao patrimônio do indivíduo; e que o princípio da não-retroatividade é um princípio de proteção individual. *Op. cit.*, p.19.

<sup>24</sup> SERPA LOPES, Miguel Maria de. **Lei de Introdução ao Código Civil**. VI. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1997, p. 81.

em especial diante da norma constitucional, i.e., qual a forma de integração que há entre direito adquirido e norma constitucional existente e – no caso avaliado – superveniente.

Sob tal perspectiva, em sede de ordem constitucional, tem-se entendido que o direito adquirido diz, notadamente, com as leis ordinárias e não com a Constituição Federal, eis que esta incide imediatamente por força de sua própria natureza e em vista da posição hierárquica que ocupa, de outro lado, a unidade de tratamento legal no que diz respeito às principais questões da nação exige a supremacia da ordem constitucional<sup>25</sup>.

Neste sentido, pode-se sustentar que não há direito adquirido para que seja aplicada uma lei considerada inconstitucional. E se a lei somente vem a ser tida como inconstitucional posteriormente? Mesmo assim, não se forma o direito adquirido. As situações criadas ou erigidas quando ainda valia a lei não ficam resguardadas contra a inconstitucionalidade: é que a declaração de inconstitucionalidade opera *ex tunc*, com a nulidade de pleno direito de todos os atos praticados sob o manto do texto inconstitucional.

Com a lição de Alfredo Buzaid:

*A sentença, que decreta a inconstitucionalidade, é predominantemente declaratória, não constitutiva. A nulidade fere-a ab initio. Embora executória até o pronunciamento definitivo do Poder Judiciário, a sentença retro gerou os seus efeitos até o berço da lei, valendo, pois, ex tunc. O Poder Judiciário não modifica o estado da lei, considerando nulo o que unicamente era válido. Limita-se a declarar a invalidade da lei, isto é, declarara natimorta. Os atos administrativos praticados com base em tal lei poderão ser desfeitos porque restaram sem o amparo que os determinou.*<sup>26</sup>

Conclui-se com facilidade que a norma constitucional, se não pode violar o direito adquirido – nos termos em que aqui é enfocado - pode regular toda e qualquer matéria atinente às competências sobre que versa, respeitadas as formas regulamentares para tanto, o que acontece, em especial, com o tema do Direito Urbanístico, cujos princípios

---

<sup>25</sup> Conforme FRANÇA, R. Limongi. **A irretroatividade das leis e o direito adquirido**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

<sup>26</sup> Apud de DELGADO, José Augusto. "Direito Adquirido nas Relações de Direito Privado e nas Relações de Direito Público". In **Jurisprudência Brasileira**, nº 101, Juruá Editora, Curitiba, 1985, p. 24.

ordenadores estão dados pela Carta Magna – vistos anteriormente -, e especializados pelas diretivas locais.

De qualquer sorte, ainda em nível de direito adquirido, tenho que, para sua configuração definitiva, não basta que haja um direito assegurando determinada vantagem em certa época. O sujeito de direito deve adquirir o direito, ou se encontrar vivendo já uma situação jurídica, para mantê-la quando do surgimento da lei nova e não perder a vantagem.

Por outras palavras, se a pessoa não começou a exercer o direito, não possui direito adquirido. Tem apenas uma faculdade, uma capacidade não exercida.

Vale a pena citar passagem do voto do eminente desembargador Tael João Selistre, nos El 70002681013, p.15:

*“Não existe qualquer possibilidade de se contornar esse problema. Seja com a alegação de direito adquirido, que não existe no caso, como já salientado, mesmo porque o pretendido direito sequer foi exercido, eis que o pagamento não ocorreu, além de ele não poder ser cogitado na relação estatutária, eis que, como sabido, vantagens e benefícios concedidos podem ser posteriormente suprimidos; seja com a de violação ao princípio da irredutibilidade de vencimentos, igualmente não configurado no caso, já que se trata, apenas, de não pagamento de um reajuste predeterminado, que sequer foi pago, e não de qualquer redução de vencimentos”.*

Mesmo em nível de orientações jurisprudenciais, tem-se que a expectativa de direito é algo que antecede à sua aquisição; não pode ser posterior a esta. Uma coisa é a aquisição do direito; outra, diversa, é o seu uso ou exercício. Não podem as duas ser confundidas.<sup>27</sup>

Ora, salvo melhor juízo, o impetrante jamais teve incorporado ao seu patrimônio jurídico (da obra que sequer saiu das fundações) os parâmetros edilícios outorgados matricialmente e anteriores ao novo Plano Diretor, que os reviu. Estas novas normas, segundo Gabba, por dizerem respeito a interesses públicos de gênero indisponível, aplicam-se imediatamente, notadamente as dispostas por comandos constitui-

---

<sup>27</sup> Ver o Mandado de Segurança nº 250.920, do Pleno do Tribunal de Justiça de São Paulo, de 20.10.76, em **Jurisprudência Brasileira**, nº 83, Juruá Editora, Curitiba, 1984, p. 264.

onais, e os correspondentes direitos e deveres dos indivíduos mudam-se e modificam-se imediatamente em virtude daquelas leis.<sup>28</sup>

Em face do novo Plano Diretor, respeitado o princípio da legalidade, não tem outro comportamento a tomar a Administração Pública local, senão a de revisar os atos praticados e exarados, no particular, a licença urbanística concedida, naquelas disposições ainda não consolidadas materialmente junto ao patrimônio jurídico do impetrante.

A advertência de Miguel Seabra Fagundes, aqui, é pertinente, quando lembra:

*A administração pública não é livre em resolver sobre a conveniência do ato, nem sobre o seu conteúdo. Só lhe cabe constatar a ocorrência dos motivos. E, com base neles, praticar o ato. Escusando-se a praticá-lo, no tempo e com o objetivo determinado, viola a lei.*<sup>29</sup>

Por tais razões é que Município, aqui, pode rever (anular ou revogar) seus próprios atos quando eivados de vícios – mesmo supervenientes -, que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos.

Sob o aspecto da regularidade política e moral do ato praticado pela Administração, é ainda Limongi França quem lembra o fato de que *Nenhuma pessoa pode ter direitos irrevogavelmente adquiridos contra uma lei de ordem pública, não se devendo manter 'o que perturba a ordem, ou ofende os bons costumes, visto que não pode haver direitos adquiridos contra a maior felicidade dos Estados'. Os direitos adquiridos particulares devem ceder lugar, submetendo-se aos interesses de ordem geral, aos interesses de ordem pública, com os quais não podem entrar em conflito, porque estes preponderam e têm supremacia.*<sup>30</sup>

Ademais, em face da complexidade do tema envolvido, tenho que a discussão sobre se a lei superveniente (Plano Diretor) alcança ou não todos os direitos subjetivos e públicos tratados nesta lide, assim como se o projeto urbanístico da construção está bem ou mal elaborado, são questões que não podem ser exaustivamente dirimidas pela via estreita do *mandamus*, matéria que passo a analisar.

---

<sup>28</sup> GABBA, L. *Retroattività delle Legge*. Torino: Dellapiacce, 1987, p.212.

<sup>29</sup> FAGUNDES, Seabra. *O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário*. Rio de Janeiro: Forense, 1968, p. 41.

<sup>30</sup> FRANÇA, R. Limongi. *Direito Intertemporal Brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968, p. 477 a 482.



## VI. Sobre os limites do Mandado de Segurança ao exaurimento das pretensões deduzidas

Como bem lembra Caio Mário da Silva Pereira<sup>31</sup>, nos primórdios do mandado de segurança chegou-se a entender que direito líquido e certo fosse aquele que não demandasse maiores considerações, ou que não ensejasse dúvida, sob o ponto de vista jurídico, o que não oferecesse complexidade, de fácil interpretação, o 'direito translúcido, evidente, acima de toda dúvida razoável, apurável de plano sem detido exame, nem laboriosas cogitações'.

Por tais fundamentos, tem-se dito recorrentemente que a essência do mandado de segurança está no direito líquido e certo que visa a assegurar. Todavia, conceituar direito líquido e certo tem sido uma tarefa árdua que a doutrina e a jurisprudência pátria têm levado a cabo<sup>32</sup>.

O art. 5º, inciso LXIX, da Constituição Federal refere expressamente que conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por habeas corpus ou habeas data, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público.

Ainda com a lição de Barbi:

*a expressão direito líquido e certo não foi criada pelo legislador constituinte nem pelo legislador ordinário. Limitaram-se eles a buscá-la na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, onde a introduzira Pedro Lessa, ao tempo da formulação da doutrina brasileira do habeas corpus, e para aplicação a este.*<sup>33</sup>

*Outra não é a observação de Themístocles Brandão Cavalcanti: PEDRO LESSA foi quem introduziu a expressão certo, líquido e incontestável, nos julgados do Supremo Tribunal, e, apesar das críticas feitas, exprimia, com precisão, salvo o rigor da técnica das ex-*

---

<sup>31</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. "O Mandado de Segurança". In **Revista Ajuris**, vol. 21, Porto Alegre: Ajuris, 1984, p. 74.

<sup>32</sup> Daí dizer BARBI, Celso Agrícola. **Do mandado de segurança**. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 57, que o conceito de direito líquido e certo é a pedra de toque, a chave de abóbada de todo o edifício.

<sup>33</sup> Op. cit., p. 61.

*pressões usadas, as exigências dos juízes daquele Tribunal para que se pudesse ampliar o conceito clássico de habeas corpus a outros direitos que não os concernentes à liberdade física.*<sup>34</sup>

De igual forma, em obra clássica, Castro Nunes assevera que as origens da locução mostram que se trata de um critério jurisprudencial, justificado pelas necessidades da adaptação do habeas corpus, na extensão dada a esse instituto pela antiga jurisprudência<sup>35</sup>.

Mais tarde, Alfredo Buzaid, fazendo uma crítica ao conceito relativista de Castro Nunes a este ponto, refere que o que, a nosso ver, esclarece o conceito de direito líquido e certo é a idéia de sua incontestabilidade, isto é, uma afirmação jurídica que não pode ser séria e validamente impugnada pela autoridade pública, que pratica um ato ilegal ou de abuso de direito.<sup>36</sup> Tal conceituação, ao meu sentir, não é exaustiva aos fins que se pretende, como bem acentua Maciel, pois parte de elemento puramente subjetivo. O que seria uma "afirmação jurídica que não pode ser séria e validamente impugnada pela autoridade pública"? É o juiz que fará a avaliação da seriedade como se fosse a autoridade coatora? Claro que não.<sup>37</sup>

Já Sérgio Ferraz busca conceituar separadamente os adjetivos líquido e certo: *Diremos que líquido será o direito que se apresente com alto grau, em tese, de plausibilidade; e certo aquele que se oferece configurado preferencialmente de plano, documentalment sempre, sem recurso a dilações probatórias.*<sup>38</sup>

O aspecto da exigência da plausibilidade e da relevância do documento aqui, salvo melhor juízo, parece exacerbado também, merecendo a flexibilização necessária do interesse que está se protegendo, por óbvio sem descurar da cognição necessária ao convencimento jurisdicional.

---

<sup>34</sup> CAVALCANTI, Themístocles Brandão. **A Constituição Federal Comentada**. V. III. Rio de Janeiro: Konfino, 1949, p. 208.

<sup>35</sup> NUNES, Castro. **Do mandado de segurança e outros meios de defesa do direito contra actos do poder público**. São Paulo: Livraria Acadêmica, 1937, p. 55.

<sup>36</sup> BUZOID, Alfredo. **Do mandado de segurança**. V. I. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 85 e seg.

<sup>37</sup> MACIEL, Adhemar Ferreira. "Mandado de Segurança e o direito líquido e certo". In São Paulo: **Revista de Estudos Tributários**, nº 3 - SET/OUT de 1998, p. 5.

<sup>38</sup> FERRAZ, Sergio. **Mandado de segurança (individual e coletivo) - aspectos polêmicos**. São Paulo: Malheiros, 1992, p. 24.

De qualquer sorte, o conceito de direito líquido e certo vem sendo consolidado no tempo também pela casuística, notadamente pelo Supremo Tribunal Federal, o qual, em alguns arestos passados, tem consolidado a tese de que a expressão está ligada à prova pré-constituída da pretensão deduzida e a fatos documentalmente provados com a inicial. Vejamos alguns:

*Deixa de ser líquido e certo o direito do impetrante, se demanda de provas para sua verificação. Impropriedade do mandado de segurança, nesse caso (RMS 1.548, Min. MÁRIO GUIMARÃES, DJU de 19.05.1952, p. 2276).*

*Retificação de limites do território do novo Município. Questões de alta indagação(33), insusceptíveis de apreciação em mandado de segurança. Recurso desprovido (Ementa do RMS 4.953-RS, Min. BARROS MONTEIRO, DJU de 02.05.1958).*

*Mandado de segurança. Denegação, desde que não se demonstra direito líquido e certo, tanto assim que, ainda nas razões de recurso, o impetrante oferece novos documentos e pede a requisição de outros, o que não se concilia com a índole daquele remédio sumaríssimo. Recurso não provido (RMS 2.484, Min. LUÍS GALLOTTI, julgamento em 06.04.1955).*

*Mandado de segurança. Não-cabimento, se a matéria a ser decidida envolve questões de fato, sujeitas a árduos meios de prova e exame incompatíveis com o requisito de liquidez e certeza do direito (RMS 2.954, Min. LUÍS GALLOTTI, julgamento em 08.03.1955).*

*Mandado de segurança. Ausência de direito líquido e certo. Questões de fato a serem apuradas. Nega-se a segurança (RMS 3.079, Min. LAFAYETTE DE ANDRADA, julgamento em 04.04.1956).*

Nesta direção, estou defendendo que, em sede de Mandado de Segurança, não se pode admitir que o impetrante ingresse em juízo para fazer, no curso sumaríssimo que caracteriza este instrumento, em que não há dilação, a prova das suas alegações, que na verdade deve ser preconstituída e sempre documental. Significa dizer que a prova há de ser documental e os documentos comprobatórios do fato não podem padeecer de dúvida, isto porque, se forem impugnados de falsos, por exemplo, não seria possível a instauração do incidente de falsidade.

Notadamente quando está em jogo o enfrentamento de regramentos normativos urbanísticos, de fonte constitucional e por isto umbilicalmente vinculados a interesses de natureza pública indisponí-

vel, aí sim, a prova preconstituída que demanda o Mandado de Segurança deve restar hígida e exauriente para os fins da pretensão declinada, o que não ocorre, data vênia o eminente relator, na espécie, ao menos em toda a extensão perquirida na exordial e consubstanciada na decisão vergastada.

Mais especificamente estou a dizer que, na via do Mandado de Segurança proposto, só é possível aferir com segurança que houve irregularidade no processo administrativo de cancelamento do projeto da obra sob comento e da revogação da licença para construir, pois violador de garantias processuais constitucionais vigentes, porém, não há elementos probatórios suficientes para anular a determinação do Poder Público para que as obras fossem **suspensas**, o que não se confunde com definitivamente interrompidas, até regularização do projeto nos termos das novas regras edilícias, eis que medida preventiva de mais ônus tanto ao impetrante como à ordem e segurança públicas, isto porque restaram silentes respostas suficientemente claras quanto à relação entre o estágio de construção da obra quando da entrada em vigor do novo Plano Diretor, e os atos e fatos administrativos decorrentes daí.

Veja-se que, considerando o estágio embrionário da obra até hoje – pelo menos em face das informações precárias dos autos -, qualquer questão que envolva prejuízos materiais ao impetrante decorrentes da suspensão da obra, devem ser resolvidas na esfera própria, não se confundindo ou superando o interesse público de toda a comunidade em ter um desenvolvimento urbano equilibrado e sustentável.

## VII. Do Dispositivo

Por todo o expedito, entendi que o apelo deveria ser parcialmente provido, para os fins de reformar a decisão de primeiro grau, no sentido de anular tão-somente o cancelamento do projeto edilício debatido e a revogação da licença para construir, porque não observados os direitos e garantias processuais do impetrante, mantendo-se hígida a determinação de suspensão da obra. ♦

# Celeridade da Justiça. Limites que se Impõem

**LUIZ FELIPE DA SILVA HADDAD**

*Desembargador TJ/RJ*

O autor destas linhas inicia este modesto trabalho em se recordando de seu quinto ano de bacharelado em “Ciências Jurídicas e Sociais”, no ano já distante de 1967, na Faculdade de Direito da UFRJ. Nosso professor de Direito Administrativo, **Francisco Horta**, naquele mesmo ano alçado à magistratura de carreira do então Estado da Guanabara, que exerceu, como a deste novo Estado após a fusão, com grande dedicação e dignidade e, ao depois, com iguais qualidades, o mandato parlamentar, dizia-nos, com veemência elegante, que **a justiça tem que ser célere**. Pois do contrário, poderia não ser efetiva, no debilitar de sua imagem perante a sociedade.

Essa importante mensagem do magistrado tocou-me fundo, como aos colegas. Estagiários que já éramos em maioria, exercendo funções na Defensoria Pública, que então, no “Estado-Cidade”, era a etapa primeira da carreira do Ministério Público, começávamos a ver de perto as mazelas dos procedimentos intermináveis, no cível e no crime. É claro que, naquele tempo, a legislação pertinente, eivada de formalismo, em que pesem as corajosas reformas contidas no Código de Processo Civil de 1939, pouco auxiliava na melhoria do quadro. E, neste ponto, esclareço que me refiro mais aos procedimentos cíveis em abrangência. Quanto aos criminais, tantos eram e tantos são os fatores específicos próprios, que reputei por bem afastá-los da presente análise.

No prosseguir de minhas atividades; na advocacia, na promotoria de justiça e depois na judicatura, a última iniciada em 1978, tendo passado da instância *a quo* para a *ad quem* em 1999, vi e vejo muita coisa boa acontecer quanto à busca da tutela jurisdicional mais breve e mais efetiva. Isso, aliás, mais ou menos acompanhando a transição política do País de um regime autoritário para o de democracia plena

(conquanto bem mais formal que material). E também as muitas mudanças socioeconômicas e de costumes (positivas algumas e negativas outras). Em todo esse período, no que aqui mais interessa, tivemos o Código de Processo Civil de janeiro de 1973, que entrou em vigor um ano depois, e que, mantendo as conquistas do Diploma anterior acerca do **princípio do juiz ativo** ou **publicístico**, pôs fim à inocuidade das audiências sem provas orais, estatuinto o precioso julgamento antecipado da lide. Como disciplinou o então confuso gizamento dos recursos. Como conceituou de maneira firme institutos relevantes, como a sentença, até então objeto de debates acadêmicos “bizantinos”. Como melhorou e simplificou a tutela executória e obrou didaticamente a cautelar. Tal Código, oriundo de projeto do Professor **Alfredo Buzaid**, que recebeu excelentes contribuições em suas duas comissões revisoras, tem sido, de lá para cá, melhorado, com raras exceções, por leis plúrimas, quase todas aprovadas nos últimos dez anos. Outras estão por vir, no rumo moderno e arejado da tutela efetiva, do finalismo e de vários princípios em correlação, não podendo-se omitir referência à Lei nº 9.099 de 1995, que disciplinou os Juizados Especiais tão esperados pela população no conjunto, principalmente na esfera do Direito do Consumidor.

Toda a referida evolução foi e é seguida, em nosso Estado, por mudanças no Código de Organização e Divisão Judiciárias (CODJERJ), no Regimento Interno deste Tribunal e em ditames normativos da Presidência e da Corregedoria-Geral. Sobre o que se tem feito a respeito, e sobre o que se faz e será feito, creio ser despiciendo dissertar-se. Não há juiz fluminense que o ignore, nem advogado consciente, nem membro do Ministério Público, órgão, aliás, que tem crescido em forma e conteúdo, na defesa concreta da legalidade e dos magnos interesses públicos e sociais, o que também tem sucedido com a valorosa Defensoria Pública.

No entanto, em que pese todo esse “devenir” progressista, nota-se, por inelutável, nos dias hodiernos, o crescimento de “erva daninha” no sentido contrário do que existia no passado remoto e próximo. Ou seja, o sacrifício da qualidade das decisões judiciais pela pressa excessiva no obrar da cognição. A quantidade de sentenças e arestos, em espaços temporais reduzidos, tem sido intensa. Mas a qualidade, como dito, vem caindo sobremaneira.

Compreende-se, humanamente, esse quadro. Nós, juízes, em dimensão nacional, somos chamados a decidir lides que aumentam em proporção quase geométrica. A sociedade brasileira, em nossos dias, heterogênea por intenso, é extremamente conflitiva, o que é positivo por exurgir da consciência generalizada dos direitos de cada um em face do outro, e em face do aparelho estatal. **Fome e sede de justiça**, na expressão de **Luiz Fux**. Mas que também é preocupante e altamente desafiador. O número de magistrados, de primeiro e de segundo graus, por mais concursos que sejam realizados, nunca atinge a exata proporção do acréscimo da litigância. Por mais Varas que sejam instaladas na Capital (Centro e Regiões) e nas Comarcas adjacentes, que integram a megalópoles do “Grande Rio”, ou em outras do Sul do Estado, das Serras, dos Lagos e do Norte-Noroeste; por mais Câmaras que haja neste Pretório; por mais Juizados em bairros e distritos; o assoberbar laborativo continua a existir. Sabe-se, por notório, que tais criações e instalações enfrentam, hoje, o óbice da falta de verbas, assunto também aqui evitado, até por envolver o campo político-administrativo e político de per si, mas sobre o qual muita tinta tem sido derramada sem resultados práticos.

Tal realidade, nesta Unidade Federativa, não discrepa da denotada nas demais, guardadas as diferenças. Do Chuí ao Oiapoque, de Cruzeiro do Sul (AC) ao Cabo de Santo Agostinho (PE), o incrementar das lides caminha na proporção direta do transformar da sociedade, cuja intensidade se dá hoje em progressão geométrica e sem previsão confiável do que haverá no futuro. O extremo contraste entre **os poucos que muito têm e os muitos que pouco ou nada têm**; a conturbação de valores familiares e ético-religiosos; a competição brutal e individualista em todos os níveis, e proporcional à descrença no “mundo melhor” após o colapso do “socialismo real” a que se seguiu o violento “rolo compressor” do capitalismo frio e globalizado, destruidor de conquistas sociais que se reputavam sólidas, no afetar sobretudo de Países como o nosso, pleno de mazelas seculares, de pior a **cultura do levar vantagem em tudo**, escravizado a juros de dívidas impagáveis, com aparelho estatal deteriorado, tudo está a conduzir a delinqüência e a ilicitude em geral a altitudes sinistras, fazendo exurgir quadro de litígios sem fim, e em todas as esferas dos relacionamentos humanos.

Voltando-se ao núcleo específico do problema em berlinda, é de se ressaltar que, acerca da tutela da jurisdição, tanto é assaz criticável o proceder lento e evadido de formalismos inúteis, quanto o apressado em demasia, atropelador de garantias básicas, nomeadamente o contraditório, a ampla defesa e o **due process of law**. E que são princípios mais do que processuais, isto é, constitucionais permanentes. Outrossim, perniciosa se vê a cognição mal construída, de direito ou de fato. Ou de ambos.

Esse tipo de falha hoje se percebe em certas sentenças que são ótimas em termos de dissertações acadêmicas, mas que são sofríveis no apreciar das dinâmicas fáticas.

Que, por exemplo, estatuem ou denegam indenizações patrimoniais e reparações por danos morais, com abundância de transcrições de textos doutrinários e ementas de jurisprudência, mas em fraco sopesar das circunstâncias no cotejo com os argumentos das partes adversas. Que se limitam a adotar laudos de peritos, em expressões lacônicas, relegando ao oblívio as críticas dos assistentes técnicos. Que, em lides familiares, prestigiam revelias e confissões fáticas na presença de direitos que não admitem transação. Que, no genérico, revelam o anseio de encerrar processos, por terminativo ou por definitivo, com pouca ou nenhuma preocupação para com as angústias humanas contidas em seus autos.

Esse mesmo fator negativo se dá quando alguns julgadores se atêm, pura e simplesmente, às provas produzidas pelas partes, deixando de aplicar o precioso artigo 130 da Lei Adjetiva, referente aos princípios aludidos supra, trazidos ao Direito Pátrio pela Lei de Regência de 1939, no escopo da **busca da verdade real, dando-se razão a quem a tem de substância**. Ainda carece, por lamentável, de aceitação uníssona, a Exposição de Motivos de tal Diploma, no assinalar de que **o juiz não se assemelha ao árbitro de luta de boxe, proclamando a vitória do litigante (por qualquer motivo) mais poderoso**. Por óbvio dentro de limites ponderados, é dever do magistrado determinar esclarecimentos, em diligências *ex officio*, que sejam essenciais ao verificar da justeza da pretensão ou da resistência. E tenha-se em vista que a conduta, a propósito, omissiva, a pretexto de preservação da imparcialidade, conduz à parcialidade em favor da parte beneficiada pela carência instrutória, o que o renomado mestre **J. C. Barbosa Moreira**, aliás, bem acentuou, em palestras, promovidas pela AMAERJ e pela EMERJ.



No que se refere à Segunda Instância, também acicatada por números crescentes de apelações e agravos, é de elogiar-se a maior amplitude dos poderes concedidos aos relatores, por conta das últimas leis que alteraram o CPC. Seu artigo 557, no *caput*, permite que o seguimento recursal seja negado, em suma, por ser a decisão de primeiro grau plenamente acertada, confrontando-se a irresignação com cediço entendimento jurisprudencial, das Altas Cortes da Nação ou do próprio Tribunal de origem, ou quando existirem, no recurso, os fatores de prejuízo ou inadmissibilidade. E o § 1º - A, do dispositivo, autoriza o provimento do recurso pelo relator, quando a sentença ou o interlocutório estiverem em confronto com entendimento dominante nos Egrégios STJ ou STF. O que, aliás, por lógico, abrange hipóteses em que, por cristalino, exurgirem graves erronias, nas decisões monocráticas, em ferimento a comezinhos princípios de direito, ou em nulidades absolutas, ou completo afastamento das provas dos autos. Tudo inserido na conhecida e criticável **teratologia**.

Entretanto, notam-se, por vezes, aplicações dessas utilíssimas normas de modo exagerado, quando certas apelações, e certos agravos, cujo conteúdo fático ou jurídico sejam ainda polemizados nesta e em outras Cortes, são enquadrados, por relatorias, nos dispositivos acima, em precipitada subtração à regra do julgamento em colegiado. Mais inaceitável ainda, quando tal se procede laconicamente.

Redações de acórdãos, hoje, por óbvio, não mais podem ser tão prolixas como o eram há 30 anos atrás, mesmo há 20 ou há 10 anos passados. A quantidade não o permite. Mas agredem a qualidade, com todas as vênias, bem como o próprio ideal de boa justiça, arestos curtos e secos ao extremo, nos “votos” e nas ementas.

Sentenças e Acórdãos, por vezes, discorrem magisterialmente acerca da matéria de direito, mas relegam ao esquecimento, ou quase esquecimento, importantes elementos fáticos. Ou, no campo dos acessórios de condenações, não fixam o termo inicial da correção monetária, nem explicitam o indexador a ser adotado. Ou, acerca dos juros legais moratórios, não gizam o aumento, de **0,5%** para **1%** ao mês, no dia do começo da eficácia do Código Civil Novo (11 de janeiro de 2003). Ou deixam confusas as verbas da sucumbência. Acarretando, em conseqüência, dúvidas em execuções, cuja solução, quase sempre, é eivada de delongas, no prejuízo das partes, mormente da credora.

Críticas fraternas como essas, e outras, de que, aliás, o subscritor destas linhas não pretende se excluir, embora mereçam maior reflexão, são explicadas quase sempre pelo já comentado **acúmulo de serviço brutal**. Todos nós, juízes e juízas, desembargadores e desembargadoras, somos homens e mulheres que perseveramos, mas sem poder fazê-lo na extrapolação de nossos limites biológicos e psicológicos.

Novidades outras estão para vir, na legislação processual, que serão bem-vindas no mitigar da “torrente”. O processo de execução deverá ser mais efetivo. O campo dos embargos de devedor, sobretudo em sendo o título de natureza judicial, terá redução. Os embargos declaratórios, que na prática, quase sempre, têm tido intuito de procrastinar, serão encarados com maior severidade. Sugere-se, em caso de ausência nos projetos, certas providências normativas em tal escopo. A uma, a possibilidade de o juiz *a quo* julgar improcedente, *ab initio*, uma lide que, embora preenchidas as condições acionárias e existentes os pressupostos processuais, seja de cabal insucesso, por fulcrada em matéria de direito cujo interpretar, em doutrina e jurisprudência cediças, seja contrário à tese do autor. A duas, a extensão mais ampla do artigo 557 *caput* e seu parágrafo 1º, A, do CPC, quanto a exceções de suspeição e impedimento manifestamente sem sustentação, ou conflitos de competência cuja dirimção, em certo sentido, for inelutável. A três, a eliminação da revisão nos apelos jungidos a todas as demandas locatícias, possessórias, e de alimentos por exclusivo bem como nos procedimentos de jurisdição voluntária, ou em qualquer hipótese de sentença terminativa ou homologatória.

De tudo, porém, se deduz a necessidade de permanentes cuidados na atividade de prestação da tutela dos conflitos. Pois, sendo iluminada pela razão e aquecida pelo afeto solidário, no jungir do ***virtus est in medius*** da filosofia aristotélica com a advertência evangélica da **justiça diversa da praticada pelos fariseus e pelos escribas como condição necessária ao alcance do Reino**, conduzir-nos-á, por certo, a um proceder ponderado, sejam quais forem os elementos da discussão e não importando, na expressão poética de **Drummond de Andrade**, as **pedras no caminho ou o caminho com pedras**. ♦

# Lista de Acionistas com Endereços: Interpretação do artigo 100, § 1º combinado com o artigo 126, § 3º, da Lei de Sociedades por Ações

**NORMA JONSSSEN PARENTE**

*Diretora da Comissão de Valores Mobiliários*

## I. À guisa de introdução

A sociedade anônima é “o instrumento popular do capitalismo”<sup>1</sup>. A expressão é de Rubens Requião e realça o aspecto mais peculiar dessa forma societária, que é a principal protagonista do longo processo de desenvolvimento, expansão e preponderância do capitalismo tal qual se apresenta hodiernamente.

Consiste tal particularidade no convite, eloqüente e bem sucedido, ao grande público, para tomar parte nos grandes empreendimentos que, literalmente, transformam e ditam os destinos do mundo. Através de mecanismo engenhoso e singelo, permite-se ao investidor, seja ele dos mais modestos ou dos mais pujantes, adquirir uma cota de participação no capital necessário à realização de dado empreendimento, limitando-se a sua responsabilidade tão-somente à quantia investida e facultando-lhe, a qualquer momento e por sua única vontade, desfazer-se do seu título, por meio de uma simples operação de compra-e-venda no mercado de valores mobiliários, onde obterá a necessária liquidez.

Justamente por dizer respeito à captação de recursos junto à generalidade das pessoas, as sociedades anônimas estão sujeitas a regulação e fiscalização específicas, respectivamente pela Lei nº 6.404/76 e seus regulamentos e pela Comissão de Valores Mobiliários – CVM.

---

<sup>1</sup> REQUIÃO, Rubens. **Curso de Direito Comercial**. V. 2. 23ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003. P 7.

No que concerne especificamente à Lei nº 6.404/76, chamada Lei de Sociedades por Ações, ela é informada por uma série de princípios que, a bem da verdade, estão em consonância com os diversos interesses envolvidos em uma sociedade anônima. Tavares Borba<sup>2</sup> condensamos em cinco “linhas básicas de orientação”, a saber:

*“1ª) a da proteção dos acionistas minoritários; 2ª) a da responsabilização do acionista controlador; 3ª) a ampla diversificação dos instrumentos postos na lei, à disposição dos acionistas, para serem, ou não, adotados pela sociedade; 4ª) a da diferenciação entre companhia aberta e fechada; 5ª) a da definição dos interesses fundamentais que a sociedade anônima representa(...)”.*

A última dessas linhas básicas orientadoras da lei traz a sociedade anônima para o contexto social em que se insere, uma vez que tais “interesses fundamentais” correspondem aos dos atores sociais que, em maior ou menor medida, interagem com a companhia. Assim, ao tratar do acionista controlador, a Lei nº 6.404/76, no parágrafo único do artigo 116, atribui-lhe deveres atinentes à realização da função social da companhia, nos termos seguintes:

*“Art. 116. (...)*

*Parágrafo único. O acionista controlador deve usar o poder com o fim de fazer a companhia realizar o seu objeto e cumprir a sua função social, e **tem deveres e responsabilidades para com os demais acionistas da empresa, os que nela trabalham e para com a comunidade em que atua, cujos direitos e interesses deve lealmente respeitar e atender**” (grifou-se).*

É, portanto, a própria lei que vincula o acionista controlador – principal figura no processo de formação da vontade societária – e, pois, a companhia mesma ao respeito e atendimento dos interesses e direitos não só do seu corpo acionário, como também dos seus empregados e da comunidade em que estiver instalada. Essa importante determinação da Lei de Sociedades por Ações deve-se menos à sensibilidade do Legislador do que à clara observação das interferências que as sociedades anônimas podem ocasionar, e invariavelmente o fazem, no meio social em que atuam.

---

<sup>2</sup> TAVARES BORBA, José Edwaldo. **Direito Societário**. 8ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. P. 133.

Tais impactos sociais avolumaram-se e intensificaram-se na mesma proporção em que se agigantaram os empreendimentos e as companhias que lhes dão vida. Com efeito, as gigantescas sociedades que imperam no hodierno cenário capitalista têm poder suficiente para comprometer a estabilidade e a autoridade do próprio Estado, a ponto de não mais poderem ser consideradas meras empresas privadas, sendo chamadas, por alguns, de empresas *quase-públicas*<sup>3</sup>.

Uma vez que, por ocasião do exercício da atividade empresarial de grande porte, surgem as mais variadas relações sociais, que extrapolam, como se viu, o âmbito interno das companhias, faz-se necessário que estas conservem transparência e lisura em seu proceder, de forma a permitir que a sociedade tenha acesso a informações sobre as suas condições de funcionamento, à sua saúde financeira e demais fatos relevantes para a tomada de decisões acerca da realização de investimentos. Notadamente, no caso de companhias abertas, cujos valores mobiliários são admitidos à negociação em bolsa ou mercado de balcão, ao alcance, portanto, do grande público, ainda maior é a importância da divulgação de informações.

## **II. Da distinção entre as normas previstas nos artigos 100, § 1º, e 126, § 3º, da Lei de Sociedades por Ações**

Um dos instrumentos destinados à obtenção de informações por parte de interessados é o direito de certidão do conteúdo dos livros sociais mantidos pelas companhias, que têm, segundo o melhor entendimento doutrinário, caráter de registros públicos. Observa-se, contudo, que tal direito de certidão é freqüente e equivocadamente fundamentado pelos operadores do direito em dois dispositivos distintos da Lei nº 6.404/76: o artigo 100, parágrafo 1º, e o artigo 126, parágrafo 3º.

No entanto, tomar essas duas normas como se idênticas fossem significa interpretá-las incorretamente quanto às suas hipóteses de incidência e seu alcance. Urge, destarte, fazer uma breve explanação das principais diferenças que entre elas residem.

Apesar de, à primeira vista, darem a equivocada impressão de que compartilham de finalidades semelhantes – qual seja, a obtenção de informações sobre acionistas – na realidade, tais artigos possuem conteúdo,

---

<sup>3</sup> REQUIÃO, Rubens. **Curso de Direito Comercial**. V. 2. 23ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003. P. 8.

aplicabilidade e poder de alcance bastante distintos. Cabe aqui proceder a uma análise mais detida dos dispositivos, que enunciam o seguinte:

*“Art. 100 (...)*

*§ 1º A qualquer pessoa, desde que se destinem a defesa de direitos e esclarecimento de situações de interesse pessoal ou dos acionistas ou do mercado de valores mobiliários, serão dadas certidões dos assentamentos constantes dos livros mencionados nos incisos I a III, e por elas a companhia poderá cobrar o custo do serviço, cabendo, do indeferimento do pedido por parte da companhia, recurso à Comissão de Valores Mobiliários.*

*Art. 126 (...)*

*§ 1º O acionista pode ser representado na assembléia geral por procurador constituído há menos de 1 (um) ano, que seja acionista, administrador da companhia ou advogado; na companhia aberta o procurador pode, ainda, ser instituição financeira, cabendo ao administrador de fundos de investimentos representar os condôminos.*

*§ 2º O pedido de procuração, mediante correspondência, ou anúncio publicado, sem prejuízo da regulamentação que sobre o assunto vier a baixar a Comissão de Valores Mobiliários, deverá satisfazer aos seguintes requisitos:*

- a) conter todos os elementos informativos necessários ao exercício do voto pedido;*
- b) facultar ao acionista o exercício de voto contrário à decisão com indicação de outro procurador para o exercício desse voto;*
- c) ser dirigido a todos os titulares de ações cujos endereços constem da companhia*

*§ 3º É facultado a qualquer acionista, detentor de ações, com ou sem voto, que represente 0,5% (meio por cento), no mínimo, do capital social, solicitar relação de endereços dos acionistas, para os fins previstos no § 1º, obedecidos sempre os requisitos do parágrafo anterior”.*

De plano, pode-se notar que o artigo 126, em seu parágrafo 3º, abre unicamente ao acionista representante de, no mínimo, 0,5% do capital social a faculdade de solicitar à companhia a relação de endereços dos demais acionistas.

Essa solicitação, além de somente poder ser formulada por determinados acionistas, refere-se apenas aos casos em que os endereços

fornecidos pela companhia serão utilizados para fins de representação em assembléia geral, de modo que se permita ao requerente alcançar posições mais significativas em deliberações assembleares. É a interpretação que se tem da combinação do parágrafo 3º com o parágrafo 1º do artigo 126.

Caso o acionista queira obter os endereços dos demais acionistas para alguma outra finalidade, que não a de contactá-los para representá-los em assembléia valendo-se de procurações, o artigo 126, em princípio, não poderia ser invocado.

Além disso, o parágrafo 3º do artigo 126 exige que todas as formalidades estabelecidas no parágrafo 2º sejam atendidas pelo acionista requerente quando da utilização dos dados obtidos, isto é, no momento em que for entrar em contato com os demais acionistas visando a procurações. Nesse sentido, a Deliberação CVM N° 11/81 dispõe:

*“que é irregular o pedido de procuração aos acionistas de companhia aberta realizado, ainda que antes do advento de regulamentação da CVM, sem o atendimento dos requisitos constantes do art. 126, §2º da Lei n° 6.404/76”* (grifou-se).

É importante, ainda, deixar assentado que os parágrafos 2º e 3º do artigo 126 regulam etapas distintas do procedimento de pedido de endereço de acionistas, não podendo ser confundidos os diferentes instantes em que cada dispositivo será aplicado no caso concreto.

O parágrafo 3º do artigo 126 se dirige ao instante em que o pedido propriamente dito é apresentado à companhia, ou seja, ao momento em que o requerente solicita à companhia a lista de endereços de acionistas. É nesta ocasião que a faculdade prevista pelo parágrafo 3º será exercida pelo acionista.

Diferentemente, o parágrafo 2º incide em um instante posterior. A sua aplicação se verifica no momento em que o acionista, após ter recebido as informações solicitadas, procede à sua utilização de fato, isto é, quando, já de posse dos endereços dos demais acionistas da companhia, estabelece contato com os mesmos no intuito de obter procurações para votar em assembléia. É nessa etapa que as exigências do parágrafo 2º vêm à tona.

Em sucintas palavras, pois, pode-se afirmar que o parágrafo 3º do artigo 126 previu a disponibilização (i) apenas dos endereços dos acionistas; (ii) desde que os dados solicitados sejam utilizados exclusi-

vamente na obtenção de procurações dos acionistas; e (iii) desde que, no momento em que o solicitante for entrar em contato com os demais acionistas, sejam atendidos os requisitos do parágrafo 2º.

Em sentido diverso do que dispõe o artigo 126, todavia, o parágrafo 1º do artigo 100 da Lei das S/A enuncia situações em que *qualquer pessoa*, não apenas os acionistas da companhia, poderá ter acesso às informações que constam dos livros sociais mencionados nos incisos I a III do artigo 100.

É fundamental destacar – e aqui reside uma das mais relevantes diferenças entre os dispositivos em exame – que as informações contidas em tais livros sociais diferem sensivelmente daquelas prescritas pelo artigo 126. Da leitura dos incisos I a III do artigo 100 da lei societária, percebe-se que o endereço dos acionistas, informação que é fornecida pelo parágrafo 3º do artigo 126, não configura exigência legal para constar em nenhum desses livros sociais. Sendo assim, tem-se que o artigo 100 e 126 tratam da disponibilização de dados distintos.

É digna de nota, também, a seguinte diferença entre os artigos 100 e 126: enquanto o artigo 126 refere-se exclusivamente a procurações – que traduzem o conceito de delegação de poderes e direitos para agir em nome de outrem –, o artigo 100 trata de hipóteses mais amplas e genéricas, pois poderá ser utilizado na “*defesa de direitos e esclarecimento de situações de interesse pessoal ou dos acionistas ou do mercado de valores mobiliários*”, o que pode incluir, além do pedido de procuração, outras formas de associação de interesses – como, por exemplo, uma eventual conclamação dos demais acionistas para que, com suas próprias ações e em nome próprio, votem em assembleia seguindo uma mesma diretriz, o que não se confunde com o instituto da procuração.

Ademais, o parágrafo 1º do artigo 100 estipula, em passagem que não se faz presente no artigo 126, um limite para o preço que as companhias podem cobrar para disponibilizar as informações dos livros mencionados. É defeso à companhia cobrar valor que exceda o preço de custo do serviço. A lei buscou, com isso, evitar que as companhias pudessem obstar o acesso ao conteúdo de tais livros, lançando mão da cobrança de valores que não fossem razoáveis. Sobre o assunto, Modesto Carvalhosa<sup>4</sup> traz a seguinte lição:

---

<sup>4</sup> CARVALHOSA, Modesto. **Comentários à Lei de Sociedades Anônimas**. V. 2. Ed. de 1997. São Paulo: Saraiva. P. 209.



*“Os livros de assentamento de valores mobiliários emitidos pela companhia, como já se comentou, têm caráter público. Daí ser permitida sua divulgação a qualquer interessado, acionista ou não, desde que decline a causa de pedir. Basta apenas o pagamento do custo do serviço, nos termos do § 1º do artigo ora comentado (artigo 100), preço esse que deverá ser irrisório”* (grifou-se).

Em que pese a ausência, no artigo 126, de qualquer previsão, entende-se que, da mesma forma, o preço que é permitido à companhia cobrar há de ser módico, correspondendo ao custo do serviço. Nesse sentido dispõe, claramente, a Nota Explicativa CVM nº 30/96, com o seguinte teor:

*“Dispõe, ainda, o referido parágrafo 1º do artigo 100 que a companhia poderá cobrar pelo custo do fornecimento de certidões. A lei anterior (Decreto-lei nº 2627/40) já incluía a mesma regra, estipulando, ademais, a cobrança de remuneração módica pelo serviço. A lei atual não repetiu esta qualificação do custo a ser cobrado.*

***Nem por isso a companhia poderá dificultar o acesso do interessado às certidões, cobrando valores injustificáveis, subentendendo-se que a cobrança há de ser compatível com o custo do serviço, tomando-se como parâmetro o preço habitualmente cobrado por tarefas semelhantes prestadas por órgãos dos Registros Públicos ou da Administração Pública”*** (grifou-se).

Inobstante a clareza do dispositivo e o tom pacífico com que a doutrina, ancorada em nada mais do que bom senso, aponta para o entendimento acima exposto, casos há de burla à previsão da Lei das S/A, como quando, diante do pedido de algum membro do corpo acionário por lista de acionistas acompanhada das respectivas posições no capital social, a companhia pretende cobrar somas vultosas<sup>5</sup>.

Ora, é inadmissível que a cobrança de valores exorbitantes pelas instituições depositárias de ações escriturais inviabilize o exercício de direitos legítimos atribuídos pela própria lei aos acionistas, ou, no caso do artigo 100, a quaisquer interessados.

Nesse sentido, o item 1.4 da Cartilha de Governança Corporativa determina que a companhia deve facilitar o acesso à lista de acionistas com suas respectivas posições acionárias, nos termos seguintes:

---

<sup>5</sup> Casos como esse são os mais variados, chegando algumas companhias a cobrar vultosos R\$ 65 mil por uma simples certidão!

*“1.4 A companhia deve adotar e dar publicidade a procedimento padrão que facilite ao acionista obter a relação dos acionistas com suas respectivas quantidades de ações, e, no caso de acionista detentor de pelo menos 0,5% (meio por cento) de seu capital social, de seus endereços para correspondência”.*

É importante frisar que a diferença essencial entre o parágrafo 1º do artigo 100 e o parágrafo 3º do artigo 126 reside na natureza da informação que cada um obriga a companhia a disponibilizar. Como já exposto anteriormente, enquanto o parágrafo 3º do artigo 126 prevê apenas a concessão dos endereços dos acionistas, o parágrafo 1º do artigo 100 trata da divulgação das informações contidas nos livros sociais mencionados nos incisos I a III de seu *caput*, que são diferentes daquelas. Tendo essa diferença em mente, caberá ao acionista avaliar, caso a caso, qual o tipo de informação a que lhe será mais interessante ter acesso.

### **III. Da lacuna e da integração do direito**

É verdade que a análise acima descortinada é meramente teórica, e a militância jurídica, quer na advocacia, quer nos quadros da CVM, ou ainda nas inovadoras Varas Empresariais da Justiça estadual do Rio de Janeiro, invariavelmente mostra ao operador do direito que modelos teóricos jamais serão capazes de encerrar toda a exuberância das relações sociais. Sem dúvida, casos há os mais variados em que nenhuma das normas acima dissecadas afigura-se aplicável, devido às idiosincrasias dos fato-espécies apreciados. E esses verdadeiros *hardcases* apresentam-se rotineiramente para serem conhecidos pelas instâncias competentes, dentre as quais destaca-se a CVM.

Caso que se tornou paradigmático, após apreciação pelo Colegiado desta Comissão, foi o de pedido de listas de acionistas, acompanhadas dos respectivos endereços, analisado no processo CVM Nº RJ 2004/0712, cuja decisão pode ser encontrada na íntegra no sítio eletrônico da CVM<sup>6</sup>.

Os requerentes, na ocasião, solicitaram as ditas listas de acionistas visando, respectivamente, (i) à identificação dos acionistas minoritários e à elaboração, por estes, de uma estratégia comum na defesa de seus interesses diante de determinada Assembléia que se encontrava marcada;

---

<sup>6</sup> Processos CVM nº RJ 2004/0712 e 2004/0203, julgados em 11.02.2004, in [www.cvm.gov.br](http://www.cvm.gov.br).

e (ii) à utilização dos dados na defesa de seus direitos e esclarecimentos de situações de interesse pessoal, bem como para dar conhecimento aos demais acionistas sobre suas razões para estar questionando administrativamente e judicialmente a companhia, uma vez que apenas a companhia havia se manifestado a respeito.

Tendo os requerentes usado, como fundamento legal para seus pedidos, ambos os dispositivos anteriormente analisados, o artigo 100, parágrafo 1º, e o artigo 126, parágrafo 3º, da Lei de Sociedade por Ações, e diante das motivações que os levaram a formular as mencionadas solicitações, forçoso foi reconhecer que nenhuma das duas regras eram capaz de reger, isolada e satisfatoriamente, o caso então em comento.

No que toca à primeira fundamentação, apresentada por um acionista, nota-se que, para que os acionistas minoritários pudessem traçar uma estratégia política comum – não se cogitando aqui se cada um votaria individualmente, ou se seria constituído um procurador para representá-los em assembléia – seria necessário o endereço desses acionistas, para que entre eles pudesse ser mantido contato ou fossem realizadas reuniões. Esses endereços são conseguidos por meio do parágrafo 1º, do artigo 126 que, no entanto, se destina exclusivamente à obtenção de procuração.

Em segundo lugar, com o objetivo de identificar os minoritários da companhia em questão, solicitara-se a posição acionária dos duzentos maiores acionistas da companhia, o que se obtém com base no parágrafo 1º do artigo 100, referente à aquisição de certidões dos assentamentos dos livros mencionados nos incisos I a III do *caput* do mesmo artigo. Esse dispositivo, contudo, não engloba o fornecimento dos endereços que são, por sua vez, indispensáveis à tentativa de elaboração de uma estratégia política conjunta para que os direitos e interesses desse grupo não sejam prejudicados.

Diante disso, verifica-se que as intenções do requerente não se limitavam a uma possível obtenção de procurações, nem se esgotavam no simples conhecimento dos componentes do bloco de acionistas minoritários, por meio do acesso às informações contidas em alguns livros da companhia. Portanto, nem o parágrafo 1º, do artigo 100, e nem o parágrafo 3º, do artigo 126, podiam ser aplicados de modo adequado e satisfatório ao caso.

No mesmo vácuo legal caiu a segunda fundamentação, apresentada por outro minoritário. Almejavam-se as certidões solicitadas visando à defesa de interesses e direitos pessoais e ao oferecimento de informações e esclarecimentos do interesse dos demais acionistas da companhia.

Para a efetivação desses esclarecimentos, todavia, era necessário o endereço dos preferencialistas da companhia, e não apenas a sua relação. Evidente, portanto, que tais explicações eram do interesse não apenas dos preferencialistas, mas de todos os acionistas da CFLCL (de todos os investidores dessa companhia, que estava sendo questionada judicialmente e em âmbito administrativo). No entanto, enquanto o fundamento jurídico para tais certidões encontra-se no parágrafo 1,º do artigo 100, da Lei das S.A., parte das informações necessárias, os endereços dos acionistas, são dispostas pelo parágrafo 3º, do artigo 126, da mesma lei.

Por essas razões, em nenhum dos dois casos há uma subsunção adequada das normas relativas ao pedido de lista de acionistas. Notava-se, portanto, a existência de uma *lacuna* em nossa legislação societária, a qual deve ser solucionada de acordo com a melhor hermenêutica do nosso ordenamento jurídico.

Como explica Fábio Ulhoa Coelho<sup>7</sup>, lacuna é a ausência de lei para determinado caso concreto. Esse fenômeno resulta da impossibilidade de o legislador prever todas as situações que a realidade e as relações humanas apresentam ao operador do direito, realidade esta cada vez mais plural e transitória.

Essa mesma realidade contemporânea, democrática e complexa não só dá ensejo às lacunas do ordenamento, como também incide sobre a interpretação que se deve dar a esse mesmo sistema jurídico para que sejam solucionadas as lacunas. Segundo Vicente de Paulo Barreto<sup>8</sup>:

*“A ordem jurídica passou, progressivamente, a ter que lidar com conflitos de interesses e valores de uma sociedade pluralista e*

---

<sup>7</sup> COELHO, Fábio Ulhoa. **Roteiro de Lógica Jurídica**. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 65.

<sup>8</sup> BARRETO, Vicente de Paulo, *Por uma nova leitura do direito*, prefácio para CAMARGO, Margarina Maria Lacombe, **Hermenêutica e argumentação – Uma contribuição ao estudo do direito**, Rio de Janeiro, Renovar, 1999.

*complexa, onde a norma de direito reflete a vontade democrática na sua formulação e envolve, portanto, na sua aplicação, o emprego de critérios metajurídicos”.*

É arremata chamando atenção para:

*“a necessidade de uma hermenêutica que pese o direito de forma concreta, o que no quadro da pós-modernidade significa assumir alguns pressupostos metodológicos que permitem pensar-se na elaboração de uma nova leitura para um novo direito”.*

A interpretação e a aplicação do direito não podem ser indiferentes aos valores sociais que o cercam, certo que o ordenamento jurídico encontra-se imerso em uma realidade social plural e democrática. Daí não se permitir que passe despercebido o legítimo interesse dos minoritários na obtenção da lista de acionistas com os respectivos endereços, o que viabilizará sua representatividade junto à companhia, bem como a efetividade de seus interesses. Ora, uma vez concedida a lista de acionistas, seriam protegidos tanto o mercado quanto os investidores, já que muito sairiam prejudicados caso não pudessem reunir forças e gozar dos benefícios dessa sinergia.

Diante do conflito entre a segurança do que se encontra positivado e as funções do direito de pacificar a sociedade e promover o desenvolvimento da personalidade humana em todos os seus reflexos – dentre estes as relações econômicas e financeiras – não se pode ater aquele a excessivos formalismos, sob pena de se cometerem injustiças. Decisão contrária, de não concessão da relação de acionistas com os endereços, pode deixar o direito surdo aos brados dos interesses dos minoritários, inteiramente legítimos, e sujeitá-los à aplicação mecânica do ordenamento, pautada por uma anacrônica dogmática estrita e irrazoável.

A solução mais adequada para tais situações desprovidas de norma, em consonância com a melhor hermenêutica jurídica, consiste em aplicar apenas no que couber os dispositivos referentes ao pedido de lista de acionistas, já que eles não podem, isolada e satisfatoriamente, reger o caso ora sob análise.

Desse modo, há que se identificar nos dois dispositivos em questão - artigo 100, parágrafo 1º e artigo 126, parágrafo 3º - aspectos suficientemente capazes de permitir que ambas as regras sejam aplicadas apenas no que for possível e razoável ao caso concreto. Devem, também, ser harmonizados todos os interesses envolvidos, levando-se em conta a realidade social na qual se inserem.

#### IV. Do caráter público dos livros sociais

No que se refere, então, ao parágrafo 1º do artigo 100, cumpre observar que, anteriormente à reforma da Lei das S/A implementada pela Lei nº 9.457/97, sua redação não estabelecia qualquer condição de acesso aos livros mencionados nos incisos I a III do *caput*. Era permitido a qualquer pessoa, pelo motivo que fosse, obter certidões dos assentamentos de tais livros.

No entanto, com as alterações introduzidas pela lei citada logo acima, criou-se a exigência de que as informações solicitadas se destinassem exclusivamente “à defesa de direitos e esclarecimento de situações de interesse pessoal ou dos acionistas ou do mercado de valores mobiliários”. Caso não se verifique essa condição, não recairá sobre a companhia o dever legal de abrir seus livros ao interessado.

Essa restrição, claramente inspirada na alínea “b” do inciso XXXIV do artigo 5º da Constituição Federal<sup>9</sup>, teve como principal escopo barrar o uso indevido das informações dos livros sociais das companhias, o que eventualmente causava prejuízos e aborrecimentos aos investidores que tinham seus dados divulgados.

Contudo, esta não foi a melhor solução que poderia ter sido dada à questão. A possibilidade de que um determinado direito, porventura, possa vir a ser exercido com uma finalidade estranha ao seu propósito original, ou seja, de forma abusiva, não justifica o seu tolhimento, ainda mais em se tratando de direito referente a informações de caráter eminentemente público, como são os livros sociais das companhias abertas.

Existem remédios próprios para o abuso de direito, tais como a posterior responsabilização administrativa, cível e até mesmo penal. Ora, o solicitante é responsável pelo uso que faz das informações obtidas, não sendo razoável que se sufoque direito que deve ser, nas palavras de Tavares Borba, *amplo e irrestrito*,<sup>10</sup> sob o pretexto de uma possível má utilização dos dados disponibilizados.

---

<sup>9</sup> “Art. 5º (...)

XXXIV – são a todos assegurados, independentemente do pagamento de taxas:

a) (...);

b) a obtenção de certidões em repartições públicas, **para defesa de direito e esclarecimento de situações de interesse pessoal..”** (grifou-se)

<sup>10</sup> TAVARES BORBA, José Edwaldo. **Direito Societário**. 8ª edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 249.

Ademais, a publicidade dos livros sociais dos incisos I a III do artigo 100 encontra-se intimamente ligada à noção de transparência das companhias. Até mesmo por se proporem a captar recursos da poupança pública, como explicitado já no início deste opúsculo, é imprescindível que as empresas de capital aberto mantenham disponíveis ao público em geral a maior quantidade possível de suas informações. E não apenas os demonstrativos financeiros e balanços sociais. Devem, também, ser incluídas nesse rol de informações públicas todas aquelas constantes dos livros de registros da companhia. A regra geral há de ser a publicidade dos atos atinentes à vida social das companhias, incluídos aí os assentamentos de seus livros.

Sobre a publicidade dos livros sociais, vejam-se os ensinamentos de Tavares Borba<sup>11</sup>:

*“Os livros sociais podem ser agrupados em duas categorias: livros de atas e livros de registro e transferência de títulos.*

*(...)*

*Tratam os livros de atas de assuntos internos da companhia, não podendo ser exibidos senão nos casos previstos em lei. Algumas atas, todavia, devem ser publicadas.*

*Os livros de registro e transferência de títulos de emissão da sociedade têm caráter completamente distinto, **correspondendo a uma espécie de registro público, pelo que deveriam permanecer inteiramente abertos a qualquer pessoa que, de seus assentamentos, pedisse certidão**, tal como acontece, por exemplo, com o registro de imóveis”* (grifou-se).

Nessa mesma linha, Modesto Carvalhosa<sup>12</sup> esclarece:

*“Os livros societários especiais podem ser classificados em duas categorias: 1) livros referentes aos títulos de emissão da sociedade, relacionados nos itens I a III; 2) livros relativos à administração da companhia, relacionados nos itens IV a VII.*

*Os livros da primeira categoria, referentes aos títulos, **têm a natureza de registro público e, assim sendo, qualquer pessoa pode justificadamente pedir certidão de seus assentamentos.***

---

<sup>11</sup> BORBA, José Edwaldo Tavares. **Direito Societário**. 8ª edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 248/249.

<sup>12</sup> CARVALHOSA, Modesto. **Comentários à Lei de Sociedades Anônimas**. V. 2. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 207 e 209.

(...)

Com efeito, **o caráter público de tais livros está expresso no artigo 103**, que determina a competência do juiz dos Registros Públicos, para dirimir questões a eles relativas.

(...)

*Os livros de assentamento de valores mobiliários emitidos pela companhia, como já se comentou, têm caráter público. Daí ser permitida sua divulgação a qualquer interessado, acionista ou não, desde que decline a causa de pedir” (grifou-se).*

Não é outro o entendimento que se extrai dos sempre valiosos ensinamentos dos ilustres Professores Alfredo Lamy Filho e José Luiz Bulhões Pedreira<sup>13</sup>, quando comentam a nova redação dada pela Lei n° 9.457/97 ao parágrafo 1° do artigo 100 da Lei das S/A:

*“A nova lei, além de eliminar a referência aos Livros de Registros de Ações Nominativas, de Partes Beneficiárias, Debêntures e Bônus de Subscrição Endossáveis, altera o §1° do artigo 100, que assegurava a qualquer pessoa direito de obter certidões dos assentamentos dos livros sociais, subordinando esse direito ao seguinte:*

*‘desde que se destinem a defesa de direitos e esclarecimento de situações de interesse pessoal ou dos acionistas ou do mercado de valores mobiliários’.*

(...)

***As restrições da nova lei são incompatíveis com a natureza dos Livros de Registros de Ações, Transferência de Ações, Registro de Partes Beneficiárias e Transferência de Partes Beneficiárias.***

*Como acentua TRAJANO VALVERDE, esses livros são registros públicos, ‘que devem ser mostrados às partes, se o exigirem, e dos quais a qualquer pessoa se não de dar as certidões ou cópias autênticas dos atos que deles constarem’ (Sociedades por Ações, vol. I, n° 171, p. 209)” (grifou-se).*

Veja-se, ainda, o entendimento contido na Cartilha de Governança Corporativa da CVM a respeito:

---

<sup>13</sup> LAMY FILHO, Alfredo; PEDREIRA, José Luiz Bulhões. **A Lei das S.A. – Pressupostos, Elaboração e Modificações**. V. I, 3ª edição. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. p. 323/324.



#### *“Relação de Acionistas*

*l.4. A companhia deve adotar e dar publicidade a procedimento padrão que facilite ao acionista obter a relação dos acionistas com suas respectivas quantidades de ações, e, no caso de acionista detentor de pelo menos 0,5% (meio por cento) de seu capital social, de seus endereços para correspondência.*

*A lei já prevê hipóteses de obtenção da relação de acionistas e de suas quantidades de ações, mas a experiência revela que muitos acionistas encontram dificuldades práticas no momento de obter tais listas. A padronização de procedimentos visa a simplificar o acesso periódico à lista. Além disto, para facilitar seu uso, a lista deve também ser entregue em meio eletrônico de padrão comum no mercado.*

*A facilidade na obtenção desta lista é importante, pois a lei estabelece percentuais mínimos sobre o capital para a efetivação de alguns atos societários relevantes (instalação de conselho fiscal, convocação de assembléia, prestação de informações na assembléia e outros), e o acesso às listas facilita a organização dos acionistas.*

*Os endereços para correspondência poderão ser endereços eletrônicos. Caso o acionista deseje e arque com os custos, pode pedir ao agente escritural que envie em seu nome correspondência a todos os acionistas.”*

Apenas sob circunstâncias excepcionais, determinadas informações pontuais e estratégicas da companhia devem permanecer sob sigilo, como, por exemplo, alguns livros de atas de reuniões da diretoria. Mesmo assim, em que pese esse caráter predominantemente particular de tais informações, algumas normas regulamentares da CVM e a própria Lei de Sociedades por Ações autorizam – e em certos casos até exigem – que elas sejam divulgadas. Apenas a título exemplificativo, confira-se o que dispõem os artigos 10, inciso IV, da Instrução CVM N° 361/02 e 105 da lei societária:

Instrução CVM N° 361/02

*“Art. 10. O instrumento da OPA será firmado conjuntamente pelo ofertante e pela instituição intermediária e conterá, além dos requisitos descritos no Anexo II a esta Instrução, o seguinte:*

*(...)*

**IV - informação de que se encontra à disposição de eventuais interessados, mediante identificação e recibo, no endereço do ofertante, na sede da companhia objeto, na instituição intermediária, na CVM e na bolsa de valores ou entidade do mercado de balcão organizado em que deva realizar-se o leilão da OPA, a relação nominal de todos os acionistas da companhia objeto, com os respectivos endereços e quantidade de ações, discriminadas por espécie e classe, inclusive em meio eletrônico;”** (grifou-se)  
Lei nº 6.404/76

**“Art. 105. A exibição por inteiro dos livros da companhia pode ser ordenada judicialmente sempre que, a requerimento de acionistas que representem, pelo menos, cinco por cento do capital social, sejam apontados atos violadores da lei ou do estatuto, ou haja fundada suspeita de graves irregularidades praticadas por qualquer dos órgãos da companhia.”** (grifou-se)

Além disso, o acesso à lista de acionistas constitui regra de boa governança corporativa, tendo em vista que incrementa a transparência das companhias e estimula a reunião dos minoritários em torno de seus interesses.

É interessante, ainda, mencionar que o BNDES, quando da criação do “Programa de Incentivo à Adoção de Práticas de Governança Corporativa”, estabeleceu como requisito para que as companhias pudessem usufruir dos benefícios desse programa que elas mantivessem abertas a qualquer de seus acionistas, independentemente da participação acionária, suas listas de acionistas atualizadas para fins de apresentação em assembléia<sup>14</sup>.

## **V. Da ponderação dos interesses em questão: o acesso a informações públicas e o direito à privacidade e ao sigilo de dados**

Todavia, não faltarão vozes a bradar que a divulgação do registro dos livros societários fere ou inviabiliza os direitos constitucionais à privacidade ou ao sigilo de dados, inscritos, respectivamente, nos incisos X e XII do artigo 5º da Constituição Federal<sup>15</sup>.

---

<sup>14</sup> Fonte: [www.bndes.gov.br/noticias/not566.asp](http://www.bndes.gov.br/noticias/not566.asp).

<sup>15</sup> “Art. 5º (...)

X – são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

XII – é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal;”

Há que se atentar, contudo, para o fato de que os direitos à privacidade e ao sigilo de dados, na qualidade de direitos fundamentais, possuem fortes traços principiológicos e, como tais, devem ser ponderados e sopesados com as demais regras de direito aplicáveis ao caso concreto. Vezes há em que a ameaça a um direito – que venha a tutelar um bem jurídico de maior importância em um determinado caso – sugere, ou até mesmo impõe, o afastamento da incidência de outro.

Sobre o assunto, o professor Luís Roberto Barroso<sup>16</sup> traz a seguinte lição, *in verbis*:

*"Imagine-se uma hipótese em que mais de uma norma possa incidir sobre o mesmo conjunto de fatos – várias premissas maiores, portanto, para apenas uma premissa menor -, como no caso clássico da oposição entre liberdade de imprensa e de expressão, de um lado, e os direitos à honra, à intimidade e à vida privada, de outro. Como se constata singelamente, as normas envolvidas tutelam valores distintos e apontam soluções diversas e contraditórias para a questão.*

*(...)*

*Será preciso um raciocínio de estrutura diversa, mais complexo, que seja capaz de trabalhar multidirecionalmente, produzindo a regra concreta que vai reger a hipótese a partir de uma síntese dos distintos elementos normativos incidentes sobre aquele conjunto de fatos. De alguma forma, cada um desses elementos deverá ser considerado na medida de sua importância e pertinência para o caso concreto, de modo que na solução final, tal qual em um quadro bem pintado, as diferentes cores possam ser percebidas, ainda que uma ou algumas delas venham a se destacar sobre as demais. Esse é, de maneira geral, o objetivo daquilo que se convencionou denominar de técnica da ponderação.*

*A ponderação consiste, portanto, em uma técnica de decisão jurídica aplicável a casos difíceis, em relação aos quais a subsunção se mostrou insuficiente, (...)*

*A estrutura interna do raciocínio ponderativo ainda não é bem conhecida, embora esteja sempre associada às noções difusas de*

---

<sup>16</sup> BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. "O Começo da História. A Nova Interpretação Constitucional e o Papel dos Princípios no Direito Brasileiro". *Revista da EMERJ* 2003, V. 6, nº 23. p. 38/39

*balanceamento e sopesamento de interesses, bens, valores ou normas."*

Desse modo, os direitos à privacidade e ao sigilo de dados não podem ser interpretados como absolutos. Ao contrário, comportam exceções e não são aplicáveis de forma irrestrita a todas situações fáticas.

Ressaltando esse caráter relativo dos aludidos direitos, Rosângelo R. Miranda<sup>17</sup>, partindo de uma breve comparação com o código civil português, expôs o que se segue:

*"(...) esta segunda parte do código civil português marca, profundamente, um traço característico do direito à vida privada, qual seja, **a necessidade de examinar-se seu teor caso a caso, segundo as circunstâncias do fato concreto**, razão porque a construção pretoriana não pode ser esquecida como fonte 'não somente de uma copiosa doutrina, mas também de normas específicas para proporcionar eficácia a este direito.'* (Dotti, 1980a:44).  
(...)

*Ora, o direito à vida privada nem sempre porta-se de modo absoluto. Há casos, por exemplo, em que a doutrina reconhece sofrer ele limitações, (...) Ademais, quanto a ser intransmissível, indisponível, ou mesmo extrapatrimonial, é preciso ter assente que, nestes casos, a resposta deve ser buscada mediante a apreensão da natureza do objeto em tutela.  
(...)*

*Contudo, se se tratar de circunstâncias que, inelutavelmente, não afetem a integridade moral da pessoa; a incidência dos requisitos dos direitos da personalidade deve ser mitigada segundo as matizes do caso concreto. Neste particular são exemplos as relações econômicas nas quais o(s) titular(es) pode(m) 'consentir', implícita ou explicitamente, que os fatos dantes mantidos em segredo venham a público."* (grifou-se).

Edilson Pereira de Farias<sup>18</sup>, após tecer esclarecedoras considerações acerca da importância da liberdade de informação, ensina que

---

<sup>17</sup> MIRANDA, Rosângelo R. "Tutela Constitucional do Direito à Proteção da Própria Vida Privada". **Revista dos Tribunais** – Caderno de Direito Constitucional e Ciência Política. 1995. v. 13, p. 166/167.

<sup>18</sup> FARIAS, Edilson Pereira de. **Colisão de Direitos – A Honra, a Intimidade, a Vida Privada e a Imagem Versus a Liberdade de Expressão e Informação**. 2ª edição. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2000. p. 167/168.

*“no caso de pugna com outros direitos fundamentais ou bens de estatutura constitucional, os tribunais constitucionais têm decidido que, prima facie, a liberdade de expressão e informação goza de preferred position”.*

Tercio Sampaio Ferraz Junior<sup>19</sup> exemplifica da seguinte forma uma das numerosas situações em que o direito ao sigilo de dados deve ceder face ao direito de informação:

*“Pelo sentido inexoravelmente comunicacional da convivência, a vida privada compõe, porém, um conjunto de situações que, usualmente, são informadas sem constrangimento. São dados que, embora privativos – como o nome, endereço, profissão, idade, estado civil, filiação, número de registro público oficial, etc. – condicionam o próprio intercâmbio humano em sociedade, pois constituem elementos de identificação que tornam a comunicação possível, corrente e segura. Por isso, a proteção desses dados em si, pelo sigilo, não faz sentido. Assim, a inviolabilidade de dados referentes à vida privada só tem pertinência para aqueles associados aos elementos identificadores usados nas relações de convivências privadas: a proteção é para elas, não para eles. Em consequência, simples cadastros de elementos identificadores (nome, endereço, RG, filiação, etc.) não são protegidos.”* (grifou-se).

Percebe-se, portanto, que se encontra largamente cristalizado na doutrina pátria o entendimento de que o direito à privacidade, em sentido lato, caracteriza-se como um direito suscetível a ponderações e compensações com outros direitos, devendo sempre prevalecer a análise casuística.

E, nos casos ora em comento, sendo o objetivo dos acionistas requerentes simplesmente estabelecer um canal de comunicação com os demais minoritários da CFLCL – minoritários estes que provavelmente compartilham dos mesmos interesses e fragilidades –, nada havia de ilícito em se buscar junto à companhia os *“elementos de identificação que tornam a comunicação possível, corrente e segura”* entre os acionistas, nos dizeres de Tercio Sampaio.

---

<sup>19</sup> JUNIOR, Tercio Sampaio Ferraz. *Sigilo de Dados: "O Direito à Privacidade e os Limites à Função Fiscalizadora do Estado"*. *Revista dos Tribunais* – Caderno de Direito Constitucional e Ciência Política. 1992. v.1, p. 83/84.

Outrossim, a disponibilização da lista de acionistas traria, no caso, benefícios para todos os envolvidos. Não apenas para os minoritários, que gozariam dos benefícios oriundos do agrupamento de seus votos, mas também para a própria companhia, que passaria a ter uma importante e significativa parcela de seu corpo acionário participando mais ativamente da administração e fiscalização das atividades sociais, colaborando, dessa forma, para o desenvolvimento de práticas corporativas mais transparentes e de boa governança. E comportamentos desta natureza, de um modo geral, tornam as ações da companhia mais atrativas junto ao público investidor e, conseqüentemente, agregam maior valor às mesmas.

Note-se, ademais, que, adotada essa nova postura principiologicamente orientada pelo operador do direito, torna-se mesmo questionável, pelo menos em companhias que têm seu capital muito pulverizado, exigir de um acionista solicitante de lista de acionistas a satisfação do requisito estabelecido no parágrafo 3º, do artigo 126, da Lei das S/A, relativo à participação acionária de, no mínimo, 0,5% no capital social. Certo fica desde já, no entanto, que de forma alguma este requisito poderá ser utilizado para obstar o direito de acionistas quando este se mostrar legítimo em vista do caráter público das informações solicitadas e da eminência dos interesses que lastreiam os pedidos.

Uma ressalva final faz-se necessária: sempre que acionistas que obtenham listas com os nomes e endereços de seus pares procedam à obtenção de procurações para fins de representação em assembléia, deverão ser cumpridos os requisitos do § 2º do art. 126 da Lei das S.A., em virtude da proteção que se deve conferir à livre e prévia manifestação de voto.

Feitas as digressões acima, cabe mencionar que, em consonância com as técnicas de hermenêutica jurídica e princípios anteriormente delineados, decidiu o Colegiado da CVM, no julgamento do mencionado recurso, pelo seu provimento, concedendo-se aos requerentes acesso à lista de acionistas da companhia, com os respectivos endereços, por se entender que se tratavam de informações públicas e que os interesses dos recorrentes na obtenção dos referidos dados afiguravam-se inteiramente legítimos, não representando qualquer afronta à Constituição da República, bem como mostravam-se em consonância com a inteligência extraída da Lei nº 6.404/76. ♦

# A função pedagógica do Juiz como fator de colaboração para o acesso à Justiça

**ANDRÉ FELIPE VÉRAS DE OLIVEIRA**

*Juiz de Direito do TJ/RJ.*

Atualmente, em qualquer simpósio que se constitua para o debate sobre o aperfeiçoamento das leis processuais e a otimização dos serviços judiciais no Brasil, sempre emerge, de modo imediato e irrefratável, como uma das principais inquietudes científicas, a questão do acesso à justiça. E não é para menos. Num País com desigual distribuição de renda e marcantes contrastes sociais, onde, segundo recente pesquisa do IBGE, 12,8% da população economicamente ativa está fora do mercado de trabalho formal<sup>1</sup> e 50 milhões de pessoas vivem abaixo da linha da pobreza<sup>2</sup>, muito se espera do Poder Judiciário; este que, nos últimos vinte anos, desde o início da reabertura política que pôs cobro ao regime ditatorial militar surgido em 1964 (a que se seguiu a reconstitucionalização em 1988), vem assumindo o papel de guardião de valiosas conquistas sociais, tais como a restauração de uma ordem jurídica democrática, a garantia das liberdades públicas, a contemplação de direitos sociais etc., intervindo, não raro, em diversas variáveis de políticas públicas através da exploração do campo – cada vez maior – da interpretação legislativa que lhe é conferida, observados os limites da sua destinação constitucional. Mas quando se fala de acesso à justiça, qual tipo de justiça se invoca? Em obra clássica<sup>3</sup>, Mauro Cappelletti e Bryant Garth sustentam que: “A expressão “acesso à justiça” é reconhecidamente de difícil definição, mas serve para determinar duas finalidades básicas do sistema jurídico – o sistema pelo qual as pessoas

---

<sup>1</sup> Fonte: jornal “O Globo”, de 28/04/2004.

<sup>2</sup> Fonte: revista “Rumos”, ABDE Editorial, ano 28, n.º 213, de janeiro/fevereiro/2004, em matéria intitulada “Investimento social. O cifrao que remove diferenças”, de Thaís Senna.

<sup>3</sup> In “Acesso à Justiça”, Tradução de Ellen Gracie Northfleet, Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1988, p. 8.

podem reivindicar seus direitos e/ou resolver seus litígios sob os auspícios do Estado. Primeiro, o sistema deve ser igualmente acessível a todos; segundo, ele deve produzir resultados que sejam individual e socialmente justos”.

No plano internacional, foi a partir da instalação das bases do Estado evolucionista (anos 1950), de inspiração social e democrática, que o aparato judicial passou a ser mais cobrado pela coletividade organizada e, via de consequência, a ganhar maior evidência política, tudo no sentido de que fossem garantidos aos indivíduos os serviços sociais e a assistência estatal prometida pelo modelo de gestão do “bem-estar”, de cunho associativo e com função supervisora dos domínios da economia. Entre nós, o programa social-democrático aportou no cenário político já no fim dos anos 80 (quando inspirou as diretrizes da Constituição que se promulgava) e, portanto, quando o modelo já agonzava nos países centrais em razão da crescente globalização neoliberal. Desse modo, perdendo o Brasil, como país periférico, o momento histórico das conquistas e do apogeu do *welfare state*, pode-se dizer que as preocupações com o acesso à justiça nos têm chegado concomitantemente por outros caminhos, como a universalização dos debates em torno de questões jurídico-filosóficas entre os países (torna-se possível, principalmente, pelos avanços tecnológicos da chamada era da pós-modernidade); a redemocratização interna (que acarretou a despersonalização do poder e a maior expectativa social sobre a importância do Judiciário, da ordem jurídica e dos operadores do Direito em geral) e o implemento de uma nova ordem constitucional, com a natural cobrança das agências democráticas pela real efetividade das normas da Carta Magna.

Se o acesso à justiça não é de fácil definição, a justiça em si também não o é. Categoria filosófica, a justiça foi e vem sendo olhada ao longo dos tempos sob muitos aspectos, aqui sintetizados por Roscoe Pound<sup>4</sup>: “Em diversas teorias que têm sido formuladas, considera-se a justiça virtude individual ou idéia moral, ou regime de controle social ou fim e objetivo do controle social e, portanto, da lei, ou relação ideal entre os homens, que se procura promover e manter, na sociedade civi-

---

<sup>4</sup> In **Justiça conforme a Lei**, Tradução de E. Jacy Monteiro, São Paulo: IBRASA – Instituição Brasileira de Difusão Cultural S/A, 1976, 2ª. edição, p. 02.



lizada, e em direção à qual orientamos o controle social, e a lei como forma de maior especialização desse controle”. Qualquer que seja o enfoque preferido, irrepreensível a colocação de Serge-Christophe Kolm<sup>5</sup>: “Convém lembrar que, por sua própria natureza, [a justiça] é “social” e “distributiva”. Lidar com a questão da justiça constitui, na verdade, uma condição para a própria existência de uma sociedade”.

Sem justiça não há avanço. E hoje a opinião pública reclama por uma justiça que, além de efetiva, seja igualmente célere. E aqui vai um primeiro problema: no Brasil há um juiz para cada 26 mil habitantes, ao passo que na Alemanha, por exemplo, há um juiz para cada 3.400 habitantes. Um juiz brasileiro julga, por ano, cerca de 4 mil processos, ao passo que um juiz alemão aprecia, no mesmo período, 600 processos<sup>6</sup>. Acresça-se a esses números a informação jornalística de que no último censo, o IBGE revelou haver 18 processos por cada habitante no País<sup>7</sup>, e segundo Carlos Lopes, sociólogo, coordenador residente da ONU e representante residente do PNUD (Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento) no Brasil, a mais alta corte de Justiça no País, qual seja, o Supremo Tribunal Federal, julga hoje cem vezes mais causas do que o tribunal equivalente norte-americano<sup>8</sup>.

A desburocratização do processo e o realinhamento da atividade judicial para a busca de soluções consensuais entre as partes são algumas das principais medidas legislativas que se vêm desenvolvendo para a minoração da situação-problema acima invocada. Os Juizados Especiais (Leis n.º 9.099/95 e 10.259/2001) são um exemplo notável dessa nova mentalidade e representam um novo segmento que, nas palavras do desembargador Thiago Ribas Filho<sup>9</sup>, atual coordenador da Comissão dos Juizados Especiais e Adjuntos Cíveis e Criminais do TJ-

---

<sup>5</sup> In **Teorias Modernas da Justiça**, Tradução de Jefferson Luiz Camargo e Luís Carlos Borges, São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 04.

<sup>6</sup> Os dados comparativos foram extraídos do artigo intitulado “Tendências Atuais do Judiciário”, de Luís Felipe Salomão, publicado na **Revista da EMERJ**, v. 6, n.º 21, 2003, p.166/174.

<sup>7</sup> Fonte: site da Agência Câmara de Notícias, em reportagem de Jonas Viana, datada de 30/10/2003 – [www.camara.gov.br/internet/agencia/materias.asp?pk=41042](http://www.camara.gov.br/internet/agencia/materias.asp?pk=41042), acesso em 29/04/2004.

<sup>8</sup> Fonte: jornal **Folha de São Paulo**, de 06/11/2003.

<sup>9</sup> In “Juizados Especiais: por uma Justiça mais justa e democrática”, revista **Fórum** – publicação da AMAERJ, ano 02, n.º 10, de setembro/outubro/2003, p. 22/24.

RJ, “objetivou solucionar o problema da litigiosidade contida, sendo certo que pequenos problemas, quando não resolvidos, desencadeiam uma verdadeira avalanche de insatisfação e acabam por trazer grande intranqüilidade social”. Pode-se afirmar que a simplificação dos procedimentos, a conciliação, a busca pela equidade social e por uma justiça mais participativa fazem parte da chamada “terceira onda renovatória” do direito processual. Mas é no ímpeto conciliatório dos juízes assoberbados de processos postos à mesa, às pilhas, a aguardar regular desfecho, que reside um segundo problema, certamente ainda mais grave: o da chancela judicial a acordos iníquos que visam mais ao término da disputa do que propriamente à realização da justiça. Exsurge, daí, a diferenciação entre o acesso à justiça e o acesso à paz, tão bem colocada por Kim Economides<sup>10</sup>: “Mas estas reformas da “terceira onda” promovem o “acesso à justiça” ou o “acesso à paz”?

Na minha opinião, a resolução de disputas não pode ser necessariamente equiparada ao acesso à justiça, pois existe o perigo de serem oferecidas aos cidadãos soluções pacíficas, possivelmente até soluções com as quais possam ficar extremamente contentes e felizes, que, no entanto, permanecem aquém do resultado possível de ser obtido caso os direitos legais fossem exercidos por intermédio do sistema jurídico formal. Há, portanto, um perigo real nessa ubíqua tendência para o informalismo judicial, atualmente em voga, de se negar muito dos valores, da importância e da significação histórica do formalismo da justiça”.

Essa segunda situação-problema, todos sabemos, não deve desincentivar o aperfeiçoamento do Poder Judiciário na administração de uma justiça rápida, técnica, equânime e que, mobilizando-se por vias terrestres ou lacustres, possa, inclusive, levar os seus serviços às comunidades mais carentes e afastadas do País; muito menos desmerecer as reais conquistas sociais advindas a partir da implantação dos Juizados Especiais entre nós (redução de custos para as partes, melhor conscientização da população sobre os seus direitos e deveres, recepção da litigiosidade contida etc.) embora deva ser ponderado que nem sempre o informalismo exacerbado e a celeridade tresloucada refletida nos controles estatísticos (por vezes superficiais), sejam de fato a melhor saída.

---

<sup>10</sup> In “Lendo as ondas do ‘Movimento de Acesso à Justiça’: epistemologia versus metodologia?”, texto publicado in PANDOLFI, Dulce et alli. **Cidadania, Justiça e Violência**, Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1999, p. 61/67

Educação jurídica e prevenção são algumas das categorias visualizadas por Kim Economides para a melhoria do acesso à justiça, e é valendo-me dessa idéia que passo, aqui, a tratar do importante papel pedagógico do julgador, em cujas decisões externa – ou deve externar – a sua ideologia para a modificação do mundo que o cerca.

De uma ótica predominantemente filosófica, pode-se dizer que o processo judicial incita, *per se*, o contínuo desenvolvimento dos valores éticos e morais da vida de relação à medida que exige das partes (e, até certo ponto, do próprio juiz imparcial) uma atuação firme e diligente voltada à aproximação da verdade técnica à verdade humana. Aliada a essa colocação, mas já de um ângulo marcadamente sociológico, permite-se afirmar também que o escopo primordial da atividade processual, que se encerra com a prestação da jurisdição, é a promoção da paz coletiva mediante a distribuição material da justiça. Some-se a isso a constatação de que, sob uma perspectiva política, as decisões judiciais levadas a cabo no decorrer do processo reafirmam, a todo momento, a potestade estatal.

Assinaladas essas diferentes instâncias de observação do fenômeno, temos então o retrato de uma rápida análise sobre algumas das múltiplas funções exercidas pelo processo e pela atividade jurisdicional na vida de relação, as quais vão além da finalidade puramente jurídica de elucidação dos conflitos de interesses através do pronunciamento estatal de uma solução adequada ao direito objetivo, de cunho obrigatório para os envolvidos.

O destaque, porém, nesse pequeno texto, vai para o exame do processo e da atividade judicial a partir de uma visão marcadamente pedagógica ou educativa. Agente político que é, o juiz contemporâneo, sensível às atuais preocupações com a tormentosa questão do acesso à justiça, deve engajar-se ativamente na luta pelo contínuo aperfeiçoamento da realidade social (hoje tão desequilibrada pela miséria), transformando-a a partir de decisões que desafiem claramente, quando necessário e tecnicamente possível, toda e qualquer situação anômala e impura de poder (coronelismo político, juro extorsivos, abusos monopolistas, crime organizado etc.). Como bem colocou o desembargador catarinense Pedro Manoel Abreu nas considerações finais do seu ótimo artigo intitulado “Crise do Judiciário, globalização e o papel do juiz orgânico na sociedade brasileira”<sup>11</sup>: “Não se pode mais

---

<sup>11</sup> íntegra no site: [www.tj.sc.gov.br/cejur/doutrina/crisepoder.pdf](http://www.tj.sc.gov.br/cejur/doutrina/crisepoder.pdf), acesso em 29/04/2004.

ignorar essa crise social e política por que passamos. O juiz, na expressão de João Luiz Duboc Pinaud, deverá realizar na sentença uma psicoterapia social, abandonando esse discurso da neutralidade e incorporando um ingrediente político de representação popular, que se legitima pela compreensão dos problemas mais agudos que afetam a sociedade e que incumbe ao Judiciário, como poder político, ajudar a resolver”.

A democracia, reconquistada no País faz duas décadas, exige de todos nós, operadores do Direito, diuturna difusão social da educação jurídica e da informação, para que as iniquidades possam, cada vez mais, sucumbir a uma ordem jurídica justa a que todos tenham acesso. O juiz, a quem incumbe ministrar justiça, tem papel fundamental nesse processo pedagógico, pois dele são as decisões que irão repercutir *in loco*, na sociedade. E se o que se busca é um efetivo acesso à justiça, é também preciso que a intervenção judiciária preserve, tanto quanto possível, a integridade da dimensão participativa do jurisdicionado, de modo que dessa forma o demonstre ser ele diretamente responsável pelo resultado que vier a alcançar a partir da deflagração do processo. Relembrando o saudoso educador Paulo Freire<sup>12</sup>: “O papel da autoridade democrática não é, (...), marcar as lições de vida para as liberdades, mas, (...), deixar claro, (...), que o fundamental no aprendizado do conteúdo é a construção da responsabilidade da liberdade que se assume”.

Sigamos em frente, pois grande é o desafio no limiar deste novo século. ◆

---

<sup>12</sup> In **Pedagogia da Autonomia: saberes necessários à prática educativa**, Coleção Leitura, São Paulo: Paz e Terra, 12<sup>a</sup>. edição, p. 105.

# Democracia e Processo. Breves Reflexões sobre a Influência do Estado Democrático de Direito na Prestação da Tutela Jurisdicional

**HUGO FILARDI**

*Advogado no Rio de Janeiro/RJ.*

## 1. O Estado democrático de direito e os direitos fundamentais

A concepção de jurisdição como aplicação do texto legal ao caso concreto deve ser encarada sempre sob o prisma da efetivação dos direitos e garantias individuais, permitindo que os jurisdicionados possam desenvolver plenamente suas atividades sem a propagação de atos autoritários e incongruentes aos valores inaugurais de direito natural e à ordem legal instituída. Modernamente, o direito processual tem como primado a efetividade da tutela dos direitos assegurados, adotando a vertente de instrumentalidade do processo à persecução do direito material deduzido.

Assim, com a inserção do *substantive due process of law* na Constituição da República Federativa do Brasil, o direito processual passou a privilegiar os resultados efetivos e a considerar os demandantes como verdadeiros consumidores do serviço jurisdicional prestado pelo Estado<sup>1</sup>. A ciência e as formalidades desmotivadas foram substituídas pela instrumentalidade e busca da eficiência na prestação jurisdicional.

Após anos negros de nossa história, onde direitos não foram conquistados, mas sim suprimidos, e a ordem constitucional serviu para a consolidação de desmandos e arbitrariedades, desenvolveu-se no Brasil um movimento de retorno às garantias fundamentais e à entrega do poder estatal ao povo, procurando restaurar uma ordem democrática e asseguradora da participação popular nas decisões governamentais.

---

<sup>1</sup>Dinamarco, Cândido Rangel. **Fundamentos do Processo Civil Moderno**, Tomo II, 4ª Edição, Malheiros Editores, São Paulo, p. 729.

Afinal, a utilização do poder não pode ocorrer em contrariedade aos anseios do povo. Sobre a titularidade do poder estatal ser conferida ao povo, manifestou-se com inequívoca precisão Pontes de Miranda<sup>2</sup> ao afirmar que “o exercício do poder, ainda por parte daqueles que só indiretamente o recebem, como os juízes e os funcionários públicos, é sempre exercido em nome do povo”.

Neste contexto de reestruturação política nacional, uma nova ordem constitucional foi introduzida através da Constituição de 1988, onde efetivamente buscou-se alterar o foco da atuação estatal para a semente dos conceitos de igualdade e de dignidade humana, propiciando, ao menos no plano teórico, a todos os indivíduos, o perfeito exercício de suas atividades sem qualquer intervenção arbitrária. Res-salvados os equívocos cometidos pelo poder constituinte originário, ao tentar exaustivamente se ocupar de todas as áreas de normatização jurídica, o legislador constitucional tem o enorme mérito de transformar os antes indivíduos em agora cidadãos.

A reflexão dos anseios sociais na verdadeira eclosão legislativa, ocorrida a partir do início da abertura do regime ditatorial, e que teve como apogeu a Constituição de 1988, foi retratada por Paulo Cezar Pinheiro Carneiro<sup>3</sup>, ao afirmar que esta foi erigida “amplamente influenciada em diversas de suas partes pelos movimentos sociais e com as metas que se desenhavam na legislação ordinária antes referidos, consagrando e alargando o âmbito dos direitos fundamentais, individuais e sociais, prevendo a criação de mecanismos adequados para garanti-los, especialmente no que se refere ao acesso à justiça.”

Os profundos direitos fundamentais instituídos em nada valeriam se o ordenamento processual não evoluísse, disponibilizando aos jurisdicionados um meio justo, seguro e democrático de obtenção da abstração legal ao caso concreto, transportando-se a norma jurídica para o plano de efetividade prática para os jurisdicionados. Com a instauração do Estado Democrático de Direito e a indissociável intenção de proteção dos juridicamente protegíveis diante de atos de puro

---

<sup>2</sup> Pontes de Miranda, Francisco Cavalcanti. **Comentários à Constituição de 1946**, São Paulo, Editora M. Limonad, 5º Volume, p. 307, 1953.

<sup>3</sup> Pinheiro Carneiro, Paulo Cezar. **Acesso à justiça. Juizados Especiais e Ação Civil Pública**. Editora Forense, 2ª Edição, 2000, p. 48.

totalitarismo, o Estado tem compromisso com a sociedade de disponibilizar meios de satisfação de tutela dos direitos materiais conferidos, atendendo aos princípios instituídos no artigo 37 da Constituição da República Federativa do Brasil, em especial ao da moralidade e eficiência, e perfeitamente aplicáveis à prestação da tutela jurisdicional.

Calcado nos princípios da constitucionalidade, democracia e de proteção dos direitos fundamentais, o Estado democrático de direito fundado em 1988 tem a natureza precípua de auto defesa e supremacia das normas constitucionais, a instituição inexpugnável de um regime democrático pluralista, representativo e participativo e a sustentabilidade dos direitos humanos, sejam estes de ordem individual, coletiva, política ou social<sup>4</sup>.

## 2. Democracia e processo

A participação popular, fonte de legitimação do poder estatal, possibilita que todos os jurisdicionados possam exercer papel de destaque na escolha dos rumos a serem adotados pela sociedade, estando assim satisfeita a soberania do Estado. Novamente, faz-se mister salientar que o avanço legislativo iniciado no início dos anos 80, e que teve como ápice a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil contou todo o ordenamento jurídico vigente com ideais como a garantia dos direitos fundamentais, sejam eles individuais ou coletivos.

O conceito de democracia indissociável de processo como garantia fundamental dos jurisdicionados, vislumbrado por Pietro Calamandre<sup>5</sup> e Nicolò Troker<sup>6</sup>, deve ser aplicado de forma irrestrita por todos os atuantes da relação processual, sob pena de se incorrer em grave inconstitucionalidade. Os juízes, na sua inerente função de gerenciadores processuais, guardam a obrigação de garantir que todos os jurisdicionados interessados tenham plena capacidade de exporem suas opiniões jurídicas. Dentro deste conceito de livre acesso e contribuição das pessoas na entrega da tutela jurisdicional, o magistrado assume papel ativo, perseguindo assim a efetividade de seus provimentos. O zelo pela eficiência da tutela judicial deve pautar a atuação dos

---

<sup>4</sup> Silva, José Afonso da. **Poder Constituinte e Poder Popular**. Malheiros Editores, São Paulo, 2000, p. 238.

<sup>5</sup> Ver **Processo e Democrazia**. Opere Giuridiche, v. I, 1965.

<sup>6</sup> Ver **Processo Civile e Costituzione**, Giuffrè, Milano, 1974, p. 91/157.

magistrados, que terão que conduzir os processos com senso humanitário e buscando a igualdade entre interessados no desfecho da demanda<sup>7</sup>.

Já às partes e aos demais jurisdicionados que possam trazer à demanda elementos concretos para a construção da sentença, encarada como a aplicação prática da abstração legal, é imperiosa a facilitação da exposição de suas idéias no campo processual, a fim de que o exaustivo e qualitativo debate sobre a matéria possa se refletir na confiança em uma justiça mais próxima da sociedade e com mais credibilidade. A plena participação popular, um pouco mais afeta aos Poderes Executivo e Legislativo, tem que ser transportada para o Poder Judiciário, semeando a cultura de obtenção coletiva da verdade legal.

Não podemos mais conceber que o processo ainda conserve resquícios de autoritarismo, já que estamos sob a égide do Estado Democrático de Direito, e a democracia participativa deve quebrar as amarras do conservadorismo no emprego da relação processual. Dado o dinamismo das atividades humanas, o processo tem obrigatoriamente que acompanhar as relações de direito material, não mais sendo triangular e sim um conjunto de relações jurídicas complexas. Somente com um diálogo humano e propenso à compreensão dos fatos postos em Juízo, atingiremos o ideal de processo justo, estando disponibilizados eficazmente todos os instrumentos para que a tutela jurisdicional seja efetiva e se traduza em credibilidade junto aos jurisdicionados.

A ética habermasiana deliberativa<sup>8</sup> que preconiza o diálogo humano como única forma de pacificação social, valendo-se da teoria do melhor argumento, deve ser amplamente aplicada no desenrolar das relações processuais, com vistas à obtenção de legitimidade dos provimentos jurisdicionais. Adotando a concepção de nexos internos entre soberania popular e direitos humanos e intersubjetivismo das relações sociais, o processo tende a se humanizar e servir como instrumento

---

<sup>7</sup> Sobre a postura a ser empregada pelo magistrado no processo, devemos recorrer ao artigo de José Carlos Barbosa Moreira denominado "A função social do processo civil moderno e o papel do juiz e das partes na direção e instrução do processo." **Revista Brasileira de Direito Processual**, nº 49, p. 51/68, 1986.

<sup>8</sup> Habermas, Jürgen. "Sobre a legitimação sobre os direitos humanos" in **Direito e Legitimidade**, obra organizada por Jean Christophe Merl e Luiz Moreira, São Paulo, Landy Livraria Editora, 2003, p. 74-81.



respeitado, e não meramente imposto, para a aplicação da vontade legal ao caso concreto.

### **3. Necessidade de motivação dos provimentos judiciais**

Princípio geral de Direito processual, a motivação das decisões judiciais está consagrada na Constituição da República, art. 93, inciso IX. A fundamentação das decisões judiciais é impingida por nosso arcabouço jurídico tendo por escopo salvaguardar o interesse das partes, além de contribuir sobremaneira para satisfação do interesse público.

Encarando-se cada atividade estatal como uma pequena contribuição para a efetividade do Estado Democrático de Direito, a motivação das decisões judiciais deve ser concebida como elemento integrador da função jurisdicional aos jurisdicionados. Num contexto de democracia processual e do *due process of law* devemos assegurar a todos os jurisdicionados a possibilidade de influir eficazmente em todas as decisões que possam acarretar-lhes invasão em suas esferas de interesses.

A participação democrática no processo de todos os jurisdicionados interessados no deslinde da demanda é completamente preponderante na aplicação de um processo justo, capaz de propiciar a segurança dos direitos fundamentais do homem. A motivação das decisões judiciais age como instrumento de controle das decisões judiciais, e concede aos jurisdicionados a possibilidade do exercício do democrático direito de manifestação. Convém destacar que a exaustiva fundamentação dos provimentos jurisdicionais traz solidez aos julgados, visto que todos os interessados podem expor suas opiniões, e assim os magistrados adquirem legitimidade para revelar o direito.

Como a Constituição da República Federativa do Brasil é fundada justamente no nexo entre soberania popular e direitos humanos, não mais devemos assistir inertes à prolação de decisões que, dada a sua frágil fundamentação, não podem ser questionadas. O Juiz Deus morreu, deixando aberto o espaço para o aparecimento do Juiz cidadão, sempre atento aos reais anseios populares, e consciente de sua responsabilidade social.

O simples fato de vivermos sob o sistema republicano de governo já nos faculta a chance de construirmos uma sociedade mais fraterna e justa, com a participação efetiva de todos. Há de ser ressaltado que a fiscalização e o controle popular das decisões estatais visa a eliminar as

arbitrariedades, já que, como bem disse André Berten<sup>9</sup>, “é preciso e basta que possamos contestar as decisões se avaliarmos que elas não correspondem aos nossos interesses ou à nossa concepção de justiça” para impedir que juízes ou governantes interfiram ilegítimamente nos atos sociais.

Especialmente com a propagação da idéia de república contestadora e não consensual, conseguiremos dar eficácia às normas constitucionais abertas asseguradoras de direito fundamentais, apaziguando as claras e enormes desigualdades em nossa sociedade. Mas para que haja este engajamento, é preciso que compreendamos os atos estatais, nos propiciando oportunidade de eficazmente contestá-los. Os atos do Estado não devem se impor pela força, mas pelo convencimento e por sua congruência com o ordenamento jurídico vigente. O Poder Judiciário se legitima quando sua decisão convencer a sociedade, sendo certo que, para que isso ocorra, os interessados devem tomar pleno conhecimento dos fundamentos dela.

#### **4. Acesso à justiça como meio de participação ativa dos jurisdicionados nas decisões governamentais**

Justamente na esteira da tendência atual de aplicação da democracia processual, o ordenamento jurídico vigente necessariamente tem que estimular o ingresso das classes menos favorecidas da sociedade nas discussões processuais que possam vir a afetar suas esferas de interesses. Assim, a atividade governamental pauta-se pelo compromisso de apaziguar os desníveis jurídicos e econômicos existentes em nosso país, propiciando assim que todos possam atuar qualitativamente na defesa de seus direitos.

Visando aplacar as mazelas econômicas que tinham influência decisiva na vedação do direito constitucionalmente assegurado de ação, faz-se oportuno mencionar a Lei nº 1.060/50, que conferiu ao juridicamente necessitado a postulação em Juízo sem a obrigatoriedade de recolhimento de custas processuais e o pagamento de honorários advocatícios. Esta Lei veio a ser editada com fulcro na primeira onda preconizada por Mauro Cappelletti que entendia como primordial ao

---

<sup>9</sup> Berten, André. "Republicanismo e motivação política" in **Direito e Legitimidade**, obra organizada por Jean Christophe Merl e Luiz Moreira, São Paulo, Landy Livraria Editora, 2003, p. 30.

acesso à justiça a instituição de isenção a todos os jurisdicionados que não pudessem arcar com as custas processuais e honorários advocatícios sem prejuízo de seu sustento ou de sua família.

Ainda nesse sentido, visando a que os juridicamente miseráveis pudessem contar com uma representação eficiente de seus direitos, foi criada a Defensoria Pública, buscando salvaguardar e dinamizar o acesso dos necessitados ao judiciário. Há de ser salientado que a Defensoria Pública deve não só atender aos anseios dos jurisdicionados no que concerne ao acesso à justiça, mas também servir como elo de apresentação do direito e suas normas positivadas aos jurisdicionados por ela atendidos<sup>10</sup>. Inclusive, a Constituição portuguesa, em seu artigo 20, consagra não só o livre acesso à justiça, mas como também ao direito.

Outro importante alicerce na defesa dos interesses dos juridicamente necessitados foi a expansão dos meios assecuratórios de tutela coletiva, propiciando que através da substituição processual os jurisdicionados com menos representatividade possam ter seus interesses defendidos por órgãos ilibados e de alta credibilidade, ou por cidadãos de maior consciência sócio-jurídica. A inserção da Ação Civil Pública e até mesmo da Ação popular e as “Ações Coletivas” em nosso ordenamento jurídico trouxe aos jurisdicionados a certeza de que decisões judiciais que lhes sejam favoráveis possam ter seus efeitos expandidos *in bonam parte*.

Através da tutela coletiva, os magistrados puderam ampliar o alcance de efetividade das normas jurídicas de acordo com os ditames da democracia processual, muito embora tal iniciativa seja ainda incipiente, pois estes ainda muito arraigados a formalismos desnecessários e relações jurídicas estáticas, não inserem estas “grandes demandas” no seio do debate popular. É chegada a hora de transmutar a engessada concepção de relação processual para uma visão cada vez mais caleidoscópica das demandas postas em juízo.

Por estar constitucionalmente assegurado, o direito de ação deve ser facilitado, sob pena de contribuirmos para que as normas de direito material estejam em um plano inalcançável para os jurisdicionados, permitindo que ilegalidades sejam perpetradas e que o poder Judiciário

---

<sup>10</sup> Constituição do Estado do Rio de Janeiro. “Art. 30. O Estado obriga-se, através da Defensoria Pública, a prestar assistência jurídica, integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos”.

seja visto como um órgão distante dos conflitos humanos. O direito de ação deve ser humanizado para contemplar os anseios da população. O real destinatário da tutela jurisdicional deve ser tratado com respeito e justiça, tornando o processo um método igualitário de debate e aplicação concreta da vontade legal.

Inserindo o direito de ação como exercício de cidadania, Carlos Roberto Siqueira Castro<sup>11</sup>, em importante obra, afirmou que “o concurso da sociedade civil é condição primária para concretização das regras e princípios da Constituição. Sem a aderência da cidadania ativa e das instituições emanadas pelo corpo social em torno do ideário constitucionalista, frustam-se por inteiro as iniciativas, tanto públicas quanto privadas, de fazer valer a vontade da Constituição. Em suma, sem a força do povo, a Carta Política democrática, que hoje preside o sistema normativo brasileiro, ficará relegada ao plano estéril das intenções retóricas e sem aptidão para exercer o papel civilizatório e transformador da comunidade nacional”.

## **5. Tutela efetiva e eliminação de óbices ilegítimos à análise de mérito**

Utilizando as sábias palavras de Giuseppe Chiovenda<sup>12</sup> “o processo deve dar, quanto for possível praticamente, a quem tenha um direito, tudo aquilo e exatamente aquilo que ele tenha direito de conseguir”. Partindo de uma análise perfunctória desta premissa, verifica-se a perfeita adequação do conceito de efetividade aos padrões de justiça almejados pela ciência processual.

Em sendo o método mais participativo e democrático para aplicação do texto legal ao caso concreto, o processo deve estar sempre adstrito ao conceito de efetividade, propiciando às partes e interessados processuais os benefícios e ônus estipulados em lei. O atrelamento aos padrões de efetividade instituída ao direito processual apenas contribui para a solidificação do processo como o meio mais eficaz de solução de conflitos de interesse e de administração pública de negócios privados.

---

<sup>11</sup> Siqueira Castro, Carlos Roberto. **A Constituição aberta e os direitos fundamentais**. Editora Forense, Rio de Janeiro, 2003, 1ª Edição, página 356.

<sup>12</sup> Chiovenda, Giuseppe. **Instituições de Direito Processual Civil**, trad. bras. de J. Guimarães Menegale, 3ª Edição, São Paulo, Editora Saraiva.

Portanto, não mais devemos coadunar com a existência de óbices ilegítimos à análise meritória, que na realidade excluem o controle jurisdicional de determinadas questões, consolidando assim uma cabal afronta aos direitos fundamentais, sob a toska assertiva de proteção do interesse público. Não há porque restringir o acesso à tutela meritória, senão por questões extremamente relevantes, como os pressupostos processuais e as condições da ação<sup>13</sup>. Vedar a apreciação do mérito ao Judiciário dos atos praticados pelos outros “poderes” do Estado é o mesmo que perpetrar ilegalidades e desmandos e violar o princípio constitucionalmente assegurado da inafastabilidade da tutela jurisdicional.

Neste diapasão, propagou-se o *checks and balances*, justamente para que o exercício de funções estatais não se desvirtuasse para a arbitrariedade. As funções estatais não são estanques, e devem guardar respeito e harmonia para o perfeito funcionamento do Estado. Então, este mecanismo de freios e contrapesos inibe a estática idéia de tripartição de Poder, estabelecendo funções primordiais a serem exercidas, mas guardando sempre a possibilidade de instrumentos recíprocos de controle.

Infelizmente, ainda verificamos decisões judiciais impedindo a análise irrestrita de atos da Administração Pública<sup>14</sup>, delimitando a atuação jurisdicional à averiguação de qualquer vício de forma. No entanto, obstruir a investigação pelo povo do Juízo de discricionariedade feito pela Administração Pública é o mesmo que tornar desinteressante a democracia participativa e excluir os cidadãos das decisões governamentais. Afinal, democracia representativa e participativa não se excluem<sup>15</sup>; ao contrário, são interdependentes na construção do Estado Democrático de Direito.

---

<sup>13</sup> Pugnamos aqui por uma avaliação ampla das condições da ação e dos pressupostos processuais, a fim de dar solidez ao irrestrito acesso ao judiciário. Neste sentido, e em especial, no que concerne à legitimação, protestamos por sua desformalização, facilitando a tutela coletiva.

<sup>14</sup> Mandado de Segurança 8.834/DF – 3ª Seção – Ministro Relator Gilson Dipp – Publicado 28.04.03 – “Em relação ao controle jurisdicional do processo administrativo, a atuação do Poder Judiciário circunscreve-se ao campo da regularidade do procedimento, bem como à legalidade do ato demissionário, sendo-lhe defesa qualquer incursão no mérito administrativo, a fim de aferir o grau de conveniência e oportunidade.”

<sup>15</sup> Benevides, Maria Vitória. “Nós, o povo - Reformas políticas para radicalizar a democracia”, in: **Reforma Política e Cidadania**. Organizadores: Maria Victoria Benevides, Paulo Vannuchi e Fábio Kerche, São Paulo, Editora Fundação Perseu Abramo, 2003, p. 83-119.

É certo, por outro lado, que “a generosa idéia de universalizar o exercício da jurisdição não deve conduzir a níveis tais de plenitude e exaurimento, que franqueassem ao Estado e aos seus juízes o mais amplo e incondicional exercício do poder<sup>16</sup>”, sendo completamente pertinentes a imposição de óbices legítimos privilegiando a eficiência na prestação jurisdicional e a conseqüente defesa dos direitos humanos.

## **6. Coletivização da prestação jurisdicional**

Com íntima relação ao acesso à justiça, apresenta-se o desenvolvimento das ações coletivas, demandas que visam a atuar como medida de economia processual e judicial, e impedem a ocorrência de decisões contraditórias em processos individuais similares, contribuindo assim para que o Poder Judiciário não perca sua credibilidade perante os jurisdicionados. Convém destacar que a demanda coletiva funciona também como instrumento de equilíbrio entre as partes do processo, redefinindo a relação processual no sentido de que a parte mais frágil possa, de maneira agrupada, pleitear mais eficazmente seus direitos.

Neste diapasão, devemos nos escorar na definição de ação coletiva proposta por Aluisio Gonçalves de Castro Mendes<sup>17</sup>: “A ação coletiva pode, portanto, ser definida, sob o prisma do direito brasileiro, como o direito apto a ser legítima e autonomamente exercido por pessoas naturais, jurídicas ou formais, conforme previsão legal, de modo extraordinário, a fim de exigir a prestação jurisdicional, com o objetivo de tutelar interesses coletivos, assim entendidos os difusos, os coletivos em sentido estrito e os individuais”.

Atestando a instrumentalidade do direito processual, como forma mais eficaz para manifestação do direito material assegurado, a Ação Coletiva se constitui no método de maior celeridade e menos dispendioso para a solução das lides. A expansão da tutela coletiva em nosso ordenamento jurídico ocorreu, especialmente, através das Leis 7.347/85 e 8.078/90, respectivamente regulando à Ação Civil Pública e as relações consumeristas, sendo o marco na transposição da concepção

---

<sup>16</sup> Dinamarco, Cândido Rangel. **Fundamentos do Processo Civil Moderno**, Tomo II, 4ª Edição, Malheiros Editores, São Paulo, p. 848.

<sup>17</sup> Mendes, Aluisio Gonçalves de Castro. **Ações Coletivas no direito comparado e nacional**. Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, Coleção Temas atuais de Direito Processual Civil, p. 26.

tradicional do processo de duas partes para o alcance da tutela jurisdicional às relações interpessoais cada vez mais complexas.

Afinal, como bem preceitua Leonardo Greco<sup>18</sup>, seguindo as lições de Cappelletti, "a sociedade, massificada nos meios de produção, nos meios de consumo, nos negócios, no turismo, nos conflitos e na violação de direitos, exigia uma mudança na concepção do papel do processo civil como instrumento de tutela dos direitos. Se o processo civil não atendesse a essa nova exigência, a sociedade iria buscar outros meios de tutela". ♦

---

<sup>18</sup> Greco, Leonardo. "Execução nas ações coletivas". Artigo inédito.

# Confrontando o art. 2.035 do Código Civil com a Constituição Federal

**MARCELO TELLES MACIEL SAMPAIO**

*Juiz de Direito do TJ/RJ*

*Ementa: Importância das regras de Direito Intertemporal do novo Código Civil. Destaque para a regra do art. 2.035 do Código Civil. Regra consagradora da retroatividade mínima. Incompatibilidade com a Constituição Federal. Importância prática do tema. A posição do STF acerca do tema. Inadmissibilidade da irretroatividade mínima ante a proteção constitucional em favor do ato jurídico perfeito. Inconstitucionalidade do art. 2.035 do Código Civil.*

## I. Introdução

Conforme bem salientou em recente – e belíssima – palestra proferida na EMERJ o Prof. Édson Fachin, neste momento, em que vigora já o novo Código, e produz ainda seus efeitos o velho Código, a parte mais importante a ser compreendida, no âmbito do Código Civil de 2002, é provavelmente o Livro Complementar das Disposições Finais e Transitórias, que cuida das regras de Direito Intertemporal.

Com a atenção assim direcionada para o tema, logo se percebe, dentre tal conjunto de regras, a importância fundamental, pela vastidão de seu campo de aplicação, daquela insculpida no art. 2.035 do Código Civil vigente, que será objeto de nossa análise.

## II. O teor do art. 2.035 do Código Civil vigente.

Vejamos o que dispõe a regra ora questionada, o art. 2.035 do Código Civil:

*“A validade dos negócios e demais atos jurídicos, constituídos antes da entrada em vigor deste Código, obedece ao disposto nas*



*leis anteriores, referidas no art. 2.045, mas os seus efeitos, produzidos após a vigência deste Código, aos preceitos dele se subordinam, salvo se houver sido prevista pelas partes determinada forma de execução.”*

A regra, como se vê, admite a chamada retroatividade mínima, ao admitir que os efeitos de atos anteriores sejam submetidos à regência da lei posterior.

A maior parte dos que se debruçam sobre o tema, eméritos civilistas, em geral tecem amplos elogios à regra do art. 2.035 do Código novo.

De fato, dita regra, dentre outras virtudes, ostenta a da adoção expressa de posição legislativa acerca de antiga celeuma doutrinária e jurisprudencial sobre a retroatividade das normas e seus limites, admitindo a retroatividade mínima, para subjugar à lei nova a eficácia dos atos anteriores.

Ademais, utilizou-se do critério há muito defendido por Pontes de Miranda, que discrimina os momentos de existência, validade e eficácia do ato jurídico.

Resta perquirir então se dita regra afigura compatível com a Constituição vigente, vale dizer, se merecerá ser aplicada na prática judicial.

### **III. Controvérsia sobre a validade da regra do art. 2.035 do Código Civil vigente.**

De início, no exame do tópico, convém trazer à baila exemplo concreto dos problemas que poderão surgir na prática, a fim de que se possa identificar a importância do tema e perceber o conflito de princípios subjacente ao tema (segurança jurídica x justiça).

Neste diapasão, por exemplo, já se discute, quanto às convenções condominiais anteriores à vigência do Novo Código e a ele não adaptadas, se a multa por atraso será a da convenção anterior, que poderia chegar a 10%, ou se terá aplicação a limitação ao máximo de 2% prevista no art. 1.336, § 1º, do novo Código Civil.

Esta e outras questões práticas serão companheiras costumeiras dos aplicadores do Direito nos tempos correntes, até porque, ante a novidade da Lei Civil vigorante, não se deu a sedimentação em torno de seu entendimento na doutrina e na jurisprudência.

A adoção sem maiores discussões do estatuído no art. 2035 do Código Civil levaria à conclusão da prevalência do limite trazido pela Lei nova no que toca ao exemplo citado.

Sem dúvida tal solução revela-se mais “justa” – e me desculpem pelo emprego deste termo, justificado por sua expressividade -, em prejuízo, porém, da segurança jurídica e da vontade acertada livremente antes da lei nova, ou seja, da própria razão de ser do ato.

Não cabe entrar no mérito desta antiga, e provavelmente insolúvel, controvérsia entre os postulados da justiça e da segurança jurídica.

Na verdade, estes cânones, que freqüentemente se apresentam em conflito aparente, complementam-se, eis que, em última análise, não há, a rigor, justiça sem segurança, nem segurança jurídica útil, socialmente, sem justiça.

Portanto, assemelham-se tais postulados às pernas de um homem que, movendo-se sempre em separado e alternadamente, possibilitam, como resultado da presença e labor de cada qual, que se chegue ao objetivo visado.

De todo modo, feitas tais considerações *en passant*, não convém estender o tratamento deste ponto, pois, a rigor, a solução da questão tratada não depende disto.

Ao admitir a retroatividade mínima, como já se viu, o art. 2.035 do Código Civil, pesar dos méritos que de fato possui, revela-se, ao nosso sentir, eivado de mácula insanável: a inconstitucionalidade.

Logo se nota, pela menção a atos “constituídos antes da entrada em vigor deste Código”, que a regra destina-se, por seu campo de aplicação, aos atos jurídicos perfeitos, vale dizer, aos atos devidamente constituídos, ainda que não consumados, quanto aos seus efeitos, sob a égide da Lei anterior.

Sucede que a Constituição Federal, no seu art. 5º, XXXVI, estatui que a lei não prejudicará o ato jurídico perfeito.

A interpretação adequada a ser conferida a esta regra constitucional é aquela que estende sua proteção ao ato jurídico perfeito em todos os seus três momentos (existência ou formação, validade e eficácia).

Isto porquê, em primeiro lugar, a disposição constitucional é ampla, genérica e, no particular, não faz qualquer restrição, não podendo o legislador, é de comum sabença, legislar restringindo onde a Constituição não o fez.

Ademais, tal regra constitucional, em sendo de natureza garantística, comporta interpretação ampla, pois, como há muito se sabe, “*benefica amplianda, odiosa restringenda*”.

De fato, a regra garantidora há de receber sempre a interpretação que confira à proteção por ela veiculada toda sua extensão, sob pena de ofensa ao princípio da efetividade, máxima de suma importância na interpretação constitucional.

Sobre a importância da efetividade na interpretação e na aplicação da Constituição, especialmente em seara de direito fundamental como no caso em tela, incisiva é a lição abalizada de J. J. Gomes Canotilho:

*“Este princípio, também designado por princípio da eficiência ou princípio da interpretação efetiva pode ser formulado da seguinte maneira: **a uma norma constitucional deve ser atribuído o sentido que maior eficácia lhe dê.** É um princípio operativo em relação a todas e quaisquer normas constitucionais, e embora a sua origem esteja ligada à tese da actualidade das normas programáticas (Thoma), é hoje sobretudo invocado no âmbito dos direitos fundamentais (**no caso de dúvidas, deve preferir-se a interpretação que reconheça maior eficácia aos direitos fundamentais**).” - (in **Direito Constitucional**, p. 233, Coimbra).*

Portanto, à norma de proteção contida no art. 5º, XXXVI, da Constituição, deve ser dada a interpretação efetiva, no sentido que a proteção estatuída contra a retroação da lei nova, em favor do ato jurídico perfeito, deve ter sob seu pálio não só os momentos de existência e validade, mas também o da eficácia do ato, rechaçando-se a possibilidade de retroatividade mínima.

O tema já foi enfrentado pelo Supremo Tribunal Federal, que chegou à mesma conclusão. *In litteris*:

*“Os contratos submetem-se, quanto ao seu estatuto de regência, ao ordenamento normativo vigente à época de sua celebração. Mesmo os efeitos futuros oriundos de contratos anteriormente celebrados não se expõem ao domínio normativo de leis supervenientes. As conseqüências jurídicas que emergem de um ajuste negocial válido são regidas pela legislação em vigor no momento de sua pactuação. Os contratos – que se qualificam como atos jurídicos perfeitos (RT 547/215) – acham-se protegidos, em sua integralidade, inclusive quanto aos efeitos futuros, pela norma de salvaguarda constante do art. 5º, XXXVI, da Constituição da República. Doutrina e precedentes. A incidência imedi-*

*ata de lei nova sobre os efeitos futuros de um contrato preexistente, precisamente por afetar a própria causa geradora do ajuste negocial, reveste-se de caráter retroativo (retroatividade injusta de grau mínimo), achando-se desautorizada pela cláusula constitucional que tutela a intangibilidade das situações jurídicas definitivamente consolidadas. Precedentes.” – (STF, 2ª Turma, AI 292979ED/RS, Rel. Min. Celso de Mello, DJ de 19.12.2002, pg. 127, Ementário: vol. 2096-08. p. 1746).*

Tampouco cabe argumentar, por outro lado, que as leis de ordem pública admitiriam retroatividade, por sua própria natureza.

Em primeiro lugar, inexistente qualquer amparo legal, e muito menos constitucional, a esta tese e, embora se possa dizer que sua aplicação conduziria a resultados mais “justos”, poder-se-ia também replicar com a agressão à segurança jurídica resultante.

De todo modo, também neste tema já tomou posição o E. STF em desfavor da retroatividade:

***“Sendo constitucional o princípio de que a lei não pode prejudicar o ato jurídico perfeito, ele também se aplica às leis de ordem pública. De outra parte, se a cláusula relativa à rescisão com a perda de todas as quantias já pagas constava do contrato celebrado anteriormente ao Código de Defesa do Consumidor, ainda quando a rescisão tenha ocorrido após a entrada em vigor deste, a aplicação dele para se declarar nula a rescisão feita de acordo com aquela cláusula fere, sem dúvida alguma, o ato jurídico perfeito, porquanto a modificação dos feitos futuros de ato jurídico perfeito caracteriza a hipótese de retroatividade mínima que também é alcançada pelo disposto no art. 5º, XXXVI, da carta Magna. Recurso extraordinário conhecido e provido.”*** – (STF, 1ª Turma, RE 205999/SP, Rel. Min. Moreira Alves, DJ de 03.03.00, p. 89).

Acertado concluir, então, que a norma contida no art. 2.035 do Código, por subtrair da vigência da Lei anterior o momento da eficácia do ato jurídico perfeito, sujeitando-o ao domínio da Lei nova, revela-se incompatível com a garantia esculpida no art. 5º, XXXVI, da Lei Maior.

Em sintética conclusão, o art. 2.035 do Código Civil é inconstitucional, revelando-se despiciendo, por isso, retomar-se a antiga celeuma atinente ao conflito entre o princípio da segurança jurídica,

que culminaria na prevalência da Lei anterior, e o da Justiça, que conduziria à incidência da Lei nova, em tese, melhor e mais “justa”.

*Legem habemus*, tendo a Constituição adotado posição bem definida acerca do tema, resta apenas cumpri-la. ◆

# Classificação Indicativa (Natureza Jurídica)\*

**LUIS FELIPE SALOMÃO**  
*Juiz de Direito do TJ/RJ*

É uma honra poder participar de um painel com o Ministro Carlos Velloso, um dos mais respeitados Ministros do Supremo Tribunal Federal, muito estimado pela magistratura brasileira e em especial do Rio de Janeiro, que presidiu aquela Casa num momento muito difícil da nossa história recente.

Permitam-me fazer uma saudação concentrada aos meus colegas que acompanham esse proveitoso seminário, nas pessoas do Presidente do Tribunal de Justiça-RJ, Desembargador Miguel Pachá, que foi muito gentil comigo, fruto evidente do carinho recíproco e da admiração que tenho pela gestão que ele desenvolve à frente do Tribunal de Justiça, e também nas pessoas do atual Presidente da Associação dos Magistrados Brasileiros, Desembargador Cláudio Baldino Maciel, que vem se desdobrando e desenvolvendo um trabalho digno dos nossos elogios e reconhecimentos, em momento de grande tensão por que passa a magistratura nacional, e, felizmente, temos também aqui reunidos outros dois ex-presidentes da AMB, o Desembargador Viana Santos e o Ministro Paulo Gallotti, e em nome deles, que tanto contribuíram para a Magistratura do nosso país, e em nome do Desembargador José de Magalhães Peres, Presidente da Associação dos Magistrados do Estado do Rio de Janeiro – AMAERJ, por isso peço licença para cumprimentar a todos os meus colegas que me honram com a presença hoje aqui.

Quero também cumprimentar a Academia Paulista de Magistrados, na pessoa do Desembargador Marco Antonio Marques da Silva,

---

\* Intervenção como debatedor no Seminário "Aspectos Polêmicos da Atividade de Entretenimento", realizado em Porto Belo (Mangaratiba - RJ), entre os dias 11 e 14 de março de 2004.

colega conhecido e reconhecido no Brasil, pela iniciativa desse evento, e aproveito para saudar os apoiadores, a AMB, a AMAERJ e o CEDES do Tribunal de Justiça, e as Organizações Globo. Aqui está presente a Dra. Simone, a quem eu agradeço o honroso convite para participar do conclave, esclarecendo que é inédito um debate sobre esse tema, permitindo que nós todos possamos abordar aspectos gerais (o tema do encontro é “Aspectos Polêmicos da Atividade de Entretenimento”), e, pelo sumário, o que se pode perceber é uma visão muito ampla sobre todas as questões controvertidas que envolvem esse amplíssimo tema, de modo que eu quero mais uma vez cumprimentar a Academia e ao coordenador Des. Marco Antonio, por esse magnífico trabalho.

Há uma explicação, Ministro Velloso, para a minha participação nessa Mesa, como agente provocador e debatedor. Seguramente é a militância associativa e a visão de conjunto do que apresenta a magistratura hoje em relação a um tema tão controvertido como esse que envolve mídia, justiça e cidadania.

Nós, do Judiciário, estivemos, sobretudo nos últimos anos, com as “vísceras expostas”, de modo que quase que obrigatoriamente fomos forçados a entender um pouco mais sobre como tratar com esses canais de comunicação de massa.

Portanto, esse tema, “mídia, justiça, cidadania”, em um curto espaço de tempo vem sendo objeto de análise mais de perto pelos juízes e jornalistas, nesse momento significativo do estágio avançado nesse relacionamento. É bastante gratificante que estejamos aqui reunidos, juízes e os agentes que são os responsáveis pela atividade de entretenimento.

Por intermédio de um debate democrático, o objetivo é a busca por algumas soluções para problemas que são comuns, tanto em relação à jurisdição, quanto também institucionalmente, de afirmação do Poder Judiciário no momento que estamos vivendo.

Na verdade, pretendo tentar analisar a questão por um viés um pouco diferente da abordagem realizada pelo Ministro Carlos Velloso, que examinou uma parte do problema relacionada mais diretamente à questão do controle judicial da televisão. Permito-me abordar o tema de maneira primeiro mais ampla, e depois diferente, ciente das minhas limitações de tempo, e nem de longe com talento semelhante ao do Ministro Carlos Velloso. Quero submeter ao exame dos meus colegas

um sentido diverso de abordagem do tema, que é justamente o da “classificação indicativa”, uma das formas de controle da programação de mídia, em especial aquele que parte do Poder Público.

Mas antes disso faço uma referência rápida sobre essa questão que hoje é objeto de discussão mais dos cientistas sociais do que até mesmo dos “mídia” em geral, que é a qualidade da programação televisiva.

Fiz uma pesquisa sobre o assunto, e achei um trabalho que me foi cedido pelo reconhecido líder e ex-presidente da AMB, Desembargador Luiz Fernando Ribeiro de Carvalho, um texto do sociólogo francês Pierre Bourdieu.

O talentoso cientista social francês, que suscitou muitos debates na França e na Europa, fez uma análise sobre a função e a qualidade dos trabalhos televisivos. Sua crítica ácida foi transmitida publicamente, por meio justamente da televisão. Essa participação depois foi transformada em um livro, objeto de intensos debates na sociedade européia. Há um certo trecho dessa exposição em que ele nos alerta sobre os perigos que a televisão pode ensejar:

*“... a televisão, ela causa o que nós, os críticos literários chamam de efeito de real, que é o poder de fazer ver e fazer crer naquilo que se faz ver. Esse poder de evocação – prossegue Pierre Bourdieu – tem efeitos de mobilização. Ela pode fazer existir idéias ou representações, mas também grupos. As variedades, os incidentes ou os acidentes cotidianos podem estar carregados de implicações políticas, éticas, capazes de desencadear sentimentos fortes, freqüentemente negativos, como o racismo, a xenofobia, o medo, o ódio e a simples narração; o fato de relatar implica em uma construção social da realidade, capaz de exercer efeitos sociais de mobilização ou de desmobilização”.*

Mas ainda assim, diante dessa advertência dos sociólogos em geral, e sobretudo de Bourdieu, recentemente foi realizado em Coimbra um Seminário sobre Direito da Comunicação e Direito do Consumidor, onde definitivamente o Professor Eduardo Lourenço, da Universidade de Nice, atingiu o ponto principal da questão da qualidade da programação e da real percepção que devemos ter desse espetacular instrumento de comunicação de massa:

*“A televisão existe e não é em si um novo império do mal, não é útil nem fácil distinguir nela uma boa ou má televisão. Que critérios para conceber isso? Mas é possível vivê-la como um desafio à nossa capacidade de discernimento, a essência mesma da nossa liberdade, que não criou a TV para que ela nos devorasse”.*



Ainda ontem, verifiquei uma nota no jornal **O Globo**, que estava se referindo a um “Programa do Ratinho”, que, como se sabe, não trabalha no **Discovery Channel** e sim no **SBT**, exibindo, ao vivo, o resultado de uma cirurgia de aumento genital. Foi bizarro. Esse Programa do Ratinho vai ao ar às 21:30 hs.

Então é claro que a questão da qualidade da programação de TV é um problema bastante grave, e o Ministro Velloso trouxe o tema do “controle judicial da televisão”, como assim denominou o Professor Barbosa Moreira, nos trabalhos em que abordou o assunto. O talentoso jurista, que orgulha o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro – de onde é oriundo - menciona decisões em *leading cases* relativos a impedimentos, ditados pelo Judiciário, para exibição de determinada programação, como foi o caso das novelas “Uga-Uga”, “Laços de Família” e o “Programa do Ratinho”, que inúmeras vezes foram tirados do ar; o próprio filme “Calígula” foi impedido de ser exibido.

Enfim, nesse campo, o que deve ser levado em conta é a questão da ponderação de valores, quando existente a colisão de direitos fundamentais presentes no caso. A Corte Suprema, evidentemente, avalia, sopesa, para estabelecer quais valores irão preponderar, e cabe também aqui aquela grande discussão em saber se a decisão judicial que impede a veiculação de determinado noticiário ou de determinada programação é ou não uma censura prévia.

Mas, em verdade, o que quero trazer, já entrando decisivamente no ponto que me propus, é se a classificação indicativa, tal como estabelecida, é censura prévia, ou efetivamente resguardo dos bons costumes.

Os artigos que vamos manejar, muitos o Ministro Velloso já abordou, mas não será repetitivo trazer o artigo 5º, inciso IX, da Constituição, que dispõe:

*“É livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independente de censura e licença”.*

Esse dispositivo, como todos nós sabemos, tem eficácia plena, é cláusula pétrea da Constituição, e tem a efetividade da norma constitucional, não é um mero enunciado.

O artigo 200, parágrafo 2º, da Constituição Federal disciplina que: *“É vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística”.*

E também merece registro o artigo 21, inciso XVI, da Constituição Federal, que determina que a União pode exercer a classificação para efeito indicativo de diversões públicas e de programas de rádio e de televisão.

Cabe, para logo, uma breve digressão. Peço licença aos meus colegas para proceder a um brevíssimo jogo com datas históricas, que podem até se assemelhar a um pequeno “documentário”, bem a gosto dos jornalistas, mas que na verdade vão me permitir desenvolver as idéias que quero trazer em seguida.

No ano de 600 (d.c.), já instaurado o Império Romano, os pretores, indicados pelo Imperador, é que exerciam a jurisdição com a subserviência total ao sistema. Depois da criação da função jurisdicional é que surge a lei, de alguma maneira, para balizar a atividade dos julgadores.

No ano de 1454, Gutemberg, na Alemanha, inventa e cria a prensa. De uma só vez ele produz trezentas cópias da Bíblia, o que iria demandar anos e anos de transcrição manuscrita, e com essa revolução científica da prensa, revolucionam-se as comunicações, e surge dali a imprensa.

Vamos fazer pequeno corte no “documentário” e avançar para o ano de 1992, quando um Presidente da República é apeado do Poder, depois de um julgamento público presidido por um Ministro do Supremo Tribunal Federal, depois de uma saraivada de denúncias pela imprensa, que na verdade refletiam a vontade popular.

No curso da história, de vassalo do Rei o Magistrado passa a julgar o próprio Imperador, tudo pela vontade soberana do povo. E a Imprensa, ou a prensa, de simples multiplicador de papéis passa a agir como canal da vontade popular.

E para concluir, e ver aonde se quer chegar com esse breve “documentário”, volto para o ano de 1968. Em plena ditadura militar, baixa-se o AI-5, que proíbe as manifestações políticas, suspende as garantias da magistratura, exclui da apreciação do Judiciário os atos praticados com base no Ato Institucional, e acentua a censura dos meios de comunicação.

A conclusão dessa espécie de “documentário”, é de que não há avanços possíveis para a cidadania e para a democracia sem um Judiciário forte/independente e sem uma imprensa livre e sem censura.

E fugindo um pouco ao tema, mas permitindo-me colocar um assunto que aflige a magistratura no momento, e que tem uma evidente conexão com o que se está tratando, é que, de alguma maneira, essa

sensação de invasão, de estupro, que representa a censura para a imprensa, de algum modo é o mesmo sentimento para os juízes quando se fala em controle externo para o Judiciário.

Na verdade, guardadas as devidas diferenças, o controle externo está para o Judiciário assim como a censura está para a imprensa.

Ainda seguindo, muito brevemente, sobre a questão que quero tratar, que é a classificação indicativa, foi mencionada pelo Ministro Velloso a Portaria 796, de 08 de setembro de 2000. Ela faz uma série de exigências, e submete as emissoras de televisão à obrigação de sujeitarem ao Ministério da Justiça o exame prévio da sua programação, de um por um dos seus programas, salvo, evidentemente, aqueles que são ao vivo, pois seria impossível submeter previamente a programação.

○ “passo a passo” para saber como é a mecânica desse procedimento é submeter o programa (sinopse) ao Ministério da Justiça. O texto vai para exame de um burocrata classificador, no departamento de classificação indicativa, e é ele que vai analisar qual é a faixa etária que irá aplicar para aquele caso.

É óbvio que esse procedimento não é obedecido por todas as emissoras de televisão. Algumas tentam submeter-se a essa classificação do Ministério da Justiça, mas a maioria não obedece porque está suspenso o artigo 2º da Portaria 796, por força de um mandado de segurança, impetrado pela ABERT, que tramita hoje no Superior Tribunal de Justiça, onde está para ser julgado um agravo regimental contra a decisão do Relator Presidente, que à época deferiu liminar para suspender a segunda parte da exigência do artigo 2º, que era a de submeter a programação previamente ao exame do Ministério da Justiça.

Mas, com esse procedimento estabelecido pela Portaria 796, qual é o inconveniente que se apresenta abertamente? O primeiro é de que isso fica absolutamente subjetivo, ao talante do classificador, do burocrata classificador, que vai dizer o que deve e o que não deve ser exibido pelas televisões.

A doutrina toda cita quase que de uma maneira cômica a situação da história já conhecida de todos nós, da vovó e do chapeuzinho vermelho, que dependendo do classificador, pode ter uma conotação sexual ou mesmo indecente; então submetida ao crivo subjetivo de alguém, a fábula do “chapeuzinho vermelho” poderá ter conteúdo erótico.

Desenhos animados já foram vetados porque tinham conotação erótica.

O parecer do Professor Barroso sobre o tema da classificação indicativa, bastante elucidativo, traz um voto do Ministro Aliomar Baleeiro, do Supremo Tribunal Federal, numa questão em que se pedia a retirada de circulação da revista "Realidade".

Esse Acórdão é de 1968, mas ainda bastante atual, onde o Ministro Aliomar Baleeiro faz uma análise histórica muito interessante e menciona:

*"Mas o que é censurável num determinado momento histórico, em outro mais pra frente, ou em outra circunstância, deixa de ser. Aparecer com o torso nu na praia era considerado erótico. O casamento entre um branco e um negro, nos Estados Unidos, naqueles Estados racistas, era considerado atentatório aos bons costumes."*

Então isso tudo, evidentemente, varia de acordo com as circunstâncias e com o tempo em que nós estamos vivendo.

Mas o fato é que essa classificação indicativa prévia, da qual cabe um recurso administrativo para o próprio classificador (é o próprio classificador quem re-analisa a situação), essa questão traz ainda um grande transtorno para as empresas jornalísticas, pelo que pude perceber do material pesquisado, sobretudo em relação às novelas, que são escritas praticamente em tempo real, e de acordo com a audiência. É a opinião do público que dita para onde vai a novela e para onde vai o texto daquele que a produz. De modo que fazer uma classificação prévia, podendo a questão alterar o rumo de acordo com a opinião pública, é bastante perigoso.

Examinei a situação jurídica do mandado de segurança que está no Superior Tribunal de Justiça para julgamento, e que ataca a Portaria 796.

Existe um dispositivo no Estatuto da Infância e Juventude, que estabelece como crime o fato de se exibir programação fora dos horários regrados pelo Poder Público (artigo 149 do Estatuto).

Fiz uma pesquisa, e pelo que eu pude perceber em contato com os próprios magistrados responsáveis pela área no Rio de Janeiro e também conversando com os advogados das emissoras de televisão, não existe ainda, felizmente, nenhum precedente de alguém que tenha sido denunciado criminalmente por descumprimento desse artigo 149.

Nos outros países, ao que parece, a questão da proibição prévia não existe. Cada televisão responde pelos atos praticados. Isso funciona na Europa e nos Estados Unidos. Tivemos um exemplo muito recen-

te, que é aquela questão da Janet Jackson, nos Estados Unidos, quando ela, numa partida final do campeonato de futebol americano, rasga a roupa e exhibe-se com os seios desnudos. Houve muita discussão a respeito, na sociedade americana, e, salvo engano, a emissora de TV ficou fora do ar e recebeu diversas penalidades. Mas justamente o que se convém acentuar, é que isso é feito por auto-regulamentação. Há uma agência reguladora que cuida da programação, com o apoio e fiscalização da sociedade.

Há soluções possíveis para que se encontre a justa medida, como disse o Ministro Velloso, para que ao mesmo tempo a liberdade floresça, para que não haja censura prévia nem cerceamento à atividade de informação e criação, mas que se garanta qualidade e nível nas programações. O primeiro caso é o do controle judicial; efetivamente, seja pelo meio individual, seja pelo meio coletivo das ações civis públicas, há positivamente uma participação do Judiciário na equação e no controle do conflito entre esses direitos fundamentais maiores.

O segundo controle é o social, onde a sociedade civil se organiza para, de alguma maneira, participar da elaboração e classificação da programação de televisão. Nesse caso, parece que cada vez mais o público vem manifestando a sua posição no sentido de que programas de arte, de cultura, não têm tanta aceitação quanto deveriam ter, mas efetivamente a própria Constituição, no artigo 224, prevê a atuação da sociedade civil organizada, com a criação do Conselho de Comunicação Social.

Cabe também mencionar a necessidade de correta orientação e educação dos pais e responsáveis.

Por último, a questão dos mecanismos tecnológicos de controle, que permite a cada um, dentro da sua própria residência, estabelecer o que quer ver ou assistir. Cada família pode ter o seu *chip*, que permite seja a programação feita dentro da sua própria televisão, nos quartos das crianças, das pessoas idosas, e assim controla-se a programação de acordo com a conveniência de cada um.

À guisa de conclusão, pedindo desculpa pelo excessivo tempo que tomei dos colegas, é que a classificação indicativa prevista na Constituição, pelo que pude perceber, e pelo que parece mais conveniente dentro do que nós estamos discutindo, tem caráter meramente de recomendação. Não creio que a classificação indicativa se sobreponha aos direitos maiores previstos na Constituição, que são o direito da informação e o da exibição.

A classificação indicativa, se bem manejada, e contando com a participação social, pode efetivamente funcionar como um controle administrativo, mas que não deve implicar em censura prévia.

Evidentemente, nos casos concretos, o Judiciário vai poder analisar a hipótese de acordo com a provocação dos interessados.

Muito obrigado pela atenção com que me ouviram, e coloco-me à disposição para perguntas e questionamentos. ◆

# Os Limites Investigatórios do Ministério Público

**GLAUCENIR SILVA DE OLIVEIRA**

*Juiz de Direito do TJ/RJ, professor de Direito Penal e coordenador do Curso de Direito da UNESA/Campus Macaé*

Assunto que ainda desperta polêmica e desafia a argúcia da comunidade jurídico-penal, embora já bastante debatido desde a entrada em vigor da Constituição Federal promulgada em 5 de outubro de 1988, refere-se aos limites de investigação criminal do Ministério Público. Discute-se, pois, se a Constituição Federal outorgou-lhe legitimidade para conduzir, mediante atuação própria, investigação de ordem criminal através de procedimento administrativo interno, ao invés de simplesmente requisitar tal medida investigatória à polícia judiciária.

A polêmica maior instaurou-se entre a polícia judiciária (civil e federal) e o próprio *parquet*, cada qual arrimando-se não só na visão doutrinária e interpretação de dispositivos legais, mas também em suas posições corporativas e institucionais, acendendo cada vez mais a chama da discussão a respeito do assunto de que ora nos ocupamos.

Existem precedentes sobre o assunto no âmbito do Supremo Tribunal Federal, podendo-se citar, à guisa de ilustração, os acórdãos proferidos nos julgamentos seguintes: HC nº 75.769-3/MG, 1ª Turma – Rel. Min. Octávio Gallotti, RE nº 205.473-9/AL, 2ª Turma, Rel. Min. Carlos Velloso, RE nº 233.072-4/RJ, 2ª Turma, Rel. Min. Nelson Jobim e Rec. Ordinário em HC nº 81.326-7/DF, Rel. Min. Nelson Jobim.

Com exceção do primeiro acórdão acima citado, em que se admitiu, ou pelo menos não se colocou oposição à condução da investigação criminal pelo Ministério Público (o assunto não foi objeto central do julgamento), todos os demais concluíram pela impossibilidade de investigação ministerial.

É de bom alvitre ressaltar que os precedentes citados encontram-se em decisões proferidas pelas duas Turmas do Pretório Excelso, não tendo sido a matéria enfrentada pelo plenário.

Presentemente encontra-se aguardando julgamento pelo plenário do STF o inquérito 1.968-DF, tendo como relator o Min. Marco Aurélio de Mello, sendo objeto de perquirição o recebimento ou não de denúncia contra deputado federal acusado de fraudes com o SUS (Sistema Único de Saúde), tendo como arrimo investigações criminais encetadas pelo próprio Ministério Público Federal. O julgamento encontra-se suspenso em decorrência de pedido de vista do Min. Joaquim Barbosa, já tendo votado os Ministros Marco Aurélio e Nelson Jobim, que optaram pela tese da ilegitimidade do Ministério Público. Tal julgamento, por estar sob o crivo do plenário daquela Corte de Justiça, poderá firmar o posicionamento da Suprema Corte sobre o tema, podendo surgir surpresas ante a nova composição dos ministros recentemente empossados no cargo por indicação do Presidente Luís Inácio Lula da Silva.

A Carta Magna estabeleceu, como função institucional do Ministério Público, exercer o controle externo da atividade policial, na forma descrita na lei complementar (art. 129, inc. VII). Neste dispositivo arri-ma-se o entendimento da polícia judiciária, manifestado através de seus órgãos de classe, no sentido de que o Ministério Público pode exercer apenas o controle externo referido, na forma da citada lei complementar, não tendo o poder de investigação próprio da atividade policial.

Entendem os seguidores desta posição que, tendo-se adotado o sistema acusatório, e cabendo ao Ministério Público apenas exercer o controle da atividade da polícia de investigação, visando a uma melhor colheita de provas e à observância da ordem jurídica, restaria ferido o princípio constitucional da isonomia caso o *parquet* extrapolasse sua função de mero controlador para proceder a atos de investigação.

Isto porque, utilizando-se de seu poder institucional e funcional, com todas as facilidades que lhe são inerentes, estaria o Ministério Público a investigar os fatos e pessoas, por conta própria, para em seguida oferecer a ação penal com base em sua própria atividade de investigação criminal.

Os adeptos deste entendimento reforçam sua tese pelo fato de que o citado artigo da Constituição da República, em seu inc. VIII, concede ao Ministério Público o poder de requisitar diligências investigatórias, bem como a instauração de inquérito policial, o que demonstra (segundo tal tese) que o *parquet* não pode investigar por conta própria, devendo fazê-lo através do inquérito policial.



Por outro lado, salientam ainda que o inc. III do art. 129 da CRFB/88 concede-lhe o poder de promover apenas o inquérito civil para fins de instauração de ação civil pública, não se lhe outorgando tal poder na esfera criminal, razão pela qual não pode o Ministério Público, também sob este aspecto, proceder à investigação por conta própria, para instaurar ação penal pública.

Assim, para que o Ministério Público pudesse proceder à investigação criminal, com o fito de colher suporte probatório a sustentar ação penal, deveria haver mudança na Constituição Federal, especialmente no artigo 129, que dispõe sobre as funções ministeriais.

A Carta Política de 1988 estabeleceu como função institucional do Ministério Público, exercer o chamado controle externo da polícia, de acordo com o que dispuser a lei complementar (art. 129, VII), delineando e reforçando o sistema acusatório.

Note-se que não cabe ao Ministério Público exercer atividades típicas de corregedoria de polícia, a qual se consubstancia em atividade interna e administrativa, que compete à chefia da instituição policial, mas cabe-lhe função fiscalizadora das atividades típicas de polícia, no sentido de preservar a legalidade do inquérito policial que, como é cediço, traduz-se em ato administrativo que tem por fim último a apuração da existência de crimes e colheita de indícios de autoria, a possibilitar a instauração da ação penal.

O controle externo, além de previsão constitucional, encontra-se disposto na Lei Complementar nº 75/93 (arts. 9º e 10) que instituiu o Ministério Público da União, aplicável subsidiariamente aos Estados Membros, por disposição expressa contida na Lei 8.625/93 (Lei Orgânica Nacional do Ministério Público).

Com base nestes dispositivos legais, boa parte da doutrina e jurisprudência pátrias tem entendido que ao Ministério Público cabe tão somente exercer tal controle externo da atividade policial, e não substituí-la, razão pela qual afirmam que a Carta Magna não criou nem autorizou a existência do promotor de justiça investigador.

Sustenta-se ainda que a possibilidade de investigação criminal provoca um sensível desequilíbrio de forças entre o órgão acusador e a defesa do acusado, posto que o Ministério Público tem a seu alcance todo um arcabouço e estrutura pré-disposta à investigação e conseqüente acusação, enquanto que a defesa não teria acesso e ingerência

as investigações. Sob este aspecto, entendo infundada a tese contrária ao poder de investigação do Ministério Público, eis que o equilíbrio entre as partes no processo penal é requisito inerente ao devido processo legal.

Neste ponto, é de se notar que o Ministério Público antes de ser parte é fiscal da lei, e, portanto, órgão institucional necessário à preservação do Estado Democrático de Direito e das garantias constitucionais. Assim, sua intervenção no inquérito policial ou mesmo suas atividades investigatórias para fins de propositura de eventual ação penal pública, não lhe retiram a capacidade de imparcial exame dos fatos e elementos de prova.

Da mesma forma, não se lhe enseja privilégios na fase processual propriamente dita, visto que sua atividade estará sempre sujeita ao crivo judicial, o que se denota das providências que o magistrado a quem tocar a causa pode tomar, ensejando-se a aplicação dos artigos 28 e 43 do Código de Processo Penal.

Este entendimento já fora esposado pelo Superior Tribunal de Justiça, em decisão unânime, conforme se nota da seguinte ementa: “A atuação do promotor na fase investigatória pré-processual não o incompatibiliza para o exercício da correspondente ação penal. Não causa nulidade o fato do promotor, para formação da *opinio delicti* colher preliminarmente as provas necessárias para ação penal. Recurso improvido”.(RHC 3586, 09.05.94, 6ª Turma, Rel. Min. José Cândido de Carvalho Filho).

Destaque-se que o Ministério Público não pretende comandar o inquérito policial ou mesmo extinguir este necessário procedimento administrativo. O que se busca é, com base na interpretação sistemática do ordenamento jurídico pátrio (constitucional e infraconstitucional), possibilitar ao M. P. o poder de, por atividade própria, colher elementos de prova mediante investigação ministerial direta, para fins de embasar ação penal pública.

Entendimento contrário redundaria em admitir que o destinatário da investigação criminal e titular da ação penal pública não poderia influir nela, causando clara imobilização de suas funções constitucionais. Ficaria o Ministério Público relegado ao papel de assistir inerte à produção de elementos probatórios que lhe serão endereçados ao final, para fins do exercício da denúncia.

Parece-me ilógico tal entendimento, pois se a Constituição Federal outorgou-lhe a legitimidade exclusiva da ação penal pública, não poderia, ao mesmo tempo, negar-lhe os meios e condições para tal exercício com a esperada eficiência.

O Ministério Público não pode ser apenas um mero espectador da atividade investigatória da polícia, podendo, pois, não só requisitar diligências no bojo do inquérito policial, mas realizá-las diretamente. A atividade de colher dados e documentos, como possibilitado pelos artigos 27 e 47 do CPP, não seria típica atividade de investigação?

Por outro lado, conforme permissivo constitucional, o Ministério Público pode expedir notificações em procedimentos administrativos de sua competência, podendo requisitar informações e documentos para instruí-los (CRFB, art. 129, VI), o que abrange tanto a esfera cível quanto a criminal, posto não haver restrição ou especificação no dispositivo da Lei Maior.

Como se não bastasse a previsão constitucional, a citada Lei Federal nº 8.625/93 outorga ao Ministério Público os mesmos poderes (art. 26, inc. I). Ao se referir à instauração de procedimentos administrativos pertinentes e sua instrução, cogitou a lei em questão de todos e quaisquer procedimentos administrativos inerentes às funções ministeriais, incluindo-se, por conseguinte, a persecução penal e não apenas o inquérito civil destinado a embasar ação civil pública.

É pertinente ressaltar que, conforme pacíficas doutrina e jurisprudência, o inquérito policial é mesmo desnecessário e dispensável para o exercício da denúncia pelo Ministério Público, bastando que se tenha em mãos prova da existência do crime e sérios indícios da autoria. Neste sentido pode-se citar julgado do Superior Tribunal de Justiça, com o seguinte teor: “Não há ilegalidade nos atos investigatórios realizados pelo Ministério Público, que pode requisitar informações e documentos a fim de instruir seus procedimentos administrativos, visando ao oferecimento da denúncia. A atuação do órgão do Ministério Público não é vinculada à existência do Inquérito Policial – o qual pode ser eventualmente dispensado para a proposição da ação penal”.(STJ HC 12.685/MA – 5ª Turma, em 03.04.2001).

Caso típico de desnecessidade do inquérito policial para a propositura da ação penal pública encontra-se no Código Eleitoral (Lei 4.737/65), o que se denota da análise dos parágrafos 2º e 3º do artigo

356, posto que, segundo a sistemática legal, tendo o Ministério Público tomado conhecimento de infração penal eleitoral, poderá requisitar maiores elementos probatórios, inclusive documentos, diretamente de quaisquer outras autoridades ou funcionários, para fins de oferecimento de denúncia (art. 357).

A simples leitura dos citados dispositivos legais leva-nos à conclusão de que, também no que concerne às infrações penais eleitorais, o Ministério Público pode realizar investigações por conta própria, a fim de proceder à persecução penal daqueles que violam o Estado Democrático de Direito. Entender de forma contrária seria concluir pela imprescindibilidade do inquérito policial federal para apurar a prática de crime eleitoral, o que confrontaria com a doutrina e jurisprudência, que de há muito firmou entendimento pela desnecessidade daquele procedimento administrativo para propositura da ação penal.

Na mesma linha de raciocínio, demonstrando mais uma vez que o Ministério Público pode realizar investigações criminais por conta própria e, com base nelas, propor a devida ação penal pública, encontramos a recente Lei nº 10.741/03 que instituiu o Estatuto do Idoso.

De feito. Dispõe o referido diploma legal, em seu artigo 74, o seguinte:

Art. 74. Compete ao Ministério Público:

*V – Instaurar procedimento administrativo e, para instruí-lo:*

*a) expedir notificações, colher depoimentos ou esclarecimentos e, em caso de não comparecimento injustificado da pessoa notificada, requisitar condução coercitiva, inclusive pela Polícia Civil ou Militar;*

*b) requisitar informações, exames, perícias e documentos de autoridades municipais, estaduais e federais, da administração direta e indireta, bem como promover inspeções e diligências investigatórias;*

*c) requisitar informações e documentos particulares de instituições privadas;*

*VI – Instaurar sindicâncias, requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial, para a apuração de ilícitos ou infrações às normas de proteção ao idoso;*

Note-se que foi expressamente conferido ao Ministério Público o poder de colher, através de procedimento próprio, elementos probatórios

os mais variados, competindo-lhe inclusive realizar diligências investigatórias e instaurar sindicâncias com o fito de apurar violação às normas de proteção ao idoso e, se for o caso, propor a ação penal cabível.

Não é demais ressaltar que os dispositivos legais acima citados referentes ao Estatuto do Idoso projetam as atividades inerentes ao Ministério Público para a esfera penal, posto que quanto às atividades referentes ao campo cível, especialmente a relativa à instauração de inquérito civil e ação civil pública, há previsão expressa e distinta no inciso I do mesmo artigo 74 da lei em comento.

Importante frisar ainda que inexistente dispositivo constitucional consagrando a exclusividade da polícia judiciária na atividade investigatória, como querem fazer crer aqueles que negam ao Ministério Público a realização da investigação por conta própria.

O artigo 144 da Constituição Federal, referente à segurança pública, dispõe que a polícia judiciária será exercida pela polícia federal (§ 1º, incs. I, II, III e IV) e pela polícia civil (§ 4º). Note-se que apenas se disciplinou, através dos dispositivos constitucionais, os órgãos da polícia judiciária e os respectivos âmbitos de competência, mas em momento algum se estabeleceu o monopólio da polícia no que concerne à investigação criminal.

Por outro lado, o caput do artigo 144 da Carta Política dispõe que a segurança pública é dever do Estado. Sendo o Ministério Público instituição essencial à função jurisdicional do Estado, o qual tem a função institucional de defesa da ordem jurídica e do regime democrático, bem como dos interesses sociais e individuais indisponíveis (art. 127), incumbindo-lhe ainda promover medidas para garantia do respeito aos Poderes Públicos, exercendo quaisquer outras funções compatíveis com sua finalidade, resta claro que pode proceder a atividades investigatórias para preservação dos direitos e interesses tutelados pela norma penal.

Seria um contra-senso elencar tantos poderes inerentes ao Ministério Público, legitimando-o com exclusividade para a propositura da ação penal pública, erigindo-o em destinatário final da investigação criminal, e negar-lhe o poder de investigar por conta própria a existência de ilícitos penais.

Entendo que via de regra a investigação criminal compete à polícia judiciária, em atribuição ordinária. No entanto, não se pode subtra-

ir ao Ministério Público o poder de investigar, em caráter extraordinário e eventual, principalmente quando a atividade policial peca por omissão ou ineficiência.

Isto porque não se pode conceber o Ministério Público como mero expectador da investigação criminal ou mero receptor de provas colhidas pela polícia. Na prática forense, não raras vezes, os juízes criminais proferem sentenças absolutórias em razão da precariedade das provas colhidas na investigação criminal, devido às omissões e desídia de agentes policiais encarregados das diligências investigatórias.

De certa forma, em casos que tais, o Ministério Público fica à mercê da atividade policial, aguardando o resultado, muitas vezes negativo do inquérito policial.

Ressalte-se que se tornou comum o envolvimento de agentes e autoridades policiais com o crime organizado, denotando-se a ocorrência dos mais diversos crimes, tornando a investigação mais difícil e complexa nestes casos. Recomenda-se, pois, a atuação do Ministério Público nas investigações diretas, por sua independência em relação aos demais poderes estatais.

Na verdade, não só por questões corporativistas da polícia judiciária, mas também por questões outras como sociais e políticas, é desinteressante para os infratores da norma penal, atribuir ao Ministério Público o poder investigatório na esfera criminal. Pergunta-se: a quem interessa manietar a instituição ministerial, impedindo-a de investigar?

Como ficariam os crimes praticados por políticos, autoridades policiais e grandes empresários se não fosse a atividade investigatória do Ministério Público, levando às raias da justiça os seus autores? E o que dizer do crime organizado?

Somente quem milita na área criminal, sobretudo os magistrados, sabem o quanto é frustrante lidar com inquéritos policiais mal instruídos e precários, mormente quando a razão está no corporativismo, na desídia ou em outros interesses extrajurídicos e não menos execráveis.

De acordo com toda a argumentação desenvolvida neste pequeno trabalho, entendo que a solução para a questão encontra-se na interpretação sistemática e racional das normas constitucionais, bem como da legislação infraconstitucional citada.

A título de ilustração, é de bom alvitre lembrar que há hipóteses de investigação contempladas na própria Constituição Federal e que

não são desenvolvidas pela polícia judiciária, como ocorre com a CPI (Comissão Parlamentar de Inquérito), prevista no artigo 58, § 3º. Registre-se que as conclusões da CPI são encaminhadas ao Ministério Público para propositura de eventual ação penal e, também nesta hipótese, prescinde-se do inquérito policial.

Na legislação infraconstitucional também se encontram casos de investigação por autoridades outras diversas da polícia judiciária. São exemplos a Lei Complementar nº 35/79 (Lei Orgânica da Magistratura), que em seu artigo 33, parágrafo único prevê a hipótese de investigação pelo Tribunal ou Órgão Especial de crime praticado por magistrado, e o Decreto-Lei nº 7.661/45 (Lei de Falências), que nos artigos 103 a 113 disciplina o inquérito judicial para apuração de crime falimentar.

Assim, não se pode chegar à outra conclusão lógica e jurídica que não seja pela possibilidade de o Ministério Público realizar atividades investigatórias, posto que lhe foi conferida pela própria Carta Magna a legitimidade para a ação penal pública, o que lhe outorga, consequentemente, a posição de destinatário da investigação criminal.

A meu sentir, não se trata de uma visão corporativista dos promotores e procuradores de justiça, mas de uma visão institucional, fulcrada na ordem jurídica constitucional e legislação infraconstitucional em vigor, a possibilitar o exercício pleno das funções ministeriais de pugnar pela realização da justiça, defendendo o Estado Democrático de Direito. ◆

# A Não-Incidência da Cofins sobre os Atos Auxiliares das Sociedades Cooperativas

**FRANCISCO AUGUSTO RAMOS**

*Procurador Federal aposentado; Especialista em Direito Empresarial; Professor de Direito Tributário da Universidade Cândido Mendes; Advogado no Rio de Janeiro.*

**MÁRCIO ÁVILA**

*Ex-analista tributário da Petrobrás S/A; Advogado no Rio de Janeiro*

## **Introdução**

O presente estudo analisará a legalidade da tributação sobre certos atos negociais das cooperativas. Em razão da complexidade da matéria, o estudo ficará restrito à tributação da Cofins, sendo certo que diversos argumentos aqui apresentados adequam-se à não-incidência de outros tributos sobre os atos auxiliares das sociedades cooperativas.

## **Características gerais da sociedade cooperativa**

A sociedade cooperativa é um instrumento de contratação coletiva dos profissionais que integram o seu quadro social (cooperados). Estes, por sua vez, nada mais são do que profissionais que colocam sua atividade individual à disposição da sociedade, a fim de que esta a integre com a dos demais e ofereça a prestação de serviço coletivo aos usuários desses serviços.

Assim, graças a este instrumento de contratação coletiva e de representação, os profissionais cooperados ficam, por exemplo, resguardados da exploração mercantil de que certamente seriam vítimas por parte dos grandes hospitais, planos de saúde e seguradoras, operados pelos grandes bancos e empresas que exploram esse ramo de atividade, agindo a sociedade cooperativa como mandatária da vontade de seus cooperados, representando-os e defendendo os seus interesses.



Enquanto nas demais sociedades, inclusive as civis, os sócios atuam em nome da pessoa jurídica, nas sociedades cooperativas ocorre o contrário, ou seja, a atuação da sociedade é realizada em nome dos cooperados, agindo como instrumento ou como mandatária, representando-os coletivamente.

A sociedade cooperativa não possui quaisquer fins lucrativos, ou seja, não visa, no seu objeto social, à perseguição obrigatória do lucro ou qualquer outro resultado econômico para si, tendo como finalidade específica representar seus associados, fomentando suas atividades individualmente. Ela se destina, primordialmente, a auferir, de forma direta ou indireta, vantagem ou proteção econômica para seus associados, aumentando os negócios para todos ao mesmo tempo e procurando reduzir as despesas individuais.

A Lei nº 5.764/71 dispõe de forma expressa que o ato cooperativo não implica em operação de mercado, nem contrato de compra e venda de produto ou mercadoria. Nas operações com associados, seja qual for o objeto social da cooperativa, esta não auferir quaisquer receitas, por ser mero instrumento ou procuradora dos associados. Quando a sociedade cooperativa emite uma nota fiscal de saída de produto, por exemplo, a receita pertence à pessoa jurídica ou física cooperada - na linguagem da Lei nº 5.764/71, na "proporção das operações" realizadas com a sociedade - e jamais à sociedade cooperativa.

Ainda de acordo com a referida lei, verifica-se que o ato cooperativo não implica em operação de mercado e também não coloca a sociedade cooperativa como prestadora de qualquer serviço. Por outro lado, não se confundem os atos da sociedade cooperativa com os dos profissionais que a compõem. Os atos da sociedade visam, exclusivamente, o planejamento, organização e labor dos cooperados, representando os mesmos na negociação, contratação e organização.

Os fins sociais das sociedades cooperativas são a prestação de serviços aos seus associados, promovendo sua agregação, organização e composição de um produto, que é levado, em nome dos cooperados, aos seus consumidores, como determina o artigo 4º da Lei nº 5.764/71: "As cooperativas são sociedades de pessoas, com forma e

natureza jurídica próprias, de natureza civil, não sujeitas à falência, constituídas para prestar serviços aos associados...”

Desta forma, a sociedade cooperativa não presta serviços aos usuários, por ser apenas meio para a negociação, contratação e organização de atividades dos cooperados e, por outro lado, os serviços contratados não são por ela prestados, mas sim, por seus associados.

Aprofundando o tema, a cooperativa de trabalho recebe como associados profissionais da área médica (p. ex.), organiza as atividades destes profissionais, para que possam ser exercidas da melhor forma e com o menor custo individual, oferecendo, em nome destes profissionais cooperados, contratos aos seus consumidores, repassando a seus integrantes todo o produto econômico de suas contratações, não possuindo qualquer receita, ou muito menos, despesas, *ex vi* do disposto no artigo 80 da Lei nº 5.764/71.

As cooperativas de trabalho apenas viabilizam a atividade coletiva de seus cooperados, realizando uma atividade de fins econômicos em benefício de todos e jamais em proveito próprio, haja vista que os cooperados não são seus empregados, mas sim os seus sócios e destinatários de seus atos. Assim, a sociedade cooperativa é meio ou instrumento pelo qual a pessoa física consegue prestar serviços ou trabalhar em determinadas situações.

Em que pesem as características acima apresentadas, o Estado como um todo, na ânsia de arrecadar tributos a todo custo, cada vez mais investe, utilizando-se do seguinte artifício: tenta equiparar as sociedades cooperativas às demais sociedades comerciais e de prestação de serviços com fins lucrativos. Qual a finalidade? Naturalmente, fazer com que as cooperativas sejam contribuintes do Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica - IRPJ, Contribuição Social sobre o Lucro Líquido - CSSL, Contribuição ao Programa de Integração Social - PIS e Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - COFINS, Imposto sobre Serviços - ISS, dentre outros tributos.

Como escusa para esta finalidade, não faltam os mais variados e infundados argumentos, que vão desde a interpretação abusiva do texto da lei para “entender” que as sociedades cooperativas são contribu-

intes de vários tributos, até a descaracterização para fins meramente fiscais e o arbitramento de lucros.

### **A inconstitucionalidade formal da MP nº 2.158-35/2001**

No caso da Cofins, a Lei Complementar nº 70/91 isentava as sociedades cooperativas do seu pagamento. Posteriormente, com a edição da Medida Provisória 1.858-6/1999, a Receita Federal passou a adotar o entendimento de que esta isenção teria sido revogada. Nesta linha, o fisco passou a entender que a partir de 1º de novembro de 1999, as sociedades cooperativas estariam sujeitas à Cofins sobre o seu faturamento.

No entanto, esta Medida Provisória, hoje de nº 2.158-35/2001, está tendo sua constitucionalidade contestada na Justiça, em todo o Brasil. Já há decisões, inclusive no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, que pugnam pela inconstitucionalidade da revogação da isenção, vez que tal revogação só poderia ter sido veiculada por outra lei complementar, senão vejamos: “CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO. IMPOSTO DE RENDA. ISENÇÃO. COOPERATIVAS. COFINS. MP Nº 1.858-9 (ATUAL MP Nº 2.158-35/2001). LC Nº 70/91. LEIS Nº 9.718/98 E 5.764/71. ATOS VINCULADOS À ATIVIDADE BÁSICA DA ASSOCIAÇÃO. (...) 3. A isenção tributária decorre expressamente de lei, não suportando interpretação extensiva, salvo situações excepcionais. 4. A Lei Complementar nº 70/91, em seu art. 6º, I, isentou, expressamente, da contribuição da COFINS, as sociedades cooperativas, sem exigir qualquer outra condição senão as decorrentes da natureza jurídica das mencionadas entidades. 5. Em consequência da mensagem concessiva de isenção contida no art. 6º, I, da LC nº 70/91, fixa-se o entendimento de que a interpretação do referido comando posto em lei complementar, conseqüentemente, com potencialidade hierárquica em patamar superior à legislação ordinária, revela que serão abrangidas pela isenção da COFINS as sociedades cooperativas. Outra condição não foi considerada pela referida LC, no seu art. 6º, I, para o gozo da isenção, especialmente, o tipo de regime tributário adotado para fins de incidência ou não do tributo. 6. Posto tal panorama, não há suporte jurídico para se acolher a tese da Fazenda Nacional de que há, também, ao lado dos

requisitos acima elencados, um último, o do tipo de regime tributário adotado pela sociedade. A Lei Complementar não faz tal exigência, pelo que não cabe ao intérprete criá-la. 7. A revogação da isenção pela MP nº 1.858-9 fere, frontalmente, o princípio da hierarquia das leis, visto que tal revogação só poderia ter sido veiculada por outra lei complementar. 8. Precedentes desta Corte Superior. 9. Recurso parcialmente provido, para declarar a isenção da COFINS, exclusiva e unicamente, sobre os atos vinculados à atividade básica da recorrente”. (Recurso Especial nº 546.674 – RS (2003/0106615-1); Relator Min. José Delgado. d.j. 16.09.2003). No mesmo sentido: REsp nº 476.510 – SC (2002/0129443-5); REsp nº 576.548 – PR (2003/0156430-0).

### **A Não-Incidência da Cofins sobre as Cooperativas de Profissionais Médicos**

Ainda que a argumentação a respeito da inconstitucionalidade formal da MP 2.158-35/2001 não resista ao crivo do Poder Judiciário, o que é quase inadmissível, a tributação da Cofins sobre atos cooperativos - pretensamente não-cooperativos - não pode prosperar, pelos motivos expostos a seguir.

Sob o aspecto material da tributação, o foco de toda a celeuma criada sobre as atividades das cooperativas está na pretensão do fisco em descaracterizar as sociedades cooperativas, alegando a habitualidade na prática de atos aparentemente não-cooperativos. Diante da suposta descaracterização, a Fazenda Pública conseguiria aplicar a tributação sobre o regime direcionado às sociedades mercantis.

### **O art. 79, caput, da Lei nº 5.764/71, e sua interpretação à luz da Constituição de 1988**

Para que se possa analisar a legalidade da tributação da Cofins sobre as diversas atividades cooperativas, faz-se necessária a exata interpretação dos “atos cooperativos”. O art. 79, caput, da Lei nº 5.764/71, determina: “Denominam-se atos cooperativos os praticados entre as cooperativas e seus associados, entre estes e aquelas e pelas cooperativas entre si quando associadas, para a consecução de seus objetivos sociais”.

A seguir, verifica-se a correta interpretação do dispositivo, à luz da Constituição Federal de 1988.

### **Interpretação gramatical**

É certo que o texto da norma é o ponto de partida de toda e qualquer interpretação jurídica, pois visa a desvendar o conteúdo semântico das palavras. Caso aplicássemos apenas a interpretação gramatical ao art. 79, qualquer ato praticado que não envolvesse as cooperativas e seus associados ou as cooperativas entre si, deveria ser interpretado como sendo não-cooperativo. Esse entendimento é reforçado pela doutrina de Renato Lopes Becho (**Elementos de Direito Cooperativo**. São Paulo, Dialética, 2002, p. 153-154).

A insuficiência deste método será demonstrada quando da análise do PN (Parecer Normativo) Coordenador do Sistema de Tributação nº 38, de 1.11.1980. De início, pode-se afirmar que a utilização isolada do método induz a erro grave quanto ao conceito de ato cooperativo. Isto, porque o método literal ou gramatical proporciona o risco do intérprete estancar sua linha de raciocínio, além do que, é necessário interpretar a norma em conjunto com todos os demais métodos.

### **Interpretação histórica.**

A interpretação histórica aponta o sentido da lei no momento de sua feitura (*occasio legis*), o que abrange, naturalmente, os precedentes legislativos. Na época da elaboração da Lei nº 5.764/71, o modelo de entidade cooperativista era formado por obreiros claramente subordinados, e contrapunha-se à atuação maciça e plural de trabalhadores tradicionalmente vinculados a seu tomador por vínculo empregatício.

O consagrado doutrinador jus-trabalhista Mauricio Godinho Delgado leciona: “A nova interpretação sobre o cooperativismo surgiu, como fenômeno social genérico, essencialmente apenas no último lustro do século XX, no Brasil, provocando, desse modo, novas pesquisas e reflexões sobre o tema. Afinal, tratava-se de interpretação acerca de modelo muito distinto de entidade cooperativista, formada não por profissionais autônomos, mas obreiros claramente subordinados. (...) A propa-

gação desse fato novo provocou, em conseqüência, a necessidade de novas pesquisas e análises jurídicas sobre o cooperativismo” (**Curso de Direito do Trabalho**, 3ª edição, São Paulo, LTr, p. 332).

Em função da evolução das sociedades cooperativas e dos novos elementos trazidos pela CF/88 a respeito da matéria, o ato cooperativo não pode ser interpretado apenas sob o resguardo da interpretação histórica, até mesmo porque a CF/88 apresenta, como todo Poder Constituinte Originário, um *novo fundamento de validade para o ato cooperativo*. Como se sabe, o *originalismo* é a patologia da interpretação histórica.

### **Interpretação teleológica**

A Constituição de 1988 é suficientemente clara no sentido de dar tratamento diferenciado e favorecido às cooperativas, como pode ser demonstrado pelos inúmeros dispositivos expressos ou indiretos que tratam da matéria: “Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...); XVIII - a criação de associações e, na forma da lei, a de cooperativas independem de autorização, sendo vedada a interferência estatal em seu funcionamento; Art. 21. Compete à União: (...); XXV - estabelecer as áreas e as condições para o exercício da atividade de garimpagem, em forma associativa; Art. 146. Cabe à lei complementar: (...); III - estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária, especialmente sobre: (...); c) adequado tratamento tributário ao ato cooperativo praticado pelas sociedades cooperativas; Art. 174. Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado. (...); § 2º - A lei apoiará e estimulará o cooperativismo e outras formas de associativismo; § 3º - O Estado favorecerá a organização da atividade garimpeira em cooperativas, levando em conta a proteção do meio ambiente e a promoção econômico-social dos garimpeiros; § 4º - As cooperativas a que se refere o parágrafo anterior terão prioridade na autorização ou concessão para pesquisa e lavra dos recursos e jazidas

de minerais garimpáveis, nas áreas onde estejam atuando, e naquelas fixadas de acordo com o art. 21, XXV, na forma da lei; Art. 187. A política agrícola será planejada e executada na forma da lei, com a participação efetiva do setor de produção, envolvendo produtores e trabalhadores rurais, bem como dos setores de comercialização, de armazenamento e de transportes, levando em conta, especialmente: (...); VI - o cooperativismo; Art. 199. A assistência à saúde é livre à iniciativa privada. § 1º - As instituições privadas poderão participar de forma complementar do sistema único de saúde, segundo diretrizes deste, mediante contrato de direito público ou convênio, tendo preferência as entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos. § 2º - É vedada a destinação de recursos públicos para auxílios ou subvenções às instituições privadas com fins lucrativos. § 3º - É vedada a participação direta ou indireta de empresas ou capitais estrangeiros na assistência à saúde no País, salvo nos casos previstos em lei. § 4º - A lei disporá sobre as condições e os requisitos que facilitem a remoção de órgãos, tecidos e substâncias humanas para fins de transplante, pesquisa e tratamento, bem como a coleta, processamento e transfusão de sangue e seus derivados, sendo vedado todo tipo de comercialização”.

A extensa normatização constitucional da matéria representa a grande preocupação do constituinte originário na manutenção e desenvolvimento das sociedades cooperativas, nas suas mais variadas espécies. O fim social da mesma é a prestação de serviços aos seus associados, promovendo sua agregação, organização e composição de um produto, que é levado, em nome dos cooperados, aos seus consumidores.

A sociedade cooperativa é meio ou instrumento pelo qual a pessoa física consegue prestar serviços ou trabalhar em determinadas situações. Numa visão dinâmica, a sociedade cooperativa realiza diversos negócios cooperativos. Assim, temos os negócios-fim e os negócios-meio (ou negócios auxiliares). Renato Lopes Becho ensina: “Por negócios internos ou negócios-fim temos aquelas operações para as quais a cooperativa foi criada. São a consecução de seus objetivos sociais. Os negócios externos ou negócios-meio são aqueles necessários para a ocorrência dos negócios internos ou negócios-fim. Não são as práticas principais,

entretanto são imprescindíveis para que essas se realizem” (**Elementos de Direito Cooperativo**. São Paulo, Dialética, 2002, p.159).

A devida compreensão dos negócios auxiliares é o ponto que interessa para o estudo em análise. Como visto, são negócios necessários à ocorrência dos negócios-fim, ou seja, não se constituem nas práticas principais; contudo, são imprescindíveis para que essas se realizem.

Veja-se o exemplo da cooperativa de profissionais médicos: os serviços de laboratórios e clínicas, ínsitos que estão no ato cooperativo, não podem dele ser apartados – inclusive, para fins de incidência tributária. A verdade é que não há como conceber medicina sem laboratórios, clínicas ou hospitais, que são “terceiros necessários”.

Com base na afirmação anterior, suponha-se que determinado médico, no exercício da atividade profissional, entenda que seu paciente possa estar com diabetes. Como diagnosticá-la? É impossível estabelecer o diagnóstico de diabetes sem o recurso ao exame laboratorial de sangue. Atente-se bem: o recurso ao exame laboratorial de sangue é, inclusive, objeto de recomendação da OMS (Organização Mundial de Saúde). O mesmo ocorre com a hepatite, a AIDS e outras síndromes.

Conforme demonstrado, o exame laboratorial, por exemplo, é um negócio externo ou negócio-meio que se faz imprescindível para o exercício da medicina (negócio interno ou negócio-fim). O recurso ao exame laboratorial não é a prática principal; entretanto, é fundamental para o exercício da medicina. Confirmando nosso posicionamento, Renato Lopes Becho entende que o negócio-meio é negócio essencial, apesar de não estar expressamente previsto no conceito legal de ato cooperativo, já que este não se realiza sem tais negócios-meio (*Op. Cit.*, p. 164).

Analise-se, ainda, o caso da sociedade cooperativa de produção de laticínios: ela tem como matéria prima o leite produzido por seus cooperados, que será beneficiado e transformado no laticínio a ser comercializado.

Ocorre que, antes da industrialização, há a coleta da matéria-prima em cada um dos cooperados, a compra de materiais auxiliares (como embalagens e conservantes, etc.) empregados no beneficiamento do laticínio ou na pasteurização do leite; são realizados ou adquiridos



junto a terceiros, não cooperados, que são imprescindíveis para que a cooperativa possa desempenhar o seu objeto social, qual seja, o beneficiamento da produção dos cooperados.

Agora, voltemos ao caso da cooperativa de serviços médicos: seu único objetivo é a viabilização da prestação dos serviços de seus médicos cooperados. Para tanto, a sociedade precisa contratar exames laboratoriais ou adquirir materiais e serviços hospitalares junto a terceiros. Desse exemplo extrai-se o seguinte: assim como a sociedade cooperativa de produção não tem como industrializar os laticínios sem a aquisição de produtos ou serviços de terceiros, a sociedade cooperativa de prestação de serviços médicos não tem como fazer com que seus associados exerçam sua profissão sem realizarem exames laboratoriais e/ou hospitalares!

Caso fosse admitida a possibilidade do negócio auxiliar ser apartado do negócio-fim, também seria admissível a existência de Auditores Fiscais sem contribuintes a serem fiscalizados, o que não é razoável, como também não é razoável que os advogados possam desempenhar suas atividades sem os respectivos fóruns.

Os atos realizados com não-cooperativados (serviços de hospitais, laboratórios) não constituem intermediação com índole de mercancia. Afinal, a sua utilização insere-se na relação médico-paciente, devendo o serviço ser visto na sua totalidade. O serviço contratado é o atendimento médico. Ora, para que este seja prestado em sua integralidade, há necessidade de exames, hospitais, remédios, e, por isso, descabe tomar a atividade-meio como apartada da atividade-fim.

Nas sociedades cooperativas de serviços médicos se verificam “negócios internos” ou atos cooperativos, que são aqueles realizados entre o médico associado e a sociedade cooperativa, e “negócios externos”, que são aqueles realizados pela sociedade cooperativa para que esta possa atingir o seu desiderato, ou seja, viabilizar os serviços de seus associados.

O serviço é prestado aos pacientes, que não são cooperados, mas não podem ser vistos como alheios ao ato cooperativo, que compreende meios e fins. Embora, no fundo, os serviços sejam prestados aos pacientes, são prestados pelo médico, associado da cooperativa.

Por todo o exposto, tem-se que a *ratio legis*, ao contrário da *occasio legis*, requer a redefinição da finalidade da norma ao longo do tempo. Assim qual é a correta interpretação do art. 79, *caput*, da Lei nº 5.764/71, nos dias atuais? Conclui-se que a interpretação teleológica do dispositivo impõe a admissão do negócio auxiliar juntamente com o negócio-fim – que é a operação para a qual a cooperativa foi criada – sob pena de se inviabilizar a consecução de seus objetivos sociais.

A correta determinação do ato cooperativo é casuística e varia de acordo com cada tipo de cooperativa, mas seu critério de validade é único e invariável: o atendimento do objetivo social da cooperativa. Por mais que haja variações na relação de serviço existente entre o associado e a cooperativa, o importante é a manutenção do núcleo “objetivo social”.

As atividades frequentemente consideradas pela fiscalização como suficientes para descaracterizar a sociedade cooperativa são absolutamente necessárias ao desempenho das atividades sociais das cooperativas, sem as quais não seria viável a contratação coletiva por ela preconizada.

Os meios utilizados para a prática do ato cooperativo podem variar conforme o tempo e a modalidade de cooperativa, mas o objetivo social que o caracteriza deve ser sempre mantido. Existe, é fato, uma linha tênue entre o ato auxiliar e o ato não-cooperativo, mas uma característica evidente os distingue: para se caracterizar o ato não-cooperativo é necessário que o terceiro não-associado possa vir a ser um cooperado (*vide*, no mesmo sentido, a lição de Renato L. Becho, *Op. Cit.*, p. 180). Ora, no caso das cooperativas de serviços profissionais médicos, por exemplo, a utilização de hospitais, clínicas e laboratórios não se confunde com o exercício da medicina – apesar de imprescindíveis para a atividade-fim – logo, é inviável classificar a utilização de tais serviços como ato não-cooperativo.

### **Interpretação extensiva e evolutiva**

Conforme visto anteriormente, a devida interpretação teleológica do art. 79, *caput*, da Lei de Cooperativas, impõe a admissão do negócio auxiliar juntamente com o negócio-fim, sob pena de ser inviabilizada a consecução dos objetivos sociais da cooperativa. Agora, cabe a análise da indispensável interpretação extensiva implícita no dispositivo em comento.

Numa interpretação literal, os atos cooperativos são aqueles praticados entre as cooperativas e seus associados, entre estes e aquelas e pelas cooperativas entre si quando associadas (cf. art. 79, *caput*). Porém, diante da insuficiência das interpretações literal e histórica - como apontado pela interpretação teleológica -, impõe-se interpretar de forma extensiva o conceito de “ato cooperativo” para compreender os atos auxiliares, sob pena da sociedade não alcançar seus objetivos sociais.

A declaração de inconstitucionalidade de uma norma é medida extrema que deve ser evitada. Portanto, não deve ser declarado inconstitucional o art. 79, *caput*, da Lei nº 5.764/71. A medida mais prudente e de acordo com a presunção de constitucionalidade das leis é a interpretação conforme a Constituição, ou seja, deve-se entender o *caput* do art. 79 em consonância com a Magna Carta. Para que isto ocorra, faz-se necessário que existam pelo menos duas possíveis interpretações, bastando que uma delas esteja de acordo com a Carta Maior.

No decorrer do estudo, viu-se que o dispositivo comporta mais de uma interpretação: (a) interpretação literal e histórica do *caput* do art. 79 - que não compreende os atos auxiliares no conceito legal de “ato cooperativo”, e (b) interpretação teleológica e extensiva do dispositivo, comportando, em perfeita lógica, os atos auxiliares em tal conceito legal.

A interpretação conforme a Constituição implica na exclusão do resultado alcançado pelos métodos hermenêuticos da alínea “a”, e na escolha da interpretação apresentada na alínea “b”, por estar de acordo com a Constituição da República de 1988.

A conclusão óbvia é de que não incide a Cofins sobre os atos auxiliares, porque tais atos não se confundem com mercancia, de acordo com a interpretação conforme a Constituição, do *caput* do art. 79.

### **O Parecer Normativo CST nº 38, de 1.11.1980 e sua interpretação à luz do art. 79, *caput*, da Lei nº 5.764/71**

Cabe, agora, a análise da validade do antigo Parecer Normativo nº 38, de 1980, do Coordenador do Sistema de Tributação, quanto aos itens 3.2 a 3.5, onde se estabelece:

### **Item 3.2 – Atos Não-cooperativos, Diversos dos Legalmente Permitidos**

*“Se, conjuntamente com os serviços dos sócios, a cooperativa contrata com a clientela, a preço global não discriminativo, ainda o fornecimento, a esta, de bens ou serviços de terceiros e/ou cobertura de despesas com (a) diárias e serviços hospitalares, (b) serviços de laboratórios, (c) serviços odontológicos, (d) medicamentos e (e) outros serviços, especializados ou não, por não associados, pessoas físicas ou jurídicas, é evidente que estas operações não se compreendem nem entre os atos cooperativos nem entre os não-cooperativos excepcionalmente facultados pela lei, resultando, portanto, em modalidade contratual com traços de seguro-saúde”.*

Logo de plano, percebe-se no item 3.2 que os serviços hospitalares são considerados como atos não-cooperativos, o mesmo ocorrendo com os serviços de laboratórios. Ora, conforme visto exaustivamente, tais serviços são auxiliares à atividade-fim, que é o exercício da medicina, logo, não podem ser apartados do ato cooperativo. O item 3.2 do parecer normativo é irretorquivelmente ilegal e, portanto, ineficaz.

### **Item 3.3 – Intermediação.**

*“Como estas obrigações contratuais não poderão ser cumpridas diretamente pela cooperativa porque seu objeto social é voltado internamente aos associados, nem pelos associados na condição de prestadores de serviço médicos, torna-se logicamente imprescindível a aquisição daqueles bens/serviços de outras sociedades ou de outros profissionais, o que, evidentemente, é característica da mercancia, ou seja a intermediação”.*

É fácil perceber a tentativa infrutífera da Administração Pública de isolar as cooperativas e os cooperativados num fim em si mesmo, o que se admitiria apenas por utopia. O item referido interpreta restritivamente o *caput* do art. 79, da Lei nº 5.764/71, inibindo as atividades vitais das cooperativas e isolando-as de forma incontornável, o que afronta a CF/88.

### Item 3.4 – Organização Mercantil

*“Estas atividades, francamente irregulares para esse tipo societário, estão iniludivelmente contidas em contexto de modelo comercial, uma vez que seu perfil operacional, neste particular, envolve (1) atividade econômica, (2) fins lucrativos, (3) habitualidade, (4) organização voltada à circulação de bens e serviços e (5) assunção de risco. Esta afirmação estará mais corroborada se abstrairmos, dentre as obrigações assumidas com a clientela, a de prestação de serviços médicos pelos próprios associados, percebe-se, então, que seria lógica e juridicamente insustentável considerar-se como cooperativa a entidade que tivesse como único objetivo a revenda de bens e serviços”.*

Esse item decorre dos dois anteriores. Na dúvida entre o ato auxiliar e o ato não-cooperativo, o fisco prefere o segundo, porque é mais cômodo lançar mão do princípio em desuso segundo o qual *in dubio pro fisco*, do que utilizar os devidos métodos científicos. É outro item que está em desacordo com a correta interpretação do *caput* do art. 79.

**3.5** – “Ainda por incabível qualquer alegação tendente a considerar tratar-se de cooperativa mista (art. 10, § 2º, c/c art. 7º, da lei citada), é fácil depreender que a diversificação das prestações de bens/serviços que dependem de intermediação poderia ensejar a escalada de outras, sob alegação de afinidade, como por exemplo, fornecimento de refeições, locais de repouso e veraneio, tratamento dentário, assistência social e quiçá até serviço funerário”.

Por último, o item 3.5 é de conteúdo dispensável – melhor seria se não tivesse sido escrito. É óbvio que a interpretação extensiva do conceito legal de ato cooperativo não alcança os locais de repouso e veraneio, tampouco os serviços funerários. Interpretação extensiva não é interpretação abusiva. O ato normativo foi extremamente infeliz neste ponto.

Em suma, são inválidos os itens 3.2 a 3.5 do Parecer Normativo CST nº 38, de 1.11.1980, em razão da sua discordância com a correta interpretação do *caput* do art. 79. Os citados itens, por valerem-se de conceitos fechados e restritivos, inviabilizam outras interpretações além da literal, logo sofreram perda dos seus fundamentos de validade após a CF/88. Caso contrário, sacrificar-se-ia a interpretação teleológica para prevalecer a insuficiente e deficiente interpretação literal.

Tal entendimento é acompanhado pelo Poder Judiciário, que em diversos posicionamentos, assim tem se pronunciado sobre a tributação dos atos auxiliares praticados pelas sociedades cooperativas: “TRIBU-TÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. EMBARGOS – Não há renda tributável pelo fornecimento de peças e componentes se estiver incluído, por conexão, no conceito legal de ato cooperativo.”<sup>1</sup>

Os Conselhos de Contribuintes vêm, desde praticamente a edição da Lei nº 5.764, em 1971, apreciando inúmeros recursos voluntários interpostos pelas sociedades cooperativas visando desconstituir os inúmeros lançamentos abusivos dos quais sempre foram vítimas. Vejamos uma das bem fundamentadas decisões emanadas do Primeiro Conselho de Contribuintes, que corrobora as razões aqui expostas pela Recorrente: “IRPJ - EXERCÍCIO DE 1989 - ATOS DE SOCIEDADES COOPERATIVAS - A simples constatação por parte do Fisco de pagamentos feitos por serviços de terceiros, por si só, não descaracteriza o resultado de atos cooperativos. Para descaracterização é necessário proceder o cotejo das receitas e despesas relacionadas distintamente aos atos cooperativados e aos de atividade mercantil comum. Vistos, relatados e discutidos os presentes autos interposto por SOCIEDADE COOPERATIVA DE SERVIÇOS MÉDICOS HOSPITALARES DE CURITIBA LTDA, ACORDAM os membros da Terceira Câmara do Primeiro Conselho de Contribuintes, por unanimidade de votos dar provimento ao recurso.”<sup>2</sup>

No mesmo sentido, o recente julgamento realizado pela Primeira Turma da Câmara Superior de Recursos Fiscais sobre esta matéria onde, mais uma vez, restou determinado que não é possível a tributação indiscriminada das receitas das cooperativas sob a escusa de que a prática habitual de atos não cooperativos simplesmente autoriza a sua descaracterização enquanto sociedade cooperativa, vejamos: “IRPJ/ CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO - SOCIEDADES COOPERATIVAS - COOPERATIVA DE SERVIÇOS MÉDICOS - A prática habitual

---

<sup>1</sup> Acórdão proferido pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região, nos autos do recurso de apelação nº 04153114/97- RS, Relator Gilson Langaro Dipp, publicado no DOU de 03/12/1997, p. 105091, grifamos e destacamos.

<sup>2</sup> Acórdão nº 103-15.361, de 14/09/1994, grifamos e destacamos.

de atos não cooperativos não descaracteriza, para fins fiscais, a sociedade cooperativa, havendo o lançamento, para prevalecer, que promover à segregação entre atos cooperativos e atos não cooperativos, tributando apenas estes. Por maioria de votos, DAR PROVIMENTO AO RECURSO. Vencidos os Conselheiros Carlos Alberto Gonçalves Nunes e Luiz Alberto Cava Maceira.”<sup>3</sup>

Feitas essas considerações acerca da natureza jurídica da sociedade cooperativa e de sua atividade operacional, é muito importante que fiquem inequívocas duas conclusões primordiais:

A primeira, de que a sociedade cooperativa não presta quaisquer serviços, aos seus usuários, nem auferir quaisquer receitas com prestação de serviços. Os serviços são prestados, única e exclusivamente, pelos profissionais cooperados.

A segunda, não tendo a sociedade cooperativa objetivo final de lucro e não sendo a prestadora dos serviços contratados, lícita é a conclusão de que os seus profissionais cooperados, também não lhe prestam quaisquer serviços.

### **Considerações finais:**

Por todas as razões aqui expostas, é certo que:

(1) o conceito legal de “ato cooperativo”, constante do *caput* do art. 79, da Lei nº 5.764/71, deve ser interpretado conforme a Constituição. Para tanto, deve-se afastar a sua interpretação literal, porque insuficiente e deficiente (não comporta os atos auxiliares no conceito legal de “ato cooperativo”), e, por outro lado, adotar as interpretações teleológica e extensiva do dispositivo, comportando, portanto, os atos auxiliares em tal conceito;

(2) os atos cooperativos compreendem meios e fins que não podem ser vistos isoladamente;

(3) A única conclusão lógica a que se pode chegar através das interpretações teleológica e extensiva do dispositivo é de que não incide

---

<sup>3</sup> Acórdão nº CSRF/01-02.929, de 08/05/2000 - grifamos e destacamos, publicado no DOU do dia 18/12/2000, às fls. 24.

a Cofins sobre os atos auxiliares, porque tais atos não se confundem com mercancia, de acordo com a interpretação e conforme a constituição do *caput* do art. 79, da Lei 5.764/71. ♦