

REVISTA

EMERJ

Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

ISSN 1415-4951
(versão impressa)



Vol. 9 - Nº 35 - 2006



ISSN 1415-4951
(versão impressa)

REVISTA DA

EMERJ

v. 9 - n. 35 - 2006

Julho/Agosto/Setembro

Rio de Janeiro

© 2006, EMERJ

Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro - EMERJ

Revista doutrinária destinada ao enriquecimento da cultura jurídica do País.

Conselho Editorial:

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

Coordenador Editorial: Des. Décio Xavier Gama

Produção Gráfico-Editorial: Divisão de Publicações da EMERJ

Editor: Irapuá Araújo (MTb MA00124P); *Editoração:* Valéria Monteiro de Andrade; *Capa:* André Amora; *Revisão ortográfica:* Suely Lima, Thereza Andrade e Wanderlei Lemos.

Apoio Cultural: Banco do Brasil

Impressão: Venus Luar Artes Gráficas Ltda.

Tiragem: 4.000 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 - emerjpublicacoes@tj.rj.gov.br



Diretoria da EMERJ

Diretor-Geral

Des. Paulo Roberto Leite Ventura

Conselho Consultivo

Des. Roberto Wider

Des. Ronald dos Santos Valladares

Des. Luiz Fernando Ribeiro de Carvalho

Des. Murilo Andrade de Carvalho

Des. Nildson Araújo da Cruz

Des. José Carlos Maldonado de Carvalho

Presidente da Comissão Acadêmica

Des. Newton Paulo Azeredo da Silveira

Presidente da Comissão de Iniciação e Aperfeiçoamento de Magistrados

Des. Índio Brasileiro Rocha

Coordenador dos Núcleos de Representação e da Revista da EMERJ

Des. Décio Xavier Gama

Secretária-Geral de Ensino

Rosângela Pereira Nunes Maldonado de Carvalho

Assessora do Diretor-Geral

Maria de Lourdes Cardoso da Rocha



Apresentação

Neste nº 35 da REVISTA DA EMERJ desejamos, em primeiro lugar, dar notícia de que a 23 de agosto de 2006 ocorreu a passagem do Centenário de nascimento do eminente Juiz e Ministro do antigo Tribunal Federal de Recursos, hoje Superior Tribunal de Justiça, José de Aguiar Dias. Vinculado este número ao 3º trimestre do ano e prontos os originais para serem encaminhados à gráfica, reduzimos, nesta edição, a notícia a essas poucas linhas, tanto mais que, em dezembro deste ano, estaremos com o último número do ano (outubro a dezembro), dedicado inteiramente à figura ilustre deste jurista e magistrado.

A ESCOLA DA MAGISTRATURA (EMERJ) se preparou para reiniciar as suas atividades no segundo semestre de seu nono ano de existência e persistiu em seus propósitos de colaborar com o Tribunal de Justiça do Estado na formação de novas turmas de candidatos que se habilitam ao Concurso para ingresso na carreira. Foram matriculados estagiários bacharéis em direito, mediante rigorosa seleção realizada no mês de junho do semestre anterior, com observância dos aproveitamentos de vida escolar e do *currículum* de cada pretendente.

Inscritos 684 no concurso de ingresso do Curso de Preparação à Carreira de Magistrado, como sempre, de dois anos e meio, apenas 196 lograram aprovação final para seguirem as aulas matutinas (8 às 12 horas) e noturnas (de 18 às 22 horas). Aulas práticas e teóricas, mas sempre de cunho objetivo, fundadas na observância da experiência dos professores magistrados, promotores e em julgamentos ocorridos nos Tribunais. Daí a prévia seleção de farto material didático que deve ser cedido ao aluno para pesquisa, estudo e interpretação.

Assim, tem-se desenvolvido o ensino na EMERJ. O Professor, seja Magistrado, Promotor ou Defensor Público e advogado com experiência no ensino jurídico, desenvolve trabalho admirável e re-

vela as vocações que se afluam naqueles que persistem entusiasmados, até a oportunidade de o Concurso ser lançado em Edital Público pelo Tribunal. Não, naturalmente, nos que nos deixam em meio do caminho, quem sabe, talvez, com justas aspirações na profissão de advogado.

Desembargador Décio Xavier Gama
Coordenador da REVISTA DA EMERJ

SUMÁRIO

A Onda Reformista do Direito Positivo e suas Implicações com o Princípio da Segurança Jurídica 15

Humberto Theodoro Júnior

Professor Titular da Faculdade de Direito da UFMG. Desembargador aposentado do TJ/MG. Advogado.

1. Introdução. 2. Segurança jurídica. Vínculo com o moderno estado comprometido com a garantia dos direitos fundamentais. 3. Noção de segurança jurídica. 4. Leis vagas, imprecisas e cláusulas gerais. 5. Exigências de qualidade e previsibilidade para a obra do legislativo. 6. Relatividade do princípio de segurança jurídica. 7. Ética, justiça e segurança na ordem jurídica. 8. Crítica à onda reformista por que passa o país. 9. Conclusões.

Notas Sobre os Bens no Novo Código Civil 49

Nagib Slaibi Filho

Desembargador do TJ/RJ. Prof. da EMERJ e da Universidade Salgado de Oliveira

1. Bens. 2. Classificação dos bens. 2.1. Dos bens imóveis. 2.2. Dos bens móveis, 2.3. Bens fungíveis e infungíveis. 2.4. Bens consumíveis e bens de produção. 2.5. Bens divisíveis e não divisíveis. 2.6. Bens singulares e coletivos. 2.7. Bem principal e bem acessório. 2.7.1. Pertencas. 2.7.2. Benefeitorias. 2.7.2.1. A distinção entre benefeitorias e acessões passa pelo critério econômico. 2.8. Dos bens públicos. 2.8.1. A classificação dos bens públicos. 2.9. Bens disponíveis e bens indisponíveis.

Evolução Histórico-dogmática da Teoria do Injusto 77

Álvaro Mayrink da Costa

Desembargador aposentado do TJ/RJ. Professor da EMERJ e Presidente do seu Fórum Permanente de Execução Penal. Advogado.

1. Definições. 2. Estrutura conceitual. 3. Linhas estruturais estratificadas da construção. 3. Conclusão.

O Menor e a Responsabilidade Penal

112

Alyrio Cavallieri

Desembargador aposentado do TJ/RJ. Professor da EMERJ e membro do seu Fórum Permanente da Criança e do Adolescente.

A responsabilidade do menor (adolescente). O crescimento da delinquência juvenil. A violência e o tráfico de drogas ultrapassam, hoje, os delitos de menor gravidade. A reação emocional da sociedade, da mídia, das famílias em particular; busca de soluções imediatas, punição mais severa de menores, pena de morte etc. O rebaixamento da idade da responsabilidade penal dos menores resultaria no aumento da população carcerária em cerca de 70%. Apelando-se para arguentos de autoridade, considere-se que as associações nacionais de juízes especializados (ABRAMINJ e ABMP) e internacional (AIMJF), Conselho Federal da OAB, CONANDA e outros são favoráveis à conservação da idade atual ou, no estrangeiro, ao aumento e jamais à diminuição. PECs e pessoas favoráveis ao rebaixamento da idade utilizam o argumento “pode votar, pode ir para a cadeia” – o mais frágil de todos. A idade prepondera sobre a capacidade. O sistema de discernimento, banido nos anos vinte, é falho e inaplicável. Imprecisão da Constituição, do Código Penal e do Estatuto da Criança e do Adolescente motiva conclusões errôneas. Propostas de soluções recaem sobre a prevenção e ajustes no ECA.

Regime Jurídico das Notificações no Sistema de Registro de Títulos e Documentos 121

Jairo Vasconcelos Rodrigues Carmo

Juiz de Direito aposentado do TJ/RJ. Titular do 4º RTD.

1. Introdução. II. Conceito. Natureza e Função das notificações Extrajudiciais e demais atos de Participação. III. Exegese do artigo 160, da Lei 6.015/73, frente aos artigos 127 e 129, da mesma Lei. IV. A questão dos Emolumentos na ordem da Lei Estadual nº 3.350, de 29.12.99. Aplicação da Tabela dos Atos Comuns e a Incidência da Tabela Específica V. Missão do Judiciário em defesa da Exação dos Emolumentos. Eiticidade e Politicidade da Fiscalização. VI. Imperativos Éticos e Responsabilidade Civil do Registrador. VII. Síntese conclusiva. .

A Chamada de Co-réu e a Nova Disciplina Legal do Interrogatório 136

Sergio Demoro Hamilton

Procurador de Justiça aposentado do M.P. do Estado do Rio de Janeiro e Professor Universitário.

A Lei nº 10.792/03 e a ocorrência de dois ou mais acusados no processo quando um deles venha a imputar a outro a autoria do crime. As inovações do art. 188 do CPP, e a participação das partes na formulação de perguntas ao imputado, após encerrada a participação do juiz no interrogatório. Como ouvir mais de um réu separadamente (arts. 210 e 228 do Código)? Pelo que dispõem os arts. 185 e 196, é de se concluir que cada réu será ouvido em presença de seu advogado. Mas que valor como prova teria a chamada do co-réu? Opiniões da Doutrina, inclusive de Thornaghi, Polastri e outros. Com a nova Lei, como fica a questão? A questão a se resolver no caso de delação. Divergindo delator e delatado, impossível será a acareação, prevista no art. 229 do CPP.

Princípio da Padronização

147

Eduardo Azeredo Rodrigues

Procurador do Tribunal de Contas do RJ e Professor da EMERJ.

1. Introdução. 2. O conteúdo do princípio da padronização. 3. O procedimento para a padronização. 4. Implicações de padronização na possibilidade de contratação direta. 5. Conclusões.

Democratização da Administração Pública e o Princípio da Participação Administrativa

158

Rafael Carvalho Rezende Oliveira

Procurador do Município do RJ e Professor da EMERJ.

1. Introdução. 2. Transformações do Estado e do Direito Administrativo. 3. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito Administrativo. 4. O princípio da participação administrativa no Estado Democrático de Direito: aspectos filosóficos, jurídicos e a sua consagração na Constituição de 1988. 5. Conclusão.

Reserva de Vagas no Ensino Público Brasileiro

177

Cláudio de Mello Tavares

Desembargador da 11ª Câmara Cível do TJ/RJ.

O projeto nº 73/99, que implanta o sistema de vagas no ensino público. Fundamento na igualdade. A constitucionalidade do projeto. O tratamento democrático, com igualdade e acessibilidade dos excluídos sociais: o preconceito, a desigualdade e a discriminação que se procura combater. A constitucionalidade que deve ser examinada na Comissão própria do legislativo e no S.T.F.

Quilombos: Da Insurreição à Propriedade Constitucional

180

Marco Aurélio B. Melo

Defensor Público e Professor da EMERJ.

1. Resumo. 2. Introdução. 3. Abordagem filosófica e cientí-

fica do direito. 4. Da coisa julgada. 5. Hermenêutica, tópicos e jurisprudência. 6. Princípios da proporcionalidade ou da razoabilidade. 7. Rescindibilidade da sentença injusta. 8. Considerações finais.

Reforma do Processo de Execução - Comentários à Lei Nº 11.232/2005 195

Marcelo Pereira de Almeida

Professor de Direito Processual Civil da EMERJ e de Direito Processual Civil da UNESA.

1. Introdução. 2. A evolução do acesso à justiça. 3. O novo Conceito de sentença. 4. Prestação de declaração de vontade. 5. A Liquidação de sentença. 6. Execução de obrigação por quantia. 7. Execução provisória. 8. A competência para o cumprimento de sentença. 9. Dos embargos à execução contra a Fazenda Pública. 10. Conclusões.

Os Mais Importantes Princípios que Regem o Processo Penal Brasileiro 221

Alexandre Guimarães Gavião Pinto

Juiz de Direito do TJ/RJ.

O CPP de 1942 em tempos de totalitarismo de Estado. O princípio da verdade real, frente à infração penal. A verdade formal na falta de outros meios. O princípio da imparcialidade do juiz, o mais importante. O princípio da igualdade das partes. O princípio do contraditório. De muita relevância. O princípio da ampla defesa. O do devido processo legal e o da publicidade. O princípio da persuasão racional do Juiz e o da ação ou demanda. O do *ne eat iudex ultra petita partium*. O da inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos (art. 5, inc. LVI da Const.). O da presunção de inocência e o do duplo grau de jurisdição.

Tutela da Informação e Vocação Irradiante do Código de Defesa do Consumidor **232**

José Augusto Garcia

Defensor Público e Professor da EMERJ e da UERJ.

1. Introdução. 2. Informação e mundo. 3. O enquadramento jurídico da informação. 4. O Código de Defesa do Consumidor e o princípio da transparência máxima das relações de consumo. 4.1. Transparência e esfera contratual. 4.2. Transparência e publicidade. 4.3. Transparência e bancos de dados e cadastros de consumidores. 4.4. Transparência e responsabilidade civil. 4.5. Transparência e área processual. 5. A vocação irradiante do Código de Defesa do Consumidor. 6. Síntese final: as principais idéias do texto.

Relativização da Coisa Julgada **281**

Alessandro Rostagno

Advogado - Prof. dos Cursos de Pós-Graduação da EMERJ.

1. Resumo. 2. Introdução. Abordagem filosófica e científica. 4. Da coisa julgada. 5. Hermenêutica, tópica e jurisprudência. 6. Princípios da proporcionalidade ou da razoabilidade. 7. Rescindibilidade da sentença injusta. 8. Considerações finais.

Do Excessivo Caráter Aberto da Lei de Improbidade Administrativa **297**

Mauro Roberto Gomes de Mattos

Advogado na área administrativa, de trabalho e seguridade social.

Homenagem ao Diretor-Geral da Escola da Magistratura, no dia 24 de maio de 2006, quando recebeu o Título de Benemérito do Estado do Rio de Janeiro. **304**

Paulo Roberto Leite Ventura

Desembargador do TJ/RJ e Diretor-Geral da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro - EMERJ.

Colaboraram Neste Número

- Alessandro Rostagno, 281
Alexandre Guimarães Cavião Pinto, 221
Álvaro Mayrink da Costa, 77
Alyrio Cavallieri, 112
Cláudio de Mello Tavares, 177
Eduardo Azeredo Rodrigues, 147
Jairo Vasconcelos Rodrigues do Carmo, 121
José Augusto Garcia, 232
Humberto Theodoro Júnior, 15
Marcelo Pereira de Almeida, 195
Marco Aurélio Bezerra de Melo, 180
Mauro Roberto Gomes de Mattos, 297
Nagib Slaibi Filho, 49
Rafael Carvalho Rezende Oliveira, 158
Sergio Demoro Hamilton, 136



EMERJ

A Onda Reformista do Direito Positivo e suas Implicações com o Princípio da Segurança Jurídica*

Humberto Theodoro Júnior
Professor Titular da Faculdade de Direito da UFMG. Desembargador aposentado do TJ/MG. Advogado.

1. INTRODUÇÃO

O Século XX, ao lado de ter proporcionado um ritmo de evolução tecnológica à convivência humana sem precedentes, promoveu também uma indiscutível subversão cultural, destruindo e abalando valores que até então sustentaram, ética e juridicamente, a civilização cristã ocidental.

Desnorteados, o pensador e sobretudo o jurista do Século XXI, diante da “herança” legada pelo século anterior, não encontra valores consagrados e definidos para ditar os rumos da ordem jurídica contemporânea, nem critérios válidos e permanentes para imprimir-lhe eficácia e coerência. Daí a figura de uma colcha de retalhos em que se vai transformando o direito positivo, diante da incoerência e do verdadeiro caos em meio ao qual se realizam as reformas legislativas.

Ao mesmo tempo que se bate pela dignidade da pessoa humana como fundamento máximo do ordenamento, em qualquer

* Estudo em homenagem ao Ministro José Augusto Delgado.

de seus segmentos, adota-se, também, nos mais diversos setores do direito, mesmo nos que constituem o chamado direito privado (onde deveria reinar a autonomia e a vontade soberana do indivíduo, em nome da liberdade, sem a qual não se pode pensar em dignidade de homem algum), a defesa ostensiva da supremacia do público sobre o privado, do interesse social sobre o individual. Ergue-se aos poucos um leviatã que ninguém consegue definir com precisão e cujo desenvolvimento não se tem como antever aonde chegará.

Para servir a esse indecifrável senhor, cuja identificação se contenta com rótulos apenas (social, coletivo, público etc.), o indivíduo - razão de ser da sociedade, do Estado e do direito - cada vez mais se anula e mais apreensivo e inseguro se torna. Os valores que sua bimilenar cultura lograra conquistar esfumaçam-se, diluem e se perdem num revolver iconoclasta e impiedoso, a que faltam idéias sólidas e abundam palavras soltas e pensamentos irreduzíveis ao anseio do filósofo verdadeiro e decepcionantes para o destinatário comum da ordem jurídica.

Com técnicas de direito público, de acendrado teor socializante, sempre mais e mais, se coarcta a liberdade individual, sem embargo de o Estado ocidental atual se declarar fundado na livre iniciativa individual. Onde localizar a dignidade da pessoa humana quando o indivíduo não consegue se libertar da intromissão constante e intensa nas esferas não apenas econômicas, mas até mesmo íntimas, personalíssimas? E cada vez mais se exige que o direito se faça presente com força cogente e inarredável, a tal ponto que, em nome do gigante aterrorizante do social e do coletivo, nem mais se consegue separar o direito público do privado.

Dir-se-á: existe a lei como garantia máxima de liberdade e independência do indivíduo frente à sociedade e ao Estado que a representa, porque de seu império nem este escapa. Continua a ressoar magnificamente a máxima fundamental do Estado de Direito: "ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei" (C.F., art. 5º, II). No entanto, o que menos se vê no pensamento jurídico dito pós-moderno é a preocupação com

a garantia fundamental da legalidade¹. Advoga-se ostensivamente a supremacia de valores abstratos, por engenhosas e enigmáticas fórmulas puramente verbais, que simplesmente anulam a importância do direito legislado e fazem prevalecer tendenciosas posições ideológicas, sem preceitos claros e precisos que as demonstrem genericamente e, por isso mesmo, permitem ditar por mera conveniência do intérprete e simples prepotência do aplicador o sentido que bem lhes aprouver nas circunstâncias do caso concreto.

Direito não é mais sinônimo de lei, e norma ou preceito não mais se distinguem dos princípios. Assim, em nome de pretensos princípios, que muitas vezes não se sabe se existem realmente nem de onde foram extraídos, se cria todo um clima de permissividade para o operador do direito. Totalmente descompromissado com a lei ditada pelo poder legiferante instituído, o aplicador do direito procura a regra a aplicar no caso concreto onde bem lhe convier, ou onde bem entender, pois fora do preceito explícito da lei, sempre haverá algum raciocínio, algum argumento, alguma justificação para explicar qualquer tipo de decisão, até mesmo aquele aberrante com as tradições histórico-culturais de um povo, as quais, aliás, pouco ou nada valem para a mentalidade emergente do século XX, em segmento quantitativamente expressivo.

O próprio legislador, em quem os indivíduos pensavam poder confiar para, na votação livre e democrática das leis, estabelecer os limites do autoritarismo do poder governante, abdica simplesmente da competência de traçar, com precisão e segurança, os preceitos que deveriam presidir o comportamento individual no seio da coletividade. Preferem, por comodidade, por menor esforço, ou por submissão a idéias de momento e de puro efeito demagógico, legislar por

¹ "As novas e sempre crescentes atribuições do Estado intervencionista têm distorcido a visão de certos princípios jurídicos, cuja pureza é dever de o jurista distinguir e defender. As concepções do Estado-Providência ou do Estado de Direito Social procuram privilegiar a atuação estatal, visualizada mais como realidade de fins do que como execução *ex officio* do Direito. Com isto, procura-se esmaecer a força do princípio da legalidade para que possa a Administração interferir no *munus* da tributação. Esta é uma orientação cuja perversidade cumpre combater (...). Protege-se a pessoa humana dos abusos e inconstâncias da Administração, garantindo-lhe um 'estatuto', onde emerge sobranceira a segurança jurídica, o outro lado do princípio da confiança na lei fiscal, a que alude a doutrina tedesca" (COELHO, Sacha Calmon Navarro; LOBATO, Valter. "Reflexões sobre o art. 3º da Lei Complementar 118. Segurança jurídica e a boa-fé como valores constitucionais. As leis interpretativas no Direito Tributário Brasileiro". Revista Dialética de Direito Tributário, v. 117, p. 112).

fórmulas excessivamente genéricas (cláusulas gerais, normas abertas e quejandas). Aproximando-se de meras declarações de *valores* (indefinidos e indefiníveis), essa conduta inaceitável, e por isso mesmo, injustificável do legislador contemporâneo, deixa o indivíduo (cuja dignidade diz estar tutelando) entregue à sanha e aos azares de quem detém o poder de julgar a conduta individual e social.

Não se pretende negar o valor dos princípios éticos que podem e devem atuar na formulação das regras legais e em sua interpretação, por parte dos juristas e magistrados. Tudo isto, porém, deve ser feito de modo ponderado, deixando estipulado de maneira clara até onde, até que limites, um valor hermenêutico pode ser adotado na compreensão prática do preceito legal.

Legislar com excesso de cláusulas gerais e por meio de “chavões” que nada dizem (mas que tudo permitem seja dito em seu nome) representa uma verdadeira traição ao ideário do Estado Democrático de Direito. Se este se caracteriza pela defesa dos indivíduos e seus direitos por meio de uma necessária separação entre funções atribuídas aos diversos órgãos encarregados do exercício dos poderes inerentes à soberania estatal, só se pode divisar governo autoritário e ditatorial quando um mesmo órgão acumula as funções de legislar e aplicar a lei por ele mesmo criada.

Seja o Executivo, seja o Judiciário, acumulando numa só mão o poder de legislar e aplicar a norma legal, o Estado foge do programa estatuído pela Democracia, que só se implanta com efetividade quando os poderes soberanos do Estado são despenhados por órgãos independentes e harmônicos entre si, cada qual respeitando a função do outro e exigindo que na sua função não ocorra ingerência dos demais.

Se, com leis formuladas axiologicamente e traduzidas excessivamente em cláusulas gerais e normas vagas, caberá ao juiz de fato definir o sentido e alcance da lei, na verdade só se firmará o teor da norma legal depois que o julgador atribuir-lhe o resultado que entender de conferir-lhe. A lei, na realidade, só existirá como preceito depois que o juiz completar a normatização apenas iniciada pelo legislador. O jurisdicionado somente virá a conhecer a regra de cuja violação é acusado depois de julgado pela sentença. Isto

representa, em termos crus, uma verdadeira eficácia retroativa para a norma. Se ela só se fez completa e inteligível após o julgamento do fato, a conseqüência é que a norma tal como foi aplicada não existia ao tempo da ocorrência do mesmo fato. Ou, pelo menos, o seu destinatário somente a pôde conhecer, em toda extensão, depois da sentença.

Para que essa injustiça não seja cometida é indispensável que a norma não seja excessivamente em branco, nem seja imprevisível quanto ao modo e aos limites de preenchimento de sua previsão genérica. Pode-se legislar deixando margem de flexibilidade para adaptar-se às particularidades do caso concreto. Mas, em nome da legalidade e da segurança jurídica com que a legalidade se acha visceralmente comprometida é imperioso que o legislador, ao empregar a flexibilidade da cláusula geral indique de forma clara e precisa os padrões e os limites da atividade complementar do juiz. Vale dizer, a cláusula geral só é legítima e democrática quando o legislador indica os parâmetros em que, na aplicação, terá de apoiar-se e quais limites dentro dos quais a norma admitirá flexibilização. Em outros termos, a lei terá de proporcionar às pessoas destinatárias de seu preceito o conhecimento e a compreensão do seu teor e dos seus limites².

Essas ponderações, nós as fazemos porque o clima legislativo oriundo do final do Século XX acha-se dominado por um furor normativo. Implantou-se a mentalidade de que reformando as leis o Estado melhoraria no exercício do governo da sociedade e esta aprimoraria seus critérios e valores de comportamento intersubjetivo.

Esquece-se de que ética é produto cultural e não jurídico. É um dado, portanto, apriorístico, que se estabelece ao longo da história na consciência social até alcançar o nível de exigir das pessoas e do próprio Estado a necessária submissão. Não se impõe um valor

² Desastrosa, entre muitas outras, foi, por exemplo, a inserção no novo Código Civil, da cláusula geral que submete a liberdade de contratar aos limites da função social do contrato (art. 421). Ora, nunca antes se cogitara de identificar uma função social na contratação dos negócios patrimoniais do direito privado. Como então impor o legislador que se observe um parâmetro desconhecido, sem indicar aos contratantes onde buscar elementos para identificá-lo e sem traçar qualquer espécie de limite a essa busca de uma função nova e inidentificada? O resultado somente poderia ser o caos doutrinário e jurisprudencial. Cada intérprete e cada aplicador usa o parâmetro que lhe é simpático e chega a limites e conclusões os mais díspares e incongruentes.

ético criado em laboratório por juristas inteligentes. Para a lei absorver um valor ético é preciso que já tenha sido ele chancelado pelos usos e costumes sociais. Mas, como procurar um valor cultural consagrado numa sociedade despida de valores e insubmissa a padrões limitativos das liberdades individuais, e que, a grosso modo, repele qualquer tipo de censura no modo de conceber o mundo, o homem, seu papel e seu destino?

É essa tempestade de ventos e torrentes em entrechoque nas reformas constantes e profundas por que passa o direito positivo de nossos dias que nos convida a meditar e ponderar sobre um princípio, um valor, um fundamento, do qual não se pode prescindir quando se intenta compreender a função primária da normatização jurídica. Trata-se da *segurança jurídica*, que nosso legislador constituinte originário, colocou como uma das metas a ser atingida pelo Estado Democrático de Direito, ao lado de outros valores igualmente relevantes, como a *liberdade*, o *bem-estar*, a *igualdade* e a *justiça*, todos eles guindados à categoria de “valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social” (*Preâmbulo* da Constituição de 1988).

O receio (e a quase certeza) de que o propalado furor reformista não se revela preocupado com o problema da segurança jurídica, nem se arrefece diante das desastrosas conseqüências das inovações normativas sobre a estabilidade da ordem jurídica e dos relacionamentos travados entre os jurisdicionados, e entre estes e o Estado, foi que nos motivou a fazer algumas divagações em torno do tema, cuja sede natural é o direito constitucional. Como no Estado constitucional democrático nenhum segmento do direito, seja público ou privado, pode ser bem compreendido longe das luzes e dos princípios constitucionais, penso que os processualistas e civilistas de nosso tempo necessitam arrefecer seu ânimo renovador para refletir um pouco mais sobre os destinos de nosso ordenamento jurídico. Somente guiada pelos faróis principiológicos adotados pela Constituição, a marcha reformista terá condições de prosseguir de maneira segura e serena. Urge evitar a reforma pela reforma, as mudanças inócuas que afetam apenas formas verbais sem alterar o fundo ou a substância das normas e, acima de tudo, não se pode, de

maneira alguma, desestabilizar o sistema vigente e comprometer, sem razão aceitável e explícita, os valores fundamentais que o informam, com raízes sólidas no plano da Constituição³.

É nesse plano que devemos voltar os olhos para a *segurança jurídica* antes de advogar qualquer reforma legislativa e antes de agredir, às vezes, desnecessariamente, outras vezes, de maneira desastrosa, o direito positivo e o sistema que o preside.

2. SEGURANÇA JURÍDICA: VÍNCULO COM O MODERNO ESTADO COMPROMETIDO COM A GARANTIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

A Constituição brasileira consagra o princípio da segurança jurídica em mais de uma oportunidade. Já no preâmbulo se anuncia que o Estado democrático de direito, de que se constitui a República Federativa do Brasil, está destinado a garantir, entre outros direitos fundamentais, a *segurança*. Esta, ao lado de outros direitos da mesma estirpe, se insere no rol dos “valores supremos de uma sociedade fraterna pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social”. Também no *caput* do art. 5º, a declaração dos *direitos e garantias fundamentais* tem início com a proclamação de que todos são *iguais* perante a lei, garantindo-se a todos os residentes no país a inviolabilidade do direito à *segurança* e à *propriedade*. Esse compromisso do Estado de direito com o princípio de segurança, aliás, não é uma peculiaridade da República brasileira. Todo o constitucionalismo ocidental de raízes europeias o adota e exalta.

Em Portugal, *v.g.*, embora a Constituição não consagre de maneira direta e textual o *princípio da segurança jurídica*, no enunciado dos fundamentos do *Estado de direito democrático* (art. 2º),

³O STF já decidiu que “todos os atos emanados do Poder Público estão necessariamente sujeitos, para efeito de sua validade material, à indeclinável observância de *padrões mínimos* de razoabilidade” (...). E que a razoabilidade é exigência que se qualifica como “*parâmetro de aferição* da constitucionalidade material dos *atos estatais*”. Dentro dessa perspectiva o abuso de poder é possível configurar-se também no desempenho da função legislativa, dando ensejo à configuração de inconstitucionalidade. Ou seja, no entendimento da Suprema Corte, “a teoria do desvio de poder, quando aplicada ao plano das atividades legislativas, permite que se contenham eventuais excessos decorrentes do exercício imoderado e arbitrário da competência institucional outorgada ao Poder Público, pois o Estado *não pode*, no desempenho de suas atribuições, dar causa à instauração de situações normativas que comprometem e afetem os fins *que reagem* a prática da função de legislar” (STF, Pleno, MC na ADI nº 2.667-DF, Rel. Min. Celso Mello, ac. 19.06.2002, RTJ 190/875).

doutrina e jurisprudência estão acordes em que dito princípio “decorre necessariamente da idéia de Estado de direito e, assim, o têm por consagrado pela Constituição”⁴.

Não é diferente o posicionamento do direito grego, segundo o qual “o princípio da segurança jurídica é um elemento substancial do Estado de direito, que é o fundamento jurídico da dignidade humana, que o Estado democrático deve respeitar e proteger”⁵.

Tal como se passa em Portugal, também na Constituição dos Estados Unidos não há uma expressa menção ao *princípio da segurança jurídica*. A jurisprudência, no entanto, chega à segurança jurídica indiretamente, por meio da aplicação da exigência de *não-retroatividade* e do respeito à cláusula do *due process*. Pode-se, então, alcançar à concepção, por via jurisprudencial, de que o princípio de segurança jurídica também é visto como “um componente essencial” do Estado de direito e que “o sistema constitucional americano não ficaria realmente fora de suas exigências”⁶.

Na Itália, em que o princípio da legalidade sofreu pesados comprometimentos durante o regime fascista, quando o autoritarismo e arbitrariedade fizeram escola, a doutrina contemporânea valoriza o princípio da segurança jurídica, fazendo-o corresponder à idéia de

⁴ ALMEIDA, Luís Nunes de. Relatório na XVª Mesa Redonda Internacional realizada em Aix-en-Provence, em setembro/1999, sobre o tema “Constitution et sécurité-juridique”. In: *Annuaire International de Justice Constitutionnelle*, XV, 1999. Paris: Economica, 2000, p. 249. Em doutrina, J. J. GOMES CANOTILHO registra que os princípios de segurança jurídica e de proteção da confiança são elementos constitutivos do Estado de Direito (Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 4.ed. Coimbra: Almedina, p. 256). Na jurisprudência há uma série de julgados, desde os tempos da Comissão Constitucional até os tempos atuais do Tribunal Constitucional, podendo exemplificar com o acórdão nº 666/94, onde se assentou: “a segurança dos cidadãos (e sua confiança subsequente na ordem jurídica) é um valor essencial do Estado de Direito que gira em torno da dignidade da pessoa humana - pessoa que é a base e a finalidade do poder e das instituições” (Acórdãos do Tribunal Constitucional, v. 29, p. 349, apud ALMEIDA, Luís Nunes de., *op. cit.*, p. 250). Para este último autor, a tese de que o princípio em questão se consagra como decorrência necessária do Estado de Direito Democrático, do qual participa como elemento constitutivo, configura opinião unânime da jurisprudência e da doutrina em Portugal (ALMEIDA, Luís Nunes de., *op. cit.*, p. 250-251).

⁵ SPILIOPOULOS, Epaminondas. Relatório na XVª Mesa Redonda Internacional realizada em Aix-en-Provence, em setembro/1999, sobre o tema “Constitution et sécurité-juridique”. In: *Annuaire International de Justice Constitutionnelle*, XV, 1999. Paris: Economica, 2000, p. 193.

⁶ SCOFFONI, Guy. Relatório na XVª Mesa Redonda Internacional realizada em Aix-en-Provence, em setembro/1999, sobre o tema “Constitution et sécurité-juridique”. In: *Annuaire cit.*, p. 149. Lembra o autor que a Constituição dos Estados Unidos prevê, expressamente, a interdição para o legislador federal de adotar leis retroativas (art. I, Seção 9-3); e também proíbe os Estados, em sua área de competência, de adotar “lei retroativa” ou de enfraquecer por meio de lei “a força dos contratos” (art. I, Seção 10-1).

"*certeza de direito*". Na concepção jurisprudencial muito se tem discutido a propósito do tema e, mesmo no silêncio da Constituição, a Corte Constitucional italiana já proclamou que a "segurança jurídica é de fundamental importância para o funcionamento do Estado democrático"⁸, e que deve ser definida como "um princípio supremo", ao afirmar que "a confiança do cidadão na segurança jurídica constitui um elemento fundamental e indispensável do Estado de Direito"⁹.

Goze ou não do elevado grau de princípio supremo, na ordem constitucional italiana, o certo é que o princípio de segurança jurídica na doutrina e jurisprudência daquele país ocupa uma posição superior à de simples princípio geral de direito. A segurança jurídica insere-se numa ordem superior, para desfrutar do *status* de "um princípio constitucional não-escrito, que pode interligar-se com diversas exigências e com diversos outros princípios"¹⁰, e que, na realidade, desempenha um papel de "importância fundamental para o funcionamento do Estado de direito democrático"¹¹.

Na Alemanha, onde em passado de lastimável memória se ofenderam profundamente as idéias de liberdade e dignidade humana, seu atual direito constitucional, voltado para o resgate da democracia e dos direitos da personalidade, atribui à segurança jurídica o *status* de um princípio, mais precisamente de um *imperativo* (*Gebot der Rechtssicherheit*) portador de um valor constitucional. Não se trata de um valor próprio, mas algo derivado do princípio geral do Estado de direito, no sentido da Lei Fundamental. Ou seja: "o princípio de segurança jurídica é um elemento essencial, com a justiça (*Gerechtigkeit*), do princípio do Estado de direito e tem, por conseguinte, como todos os elementos estruturadores da noção do Estado de direito, um valor constitucional. Isto decorre de uma con-

⁷ PIZZORUSSO, Alessandro; PASSAGLIA, Paolo. Relatório na XVª Mesa Redonda Internacional realizada em Aix-en-Provence, em setembro/1999, sobre o tema "Constitution et sécurité-juridique". *Itz. Annuaire cit.*, p. 199.

⁸ AC de 12.9.1995, nº 422, *Foro italiano*, 1995, I, p. 3.386, *apud* PIZZORUSSO, Alessandro; PASSAGLIA, Paolo, *op. cit.*, p. 224.

⁹ AC de 17.12.1985, nº 349, *apud* PIZZORUSSO, Alessandro; PASSAGLIA, Paolo, *op. cit.*, p. 219 e 225.

¹⁰ PIZZORUSSO, Alessandro; PASSAGLIA, Paolo, *op. cit.*, p. 224

¹¹ PIZZORUSSO, Alessandro; PASSAGLIA, Paolo, *op. cit.*, p. 225

cepção teórica mais global da *liberdade individual* e da sociedade liberal que é aquela onde se nutre a democracia. No seio desta sociedade onde a liberdade individual se determina a ser um valor de referência e onde o Estado de direito se empenha a ser a garantia, a segurança jurídica aparece como um componente essencial de tal proteção¹².

A tal princípio - é bom dizer - não faz menção expressa a Constituição alemã. Sua feição constitucional irrecusável, no entanto, deriva da própria concepção da noção do Estado de direito concebido como forma institucional da Alemanha nos termos do art. 20 de sua Lei Fundamental. O princípio de segurança jurídica é considerado, no mesmo nível que a justiça, como elemento essencial, da noção de Estado de direito¹³.

O princípio de segurança jurídica, principalmente em razão da valorização dos direitos do homem no seio do direito comunitário, encontra grande sucesso no direito francês. Tem-se a consciência de que a segurança jurídica acompanha os desdobramentos da noção de Estado de direito e atende às exigências de segurança impostas em face do desenvolvimento de um ambiente cada vez mais complexo e sujeito a evoluções cada vez mais incertas. Assim como o meio ambiente reclama atenção científica eficiente, o meio social também exige do legislador, para evitar penalizações excessivas, "regras jurídicas que sejam simples, claras, acessíveis e previsíveis"¹⁴.

A presença do princípio da segurança jurídica no direito constitucional francês é interpretada como fruto da evolução do Estado de direito de um sistema formal para um sistema que contém exigências materiais. Liga-se ao novo Estado em que se enfraquece o princípio da democracia majoritária e se reforça o sistema dos direitos fundamentais. Essa evolução busca superar a visão de um sistema fundado unicamente sobre o respeito à hierarquia das normas

¹² ZIMMER, Willy. Relatório na XVª Mesa Redonda Internacional realizada em Aix-en-Provence, em setembro/1999, sobre o tema "Constitution et sécurité-juridique". *In: Annuaire cit.*, p. 91.

¹³ ZIMMER, Willy, *op. cit.*, p. 93.

¹⁴ MATHIEU, Bertrand. Relatório na XVª Mesa Redonda Internacional realizada em Aix-en-Provence, em setembro/1999, sobre o tema "Constitution et sécurité-juridique". *In: Annuaire cit.*, p. 155-156.

jurídicas para se interessar pelo conteúdo dessas normas. Diz-se então que o Estado de direito se organiza por meio de um sistema político e jurídico voltado para a proteção dos direitos fundamentais. É nesse Estado de direito preparado para tutelar os direitos fundamentais que aos princípios clássicos da separação dos poderes, da legalidade e da proporcionalidade, se agrega o princípio da segurança jurídica, dentro das exigências materiais do atual Estado de direito¹⁵.

Nos julgamentos do Conselho Constitucional da França, a propósito principalmente do princípio que exige a clareza e a precisão da lei, é que se revelam a importância e a natureza do princípio de segurança jurídica. E nele se vê “uma exigência constitucional”. Essa mesma ótica prevalece quando se trata da jurisprudência relativa à retroatividade das leis fiscais, classificando a irretroatividade, na espécie, como uma das imposições da segurança jurídica, a que se atribui a natureza de “uma das exigências constitucionais”¹⁶.

Esse posicionamento do direito constitucional francês afina-se com todo o nível do direito comunitário europeu. Com efeito, “o princípio de segurança jurídica foi erigido pela Corte de justiça das comunidades européias ao grau de *exigência fundamental*”¹⁷

3. NOÇÃO DE SEGURANÇA JURÍDICA

O Estado democrático de direito conta com os princípios de “segurança jurídica” e de “proteção da confiança” como elementos constitutivos da própria noção de “Estado de direito”¹⁸. A partir dessa constatação, Canotilho ensaia a conceituação do que ele denomina “princípio geral de segurança jurídica”, em seu sentido mais amplo, e que compreende também a idéia de “proteção da confian-

¹⁵ MATHIEU, Bertrand, *op. cit.*, p. 156.

¹⁶ MATHIEU, Bertrand, *op. cit.*, p. 191. Na doutrina tributária brasileira o princípio da segurança jurídica desfruta de grande prestígio, de sorte que a taxação que a ele não se afeiçoa, por obra do Legislativo ou da administração, incorre em abuso, excesso ou desvio de poder, violando a ordem constitucional (Cfr. Entre outros, MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de direito tributário*. 15.ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 31; TORRES, Ricardo Lobo. *Curso de direito financeiro*. 9. ed. Rio de Janeiro: Renovar, p. 207).

¹⁷ CJCE, 14.07.72, *affaire* 57-69, Rec. P. 933, *apud* MATHIEU, Bertrand, *op. cit.*, p. 191.

¹⁸ “A segurança jurídica em sentido geral pode ser considerada como sinônima do princípio do Estado de direito tal qual é tratado pela doutrina e jurisprudência constitucional, austríaca” (PFERSMANN, Otto. Relatório na XVª Mesa Redonda Internacional realizada em Aix-en-Provence, em setembro/1999, sobre o tema “Constitution et sécurité-juridique”. *Itz Annuaire cit.*, p. 113).

ça". Para o grande constitucionalista português, esse princípio geral pode ser assim enunciado:

"Os indivíduos têm o direito de poder contar com o fato de que aos seus atos ou às decisões públicas concernentes a seus direitos, posições ou relações jurídicas fundadas sobre normas jurídicas válidas e em vigor, se vinculem os efeitos previstos e assinados por estas mesmas normas".¹⁹

Completa, Canotilho sua conceituação, sublinhando que o *princípio de segurança jurídica* exige "a confiabilidade, a clareza, a razoabilidade e a transparência dos atos do poder", para, em seguida, revelar as mais importantes manifestações desse princípio:

"(1) Relativamente a actos normativos – proibição de normas retroactivas restritivas de direitos ou interesses juridicamente protegidos; (2) relativamente a actos jurisdicionais - inalterabilidade do caso julgado; (3) em relação a actos da administração - tendencial estabilidade dos casos decididos através de actos administrativos constitutivos de direitos".²⁰

A jurisprudência da Corte Constitucional portuguesa, porém, não limita a incidência do princípio da segurança jurídica, em matéria de atos normativos, apenas à defesa contra os efeitos retroativos. Exige também que as leis sejam formuladas segundo a exigência de *precisão* e *clareza* de seus preceitos, chegando a conceber um princípio que denomina de "*princípio de determinabilidade das leis*"²¹.

Há dois sentidos, segundo certos autores, a serem distinguidos no conceito de segurança jurídica: a) a segurança que deriva da

¹⁹ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 3.ed. Coimbra: Almedina, 1999, p. 250 *apud* ALMEIDA, Luís Nunes de, *op. cit.*, p. 249-250.

²⁰ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 4.ed. Coimbra: Almedina, s/d, p. 256.

²¹ ALMEIDA, Luís Nunes de, *op. cit.*, p. 251. Nessa linha, a análise do constitucionalismo vigente na Áustria permite afirmar que, entre os publicistas, se considera a segurança jurídica como "um aspecto do princípio do Estado de direito, entendido no sentido formal, isto é, como "a exigência de que a ordem jurídica seja composta de normas *precisas e determinadas*, excluindo o arbitrário..." (PFERSMANN, Otto. Relatório na XVª Mesa Redonda Internacional realizada em Aix-en-Provence, em setembro/1999, sobre o tema "Constitution et sécurité-juridique". *Itz. Annuaire cit.*, p. 110).

previsibilidade das decisões que serão adotadas pelos órgãos que terão de aplicar as disposições normativas; e b) a segurança que se traduz na *estabilidade* das relações jurídicas definitivas²².

Entre os doutrinadores brasileiros, o princípio da segurança jurídica tem provocado, no campo do direito tributário, estudos excelentes. É que, numa área delicada como a do direito tributário, maior é a exigência de cuidados com a observância da segurança jurídica porque a taxação da atividade individual interfere significativamente na viabilidade, no planejamento e na gestão das empresas e dos patrimônios das pessoas físicas ou jurídicas. Vários princípios constitucionais atuam na espécie a fim de assegurar aos contribuintes a “tranquilidade, confiança e certeza quanto à tributação”, como o “princípio da legalidade”, “da anterioridade da lei ao exercício de sua aplicação” e da “irretroatividade da lei tributária, salvo para beneficiar o contribuinte”²³.

Tudo isto conjugado delinea o modo global de atuar o princípio da segurança jurídica que haverá de ser respeitado pelo legislador, pelo fisco e pela justiça, de modo a propiciar sempre aos contribuintes condições de conhecer, com adequada antecedência e “com certeza e segurança a que tipo de gravame estarão sujeitos no futuro imediato, podendo, dessa forma, organizar e planejar seus negócios e atividades”²⁴.

²² GUASTINI, R. “*La certezza del diritto come principio de diritto positivo?*”, Le Regioni, 1986, p. 1094 s., *apud* PIZZORUSSO, Alessandro; PASSAGLIA, Paolo, *op. cit.*, p. 199. Escrevendo sobre direito tributário, mas emitindo lição aplicável à identificação da segurança jurídica como princípio incidente sobre qualquer área do ordenamento jurídico, JAMES MARINS dá uma precisa visão desse importante princípio do Estado de direito democrático: “segurança material consistente na plena previsibilidade das regras de tributação, o que se logra tão-somente através da observância formal e material da reserva absoluta de lei, do princípio da estrita legalidade que se desdobra na tipicidade em matéria tributária (art. 150 e seus diversos parágrafos e incisos, da CF/88). Segurança formal que se expressa no *modus operandi* administrativo revelado pelo procedimento de fiscalização e lançamento. Segurança processual revelada pela qualidade do procedural *due process of law* que baliza a atuação dos julgadores administrativos e judiciais, para a lide fiscal (art. 5º, diversos incisos, da CF/88)” (MARINS, James. *Elisão tributária e sua regulação*. São Paulo: Dialética, 2002, p. 13-14).

²³ “Tais princípios existem para proteger o cidadão contra os abusos do Poder. Em face do elemento teleológico, portanto, o intérprete, que tem consciência desta finalidade, busca nesses princípios a efetiva proteção do contribuinte” (MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de direito tributário*. 15.ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 31).

²⁴ COELHO, Sacha Calmon Navarro; LOBATO, Valter. “Reflexões sobre o art. 3º da Lei Complementar 118. Segurança jurídica e a boa-fé como valores constitucionais. As leis interpretativas no Direito Tributário Brasileiro.” *Revista Dialética de Direito Tributário*, v. 117, p. 110-111. “A relação tributária (...) aparece totalmente vinculada pelos direitos fundamentais, declarados na Constituição (...). É rigidamente controlada pelas garantias dos direitos e pelos sistemas de princípios da *segurança jurídica*.” (TORRES, Ricardo Lobo. *Curso de direito financeiro*. 9.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007).

A fiel observância do princípio da segurança e da confiança, no caso da legislação tributária, faz cessar, por parte do Estado “a improvisação, a irresponsabilidade e o imediatismo com que muita vez os governos autoritários praticam a tributação, ao arrepio dos mais comecinhos princípios jurídicos, desorganizando a economia e desorientando a comunidade”. Ao contrário, e como é de se desejar, o respeito aos aludidos princípios, por parte dos governantes acarreta efeitos de suma importância em matéria de tributação: (a) assegura aos governados *tranquilidade, confiança e certeza quanto à tributação*; (b) assegura ao governo *o respeito dos governados*; e (c) compartilha o governo com o parlamento a *responsabilidade pelos rumos da política tributária*, como sói acontecer nas verdadeiras democracias”²⁵.

O primeiro cuidado a ser tomado pelo legislador, para garantir segurança jurídica aos indivíduos, é o da publicidade adequada, em que se inclui o período de *vacatio legis* compatível com a necessidade de conhecer a lei nova a tempo de adaptar-se aos seus preceitos inovadores. Mas, acima da publicidade, há também, na consciência jurídica italiana, a convicção de que é fundamental o problema ligado à exigência de que os atos normativos sejam redigidos de modo a serem “compreensíveis pelos destinatários”²⁶. Com efeito, a “maneira mais eficaz de reduzir consideravelmente a ‘insegurança’ jurídica é, mesmo, a de redigir os textos normativos à base de regras claras e estandardizadas” (segundo padrões técnicos)²⁷. Além disso, impõe-se outro tipo de cuidado técnico para fugir da insegurança jurídica: tem-se de evitar o caos dentro do sistema geral do ordenamento jurídico. A lei nova não pode desorganizar o sistema, criando contradições ou dificuldades insuperáveis de compatibilização e interpretação, levando o aplicador e o destinatário a perplexidades e conflitos graves e de difícil solução. “A exi-

²⁵ COELHO, Sacha Calmon Navarro; LOBATO, Valter. “Reflexões sobre o art. 3º da Lei Complementar 118. Segurança jurídica e a boa-fé como valores constitucionais. As leis interpretativas no Direito Tributário Brasileiro”. *Revista Dialética de Direito Tributário*, v. 117, p. 111.

²⁶ PIZZORUSSO, Alessandro. *Certeza del diritto. II) Profili applicativi*, Enciclopedia Giuridica Treccani, v. VI, 1988, p. 4; PIZZORUSSO, Alessandro; PASSAGLIA, Paolo, *op. cit.*, p. 205

²⁷ PIZZORUSSO, Alessandro; PASSAGLIA, Paolo, *op. cit.*, p. 207.

gência de uma redação mais clara dos textos normativos vem, pois, juntar-se à exigência de coordenar os textos a fim de dar à administração, e também aos cidadãos, os meios de melhor conhecer o direito positivo”²⁸.

Em nome do princípio da segurança jurídica, condena-se também a “doença do excesso de direito”, ao argumento de que a “hipertrofia” das leis acaba por produzir um cipoal de regras cuja aplicação, na prática, ao invés de organizar o comportamento social, torna-o exageradamente complexo. A inflação normativa, que dificulta a todo instante a constatação de quais são as normas realmente em vigor, não contribui, evidentemente para os indivíduos terem uma noção clara e precisa de seus direitos e deveres”²⁹.

4. LEIS VAGAS, IMPRECISAS E CLÁUSULAS GERAIS

Por simples modismo e, às vezes por comodismo, o legislador contemporâneo é levado à edição de normas incompletas e vagas, que importam em verdadeira delegação de poder normativo aos órgãos da administração e do Judiciário. Não que se deve impedir a adoção de cláusulas gerais nos textos legislativos. Valores éticos, para serem incorporados ao direito positivo reclamam a observância dessa técnica. O abuso, contudo, do emprego constante e injustificado de cláusulas gerais pelo legislador pode desestabilizar o ordenamento jurídico, gerando dúvidas, incertezas e mesmo imprevisibilidade no meio social.

Há na deturpação dessa técnica uma tendência do parlamento de despojar-se, em boa parte, de sua competência legislativa, relegando ao Judiciário completar a tarefa normativa, sem que os indivíduos possam prever, com segurança jurídica, como o órgão aplicador da regra vaga irá colmatá-la. É necessário, logicamente, coibir esse tipo de abuso legislativo, para evitar que, *de fato*, o juiz se torne legislador; e o que é pior, legislador, *ex post facto*, pois a lei

²⁸ PIZZORUSSO, Alessandro; PASSAGLIA, Paolo, *op. cit.*, p. 207.

²⁹ “A meta da segurança jurídica seria, então, assegurar aos cidadãos uma expectativa precisa de seus direitos e deveres em face da lei. Tal como posta, a segurança jurídica abomina a casuística dos regulamentos e a incerteza que se deve às muitas portarias e demais atos da Administração” (COELHO, Sacha Calmon Navarro; LOBATO, Valter. “Reflexões” *cit.*, *Revista Dialética de Direito Tributário*, v. 117, p. 111).

só será ditada em seu conteúdo completo e definitivo depois de consumado o fato sobre que irá incidir. A segurança jurídica, por sua vez, não pode conviver com problemas desse porte. É fundamental, para ter-se uma ordem jurídica como consagradora do princípio de segurança jurídica que, primeiro se observe a separação de poderes entre legislador e juiz, e depois que a norma criada pelo primeiro somente seja aplicada pelo segundo aos fatos supervenientes à sua edição. É o que proclama a Suprema Corte Norte-Americana, quando insiste na necessidade de interditar “as *ex post facto laws*, para, assim, permitir [sempre] aos indivíduos terem um conhecimento prévio e estável das leis às quais devem se submeter e das penas às quais se expõem”³⁰.

Se bem que o legislador possa às vezes lançar mão de “conceitos indeterminados” ou de “cláusulas gerais”, o certo é que, para restringir, suprimir ou modificar direitos, liberdades ou garantias, e sempre que autorizar ação discricionária da Administração, “deverá, necessariamente, fazê-lo por meio de lei que compreenda um *minimum* de critérios objetivos, que possam servir de limites da liberdade de escolha da Administração [e da Justiça], de tal modo que os cidadãos possam contar com um quadro legal claro e seguro quanto à previsibilidade das opções da Administração e, ao mesmo tempo, que os tribunais possam ter elementos objetivos suficientes para emitir um julgamento sobre a legalidade das decisões administrativas”³¹.

O Estado de direito democrático, ao inserir em seus fundamentos o princípio de segurança jurídica, impõe sejam os atos normativos editados com *precisão* ou *determinabilidade*. Equivale dizer, segundo Canotilho, que há, de um lado, a exigência de “*clareza das normas legais*”, e, de outro, reclama-se “*densidade suficiente* na regulamentação legal”³², que nem sempre se revela compatível com o emprego de cláusulas gerais, se não se resguarda um mínimo de concretude. Para o constitucionalista, o ato legislativo “que não contém uma disciplina suficientemente concreta (= densa,

³⁰ SCOFFONI, Guy, *op. cit.*, p. 150.

³¹ ALMEIDA, Luís Nunes de, *op. cit.*, p. 254-255

³² CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 4.ed., p. 257.

determinada) não oferece uma *medida* jurídica capaz de: (1) alicerçar *posições* juridicamente protegidas dos cidadãos; (2) constituir uma *norma de actuação* para a administração; (3) possibilitar, como *norma de controlo*, a fiscalização da legalidade e a defesa dos direitos e interesses dos cidadãos”³³.

Em abordagem direta das normas vagas e cláusulas gerais, adverte Canotilho:

*“Como é de intuir, a natureza da lei - aberta ou indeterminada, precisa ou concreta - tem muito a ver com as relações de legiferação de aplicação da lei. A indeterminabilidade e abertura da lei poderá ser justificada pelo facto de o legislador se querer limitar a leis de direcção e deixar à administração amplos poderes de decisão. Isto já foi observado: a indeterminabilidade normativa significa, muitas vezes, delegação da competência de decisão. A determinabilidade ou indeterminabilidade é, pois, um problema de distribuição de tarefas entre o legislador e o aplicador ou executor das leis. O controlo destas “normas abertas” deve ser reforçado. Elas podem, por um lado, dar cobertura a uma inversão das competências constitucionais e legais; por outro lado, podem tornar claudicante a previsibilidade normativa em relação ao cidadão e ao juiz. De facto, as cláusulas gerais podem encobrir uma “menor valia” democrática, cabendo, pelo menos, ao legislador, uma reserva global dos aspectos essenciais da matéria a regular. A exigência da determinabilidade das leis ganha particular acuidade no domínio das leis restritivas ou de leis autorizadas de restrição”.*³⁴

5. EXIGÊNCIAS DE QUALIDADE E PREVISIBILIDADE PARA A OBRA DO LEGISLATIVO

O princípio de segurança jurídica, que na verdade, é o resumo de um complexo de outros princípios constitucionais, é desdo-

³³ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição* cit., p. 257.

³⁴ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição* cit., p. 257.

brado por Bertrand Mathieu em dois grandes grupos de exigências, que vão desde a forma até a substância das normas editadas pelo legislador democrático.

Assim, a exigência de *qualidade* forma um dos grupos e a exigência de *previsibilidade* configura o outro grupo. Em nome da exigência de qualidade da lei atuam o “princípio da clareza”, o “princípio da acessibilidade”, o “princípio da eficácia” e o “princípio da efetividade”. No tocante à exigência de previsibilidade da lei, arrolam-se o “princípio da não-retroatividade”, o “princípio da proteção dos direitos adquiridos”, o “princípio da confiança legítima” e o “princípio da estabilidade das relações contratuais”.

Diante de tal quadro principiológico, Bertrand Mathieu sintetiza o primeiro grupo de exigências ditadas pela segurança jurídica como revelador, da *“qualidade da lei”* que se torna “uma exigência constitucional” determinada pela necessidade de o juiz exercer “controle sobre os elementos formais do texto normativo que lhe é submetido”. De outro lado, a segurança jurídica implica uma *“certa previsibilidade da legislação”*.

Isto porque a segurança jurídica não é outra coisa senão a possibilidade reconhecida pelo operador econômico, fiscal, e por todos os jurisdicionados, de um meio jurídico seguro, posto ao abrigo das áleas e reviravoltas eventualmente ocorridas nas regras do ordenamento jurídico³⁵. Em outros termos, o legislador deve estabelecer e manter regras segundo as quais o particular, ao praticar atos jurídicos, possa se comportar com previsão de seus efeitos e com confiança naquilo que o ordenamento lhe proporcionou³⁶.

Em relação à qualidade da lei (em seu aspecto formal), cujo ponto de partida é a *clareza* de seu texto, a jurisprudência constitucional francesa a relaciona com a necessidade de posturas

³⁵ MATHIEU, Bertrand, *op. cit.*, p. 117.

³⁶ “O primeiro elemento que a simples existência do direito comporta para a segurança é, por conseguinte, a *certeza*: os membros da sociedade sabem o que os espera, podendo prever os efeitos das suas condutas e das condutas de terceiros, sabendo antecipadamente com aquilo que podem contar na planificação da sua actuação pessoal, profissional e social” (OTERO, Paulo. *Lições de introdução ao Estado do Direito*. Lisboa: Pedro Ferreira Artes Gráficas, 1998, v. I, t. I, p. 188).

normativas caracterizadas pela sinceridade e lealdade. Para que os particulares possam se organizar e atuar com segurança jurídica é necessário, no Estado de Direito, que as leis sejam redigidas de maneira suficientemente “clara e precisa”³⁷. Lembra Mathieu que a França já foi condenada pela Corte Européia dos Direitos do Homem, em julgamento de 24 de abril de 1990, por ter editado leis imprecisas sobre escutas telefônicas, que, por isso, não respeitavam a segurança jurídica, no pertinente à acessibilidade e previsibilidade do direito³⁸.

O Conselho Constitucional da França, por seu turno, também já consagrou em diversos casos o princípio da clareza e precisão da lei como “exigência imposta pelo princípio de segurança jurídica”³⁹.

Em Portugal, o Tribunal Constitucional considerou, em diversas ocasiões, ofensivas às garantias constitucionais do Estado de direito democrático leis que não satisfaziam, em determinadas matérias, o grau de exigência de determinabilidade e precisão do direito; o mesmo ocorrendo com leis que adotavam cláusulas gerais ou conceitos indeterminados, sem respeitar um mínimo de critérios objetivos para delimitar a discricionariedade do aplicador da norma⁴⁰. Em doutrina, Canotilho registra, a propósito, que o respeito aos postulados da segurança jurídica, na realidade não é exigível apenas do legislador. Também de todos os demais detentores do poder - Executivo e Judiciário - os ditames da segurança e da proteção da confiança são exigíveis. O mesmo faz Willy Zimmer, em relação ao direito alemão, quando observa que “os atos das autoridades judiciais e, mais particularmente as decisões de justiça, devem também revestir-se de um caráter seguro e mais genericamente ser submetidas ao respeito do princípio de segurança jurídica”⁴¹. E Nunes de Almeida acrescenta, voltando ao direito lusitano, que são eles

³⁷ MATHIEU, Bertrand, *op. cit.*, p. 164.

³⁸ CEDH, A nº 176-A e 176-B, *apud* MATHIEU, Bertrand, *op. cit.*, p. 165.

³⁹ Decisões 98-401-DC e 98-407-DC, de 1998, *apud* MATHIEU, Bertrand, *op. cit.*, p. 170.

⁴⁰ ALMEIDA, Luís Nunes de, *op. cit.*, p. 255

⁴¹ ZIMMER, Willy, *op. cit.*, p. 100.

exigíveis por parte de qualquer pessoa, física ou moral, privada ou pública⁴².

Para Willy Zimmer, “a confiança é considerada como conceito de base da democracia. Constitui o fundamento moral da democracia representativa (que começa com o mandato dos eleitores aos eleitos) e se propaga como fundamento de todas as relações travadas pelos cidadãos e os poderes públicos”⁴³.

No domínio do princípio da segurança jurídica, Zimmer insere a exigência de clareza do direito, porque sem ela o destinatário da lei não tem como conhecer razoavelmente o comando normativo, o que compromete a perspectiva de previsibilidade e certeza de seu respeito e pode até chegar ao plano da invalidade jurídica⁴⁴.

No Brasil, a Constituição preocupou-se com a técnica legislativa e, para afastar o risco de leis ofensivas aos princípios da segurança jurídica e da confiança, determinou a edição de lei complementar para regulamentar “a elaboração, redação, alteração e consolidação das leis” (CF, art. 59, parágrafo único). A Lei Complementar que cumpriu o preceito constitucional é a de nº 95, de 26.02.1998. Dentre suas diversas normas, figura a imposição de observância de princípios importantes, para assegurar a certeza, confiança e previsibilidade, como a exigência da limitação de cada lei ao tratamento de um único objeto e a vedação de inclusão de matérias estranhas a seu objeto, assim como a interdição do disciplinamento do mesmo assunto em mais de uma lei (art. 7º); cuidou, ainda, de exigir, como regra a explicitação do prazo de vigência da nova lei, fixado de maneira a contemplar sempre “prazo razoável para que dela se tenha amplo conhecimento”, reservada a

⁴² ALMEIDA, Luís Nunes de, *op. cit.*, p. 255. Embora envolvidos ambos pelo princípio geral da segurança jurídica, Canotilho procura delimitar o terreno próprio da segurança jurídica, da seguinte maneira: “Em geral, considera-se que a *segurança jurídica* liga-se a elementos objetivos da ordem jurídica - garantia de estabilidade jurídica, segurança de orientação e de realização do direito - enquanto a *proteção da confiança* se reporta mais aos aspectos subjetivos da segurança, nomeadamente a calculabilidade e a previsibilidade dos indivíduos relativamente aos efeitos jurídicos dos atos dos poderes públicos” (*apud* ALMEIDA, Luís Nunes de, *op. cit.*, p. 254, nota nº 29). Também Willy Zimmer, embora reconheça que os dois princípios podem ser eventualmente complementares, faz, como Canotilho, uma distinção entre eles, situando o princípio da segurança mais no plano do legislador, e o da confiança, mais no plano da administração (*op. cit.*, p. 97).

⁴³ ZIMMER, Willy, *op. cit.*, p. 96-97.

⁴⁴ ZIMMER, Willy, *op. cit.*, p. 99.

vigência a partir da publicação apenas “para as leis de pequena repercussão (art. 8º); finalmente, determinou-se a abolição da cláusula “revogadas as disposições em contrário”, devendo a cláusula de revogação “enumerar, expressamente, as leis ou disposições legais revogadas” (art.9º). Quanto ao texto das disposições legais, a Lei Complementar nº 95, determina sejam elas “redigidas com clareza, precisão e ordem lógica” (art. 11, *caput*). Traçaram-se, ainda, minuciosos dispositivos, para recomendar providências redacionais voltadas para a “obtenção de clareza” (inc. I), “de precisão” (inc. II) e “de ordem lógica” (inc. III).

O legislador brasileiro, portanto, está ciente das exigências necessárias para dotar o País de leis elaboradas com observância de requisitos técnicos e jurídicos capazes de compatibilizar o direito positivo nacional com o princípio constitucional democrático de segurança jurídica⁴⁵.

A exigência de submissão do legislador à clareza e precisão da lei pressupõe, entre outras cautelas, que a norma “não utilize cláusulas gerais *vagas* ou noções jurídicas *imprecisas*”, ainda na lição de Zimmer. Isto, como já se anotou, não impede que cláusulas gerais sejam utilizadas para introduzir na lei valores éticos. O que não se admite é o recurso a cláusulas excessivamente vagas que não dêem ensejo a interpretações seguras. É preciso que mesmo na

⁴⁵No entanto, pela Medida Provisória 2.180/2001 o prazo de embargos à execução, previsto no art. 730 do CPC, foi confusamente alterado por introdução de artigo novo na Lei nº 9.494, cujo objeto era a disciplina das antecipações de tutela contra a Fazenda Pública. Como a Medida Provisória cogitava de matéria ligada à previdência social entendeu-se, num esforço interpretativo, que o CPC não tinha sido alterado e o prazo ampliado deveria ficar restrito ao processo de interesse dos entes da previdência social. Mais tarde entendeu-se que a Medida Provisória teria sido revogada tacitamente e em nova manobra interpretativa a regra puramente processual foi consolidada no bojo da Lei nº 8.213, que dispõe sobre planos de benefícios da previdência social, e que foi republicada, para consolidação, no DOU de 14.08.98. É bom lembrar que a mesma Medida Provisória não só cuidou de alterar o prazo dos embargos de devedor, previsto no CPC e na CLT, como também alterou a Lei da Ação Civil Pública para alterar dispositivos pertinentes à competência e à coisa julgada das ações coletivas. Eis aí um exemplo de como se legisla desastrosamente, desrespeitando os mais elementares princípios traçados pela Lei Complementar nº 95.

Mais recentemente, a Lei nº 10.931, de 02.08.2004, editada, portanto, vários anos após a LC nº 95, tratou, na mais completa promiscuidade, de assuntos de natureza inteiramente diversa como “patrimônio de afetação” em incorporações imobiliárias (arts. 1º a 11), “letra de crédito imobiliário (art. 12 a 17), “cédula de crédito imobiliário” (arts. 18 a 25), “cédula de crédito bancário” (arts. 26 a 45), “contratos de financiamento de imóveis” (art. 46 a 52); e para completar a miscelânea, nas “disposições finais” foram introduzidas alterações na Lei de Incorporações (Lei 4.591, de 16.12.64); na Lei do Mercado de Capitais (Lei nº 4.728, de 1995, no tocante às operações de alienação fiduciariamente); na Lei nº 9.514, de 20.11.97 (sistema de financiamento imobiliário); até o Código Civil foi alterado, assim como a Lei de Registros Públicos, a Lei de FGTS e a Lei do Inquilinato. Como se vê, está muito longe o legislador brasileiro de submeter-se às normas técnicas da Lei Complementar nº 95.

generalidade, a cláusula seja “explícita, sem ambigüidades, coerentes e que seu conteúdo verdadeiro possa ser conhecido por um trabalho de interpretação razoável”⁴⁶.

6. RELATIVIDADE DO PRINCÍPIO DE SEGURANÇA JURÍDICA

Nenhum princípio no campo do direito, nem mesmo nos domínios constitucionais, pode ser visto e aplicado como absoluto. A segurança jurídica, ainda que mereça a qualificação de elemento natural e necessário do Estado de direito democrático, não escapa à relatividade inerente à sistemática dos princípios de direito. É que os princípios, na sua essência não traduzem preceitos mas, sim, valores, os quais, por natureza, são elásticos, sem contornos e limites precisos, e exercem muito mais sua função no terreno da hermenêutica do que no campo das normas, estas, sim, encarregadas de traçar regras claras e precisas sobre o comportamento dos sujeitos de direito.

Dada a plasticidade dos princípios, dentro de qualquer ramo do direito, inevitáveis são os confrontos, as colisões e as superposições entre eles. Daí a formulação de novos princípios ou critérios especialmente concebidos para administrar e solucionar a convivência entre os diversos valores axiológicos, nas crises oriundas de concorrência entre eles. É a partir das idéias de proporcionalidade e razoabilidade que se logra a harmonização entre os princípios quando se colocam em linha de colisão. Não se trata simplesmente de desprezar um princípio e dar total supremacia ao outro. O que o intérprete deve procurar é o equilíbrio entre eles, demarcando, diante das circunstâncias do caso, até que ponto deve ir a força de cada um dos princípios cotejados. Na maioria das situações será possível aplicar, por parte ou etapas, ambos os princípios concorrentes, tornando mais aparente que real o conflito. Em outras, a natureza dos interesses a tutelar está, na realidade, sob o domínio específico de apenas um dos princípios, de maneira que o outro, que se pretendeu também aplicar, deveria ser afastado de cogitação.

⁴⁶ ZIMMER, Willy, *op. cit.*, p. 99.

O legislador quando insere novas regras, alterando o ordenamento jurídico, nesse quadro de respeito aos princípios deverá estar jungido às implicações da segurança jurídica, mas terá de atentar para os anseios das necessidades sociais, que reclamam revisão e aperfeiçoamento de certas instituições de direito. Os interesses individuais até então tutelados são relevantes mas não podem permanecer estáticos e intocáveis. Valores constitucionais superiores podem estar em jogo, justificando, pela sua transcendência, alterações normativas aparentemente enfraquecedoras da garantia de segurança jurídica.

Há, sem dúvida, fatores e situações que, conjuntamente, comprometem a força protegida pela segurança jurídica e recomendam a prevalência de outro princípio, também, de estatura constitucional. É certo, pois, que o princípio de segurança jurídica não se apresenta como um princípio de *valor absoluto*. Ao contrário, “uma de suas características é ser modulável em função de outros imperativos, de outros componentes da noção de Estado de direito”, cabendo ao legislador (sobre controle da Corte Constitucional) “operar essa conciliação entre os diferentes imperativos e a segurança jurídica”⁴⁷.

Por exemplo, na ordem normativa o valor máximo é o da regra constitucional, que, uma vez violada acarreta imediatamente a invalidade da norma infraconstitucional ofensiva à supremacia da Lei Maior⁴⁸. No entanto, a lei prevê situações em que a segurança jurídica, em setores sensíveis a relevantes valores de ordem pública ou excepcional interesse social, recomenda tenha a decretação de inconstitucionalidade efeito apenas para o futuro (*ex nunc*), preservando, assim, os efeitos da regra inválida anteriormente produzidos⁴⁹. Assim, a segurança jurídica, de alguma forma, pode suplantar até mesmo o princípio da constitucionalidade.

⁴⁷ ZIMMER, Willy, *op. cit.*, p. 95.

⁴⁸ “A Constituição é a lei fundamental do Estado. Nela repousam os fundamentos da ordem normativa instaurada pela comunidade estatal. A normatividade subordinante que dela emerge atua como pressuposto de validade e de eficácia de todas as decisões emanadas do Poder Público” (Min. Celso de Mello. Discurso de posse na Presidência do STF, em 22.05.97. Revista da ESMape, v. 9, nº 20, p. 375).

⁴⁹ Lei 9.868, de 10.11.1999, art. 27: “Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir

São clássicos e corriqueiros, por outro lado, exemplos em que a garantia constitucional de segurança jurídica traduzida na coisa julgada pode ser superada pelo princípio de justiça. É o que se passa nos diversos casos em que a sentença transitada em julgado se submete à ação rescisória. Segurança jurídica e justiça (eqüidade) são, aliás, os dois elementos principais da idéia de direito, segundo ressalta Radbruch. Ambos são essenciais aos fundamentos do Estado de Direito. A ordem jurídica constantemente procura harmonizá-los. Exigências de casos concretos, no entanto, podem contrapor ditos princípios a fundamentos de maneira a gerar um antagonismo. “Um conflito entre as duas exigências é às vezes inevitável” e, então, “a prioridade dada à segurança pode eventualmente contrariar uma solução de justiça. A justiça é impossível sem a segurança jurídica, mas, este imperativo pode ser também uma ameaça para a justiça material”⁵⁰.

O legislador é aquele a quem compete orientar os sujeitos de direito para descobrir qual o princípio a prevalecer nas situações conflituosas, se o de segurança se o de justiça. Se não o fizer arbitrariamente, sua solução normativa, necessária evidentemente, não será criticado ou censurado do ponto de vista constitucional.

Deverá, contudo, existir na ordem dos interesses constitucionalmente protegidos, um valor que justifique a quebra da segurança jurídica. Sem que se depare com esse tipo de razão, enraizada nos valores constitucionais, a lei nova desestabilizadora das situações protegidas pelo princípio de segurança jurídica, assume o caráter,

de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado”. Nesse sentido, decidiu o STF: “Inconstitucionalidade, incidenter tantum, da norma municipal. Efeitos para o futuro. Situação excepcional. (...) Efeitos. Princípio da segurança jurídica. Situação excepcional em que a declaração de nulidade, com seus normais efeitos *ex tunc*, resultaria grave ameaça a todo o sistema legislativo vigente. Prevalência do interesse público para assegurar, em caráter de exceção, efeitos pro futuro à declaração incidental de inconstitucionalidade. Recurso extraordinário conhecido e em parte provido” (RE 197.917/SP, Pleno, Rel. Min. Maurício Corrêa, ac. 06.06.2002, DJU 07.05.2004, p. 8). Também o TJRJ assentou que “a natureza dos efeitos da decisão judicial que declara a inconstitucionalidade de uma lei – *ex tunc* ou *ex nunc* – não emerge de princípio ou de preceito sediado na Constituição, configurando, isto sim, uma questão de política judicial a ser feita em cada caso concreto, segundo os reclamos de justiça e razoabilidade em cada espécie litigiosa. Destarte, pode o Tribunal dar efeito *ex nunc* à declaração de inconstitucionalidade em homenagem à boa-fé dos destinatários da norma, decorrente do princípio da presunção de constitucionalidade das leis” (TJRJ, Órgão Especial, Emb. Decl. na Repr por Inconstitucionalidade n.º 51/99, Rel. Des. Sérgio Cavalieri Filho, ac. 02.10.2000, Revista Forense, 366/248).

⁵⁰ ZIMMER, Willy, *op. cit.*, p. 95.

para seus destinatários, de onerosidade excessiva, inadmissível ou intolerável, porque injustificável e arbitrariamente terá ofendido situações constitucionalmente tuteladas e que apenas sob regência de um critério de proporcionalidade deveriam se submeter ao outro princípio que não o da segurança jurídica⁵¹.

Não é - repita-se - por arbitrária opção legislativa que se pode invadir e quebrar a segurança jurídica. A proteção da segurança jurídica só se esvai quando se depara com a necessidade de proteção de outros princípios classificados como supremos na estrutura do Estado de direito democrático. "Posto que fundamental para a existência efetiva de um Estado de direito, a segurança não tem proporções para prevalecer sobre os elementos que lhe caracterizam a estrutura e a essência"⁵². É que dentro da ordem de valores constitucionais existem, naturalmente, aqueles que, em certas situações, não de preferir à segurança jurídica.

De qualquer maneira, não se pode legislar de maneira arbitrária e irresponsável, fazendo *tabula rasa* da garantia constitucional de segurança, já que, na ausência de justificativa extraída da própria ordem constitucional, não se admite a atividade legislativa ofensiva ao importante princípio *sub examine*.

7. ÉTICA, JUSTIÇA E SEGURANÇA NA ORDEM JURÍDICA

O homem não sobrevive sem a sociedade e esta não cumpre sua função sem o Direito. É que a vida em sociedade se trava por meio de relações entre sujeitos livres, inteligentes e que são iguais em substância e dignidade. Nesse ambiente são inevitáveis os conflitos de interesse já que os bens necessários (materiais ou imateriais) à vida de cada um são freqüentemente os mesmos. É para evitar ou remediar tais conflitos que o Direito traça as regras de acesso aos bens da vida, dentro da comunhão social. A missão que lhe toca é fundamentalmente a de evitar os atritos e implantar a harmonia entre os membros da comunidade civilizada. Numa palavra, seu objetivo é a paz.

⁵¹ O critério de escolha legislativa aplica-se em favor de princípios que cuidam de "direitos ou interesses constitucionalmente protegidos" e que "devem ser tidos como prevalentes segundo um critério de proporcionalidade" (ALMEIDA, Luís Nunes de., *op. cit.*, p. 258).

⁵² PIZZORUSSO, Alessandro; PASSAGLIA, Paolo, *op. cit.*, p. 225.

Para organização de seu programa pacificador, o Direito maneja com dois valores primaciais: a Justiça e a Segurança. O primeiro deles corresponde a anseio de ordem ética, cujo conteúdo é variável e indefinível, tendendo, quando levado a sua pureza extrema, a um caráter absoluto inatingível pelas limitações do conhecimento possível do homem, dentro do plano da racionalidade. O segundo é a meta prática, concreta, que o Direito pode e deve realizar, e que a inteligência humana pode perfeitamente captar, compreender e explicar. É com o seu concurso que a paz procurada pela sociedade consegue ser estabelecida.

Sem a paz não se pode pensar na justiça, mesmo porque sendo absoluta e inacessível em sua totalidade, e ensejando aos indivíduos e grupos captação e entendimento por ângulos e modos distintos, a justiça, quando levada ao absoluto, tem o dom de fomentar disputas e atritos sem fim. Em suma: enquanto a segurança conduz à paz, a justiça induz à guerra⁵³. Como o valor absoluto da Justiça está fora do alcance da obra normativa do homem, o Direito se contenta em implantar a ordem, a segurança, dentro de um norte inspirado em certos padrões extraídos de alguns valores éticos que o anseio de justiça da sociedade consegue ressaltar. O mundo do Direito, portanto, não é o da Justiça (em seu feito absoluto). É o da segurança. Sem justiça alguma o Direito - é verdade - encontrará dificuldades para manter seu projeto de pacificação social. Sem segurança, porém, o Direito simplesmente não existe.

Dáí porque o legislador, quando descamba para o plano em que os valores éticos ocupam o lugar dos preceitos certos, claros, impositivos que devem ser as normas jurídicas autênticas, realiza na verdade a destruição da ordem jurídica. Em lugar da paz e harmonia que a segurança jurídica pode proporcionar, estabelece as dúvidas e divergências próprias da natureza incerta e imprecisa da justiça; em vez de ordem passa a vigor o caos; e o Estado que abre mão da segurança em sua organização não pode, por conseguinte,

⁵³ Não foi senão em nome de certas concepções de justiça que atrocidades inomináveis mancharam a história da civilização, como os massacres promovidos pelas cruzadas, pela inquisição, pelo comunismo e pelo nazi-fascismo. E outra não é a justificativa invocada pelo terrorismo que amedronta o mundo atual, fazendo-o cativo de um estado de guerra que não deixa em paz recanto algum do planeta.

ser qualificado como um Estado de Direito. Será, isto sim, um Estado caótico, desorganizado, um Estado de *não-direito*, um Estado que perde a confiança de seus cidadãos.

É natural que o homem, sendo dotado não só de razão, mas também de sentimento, cultive valores éticos, apurados ao longo da vida social civilizada, e queira que o ordenamento jurídico não seja hostil a tais valores. O que não pode é recorrer a valores imprecisos e inalcançáveis em sua essência absoluta pela razão, para destruir aquilo de concreto e efetivo que o direito pode e deve construir: a segurança jurídica. A justiça pode e deve estar, de alguma forma, presente na ordem jurídica. O que não se admite é que sirva de instrumento para negá-la, recusando-lhe a força pacificadora de que não pode prescindir para cumprir sua função no Estado de direito democrático.

Calha bem ao momento atual do direito brasileiro a sábia advertência de Ortega y Gasset sobre o abuso da superposição do ético ao jurídico:

*“De tanto falar de justiça se aniquilou o jus, o Direito, porque não se respeitou sua essência, que é a inexorabilidade [impositividade] e a invariabilidade [certeza]. O reformismo do Direito, ao fazê-lo instável, mudadiço, o estrangulou”.*⁵⁴

Urge, pois, evitar a consumação da morte do Direito, restaurando e conservando sua essência: a segurança jurídica.

8. CRÍTICA À ONDA REFORMISTA POR QUE PASSA O PAÍS

É indubitável que o ordenamento jurídico não pode ser estático e que deve evoluir acompanhando o desenvolvimento social, cultural e econômico da nação. Os instrumentos jurídicos devem se compatibilizar com as necessidades organizacionais da sociedade que aspira a melhorar e progredir em todos os segmentos da vida comunitária.

Múltiplos são os valores que se põem em jogo nessa marcha evolutiva da sociedade contemporânea e todos eles dependem de

⁵⁴ *Apud* NOJIRI, Sérgio. “Crítica à teoria da relativização da coisa julgada”. *Revista de Processo*, v. 123, p. 123.

uma boa base de sustentação jurídica, pois é ao direito que toca a tarefa de estruturar e viabilizar a convivência social.

Por mais que se proclame que certos valores são supremos e invioláveis, sua efetiva implantação na vida em sociedade somente se tornará realidade se as estruturas jurídicas contarem com um sistema normativo confiável e sobretudo seguro. É inadmissível uma sociedade que se diz fundada na liberdade e na legalidade, e que pretenda tutelar a dignidade da pessoa humana, relegar a plano secundário a segurança das relações jurídicas travadas em seu seio.

Quem diz direito, acima de tudo diz paz, paz no relacionamento daqueles que compõem o tecido social do Estado de direito. Não é para outro fim que o direito organiza o Estado Democrático. Como, portanto, imaginar a vida em paz e harmonia se não se preocupar com a segurança nas relações implantadas sob a égide do direito?

Todos os povos culturalmente evoluídos de nossa civilização vêm na segurança jurídica um elemento essencial (e, por isso, indispensável) do Estado de direito democrático, cuja presença na configuração dessa modalidade de Estado nem mesmo depende de literal previsão na constituição de cada país. Trata-se de elemento que deflui naturalmente da idéia de Estado de direito, nos padrões concebidos pela democracia.

Falha, portanto, o legislador quando, empolgado por alguns valores relevantes e positivos, neles se concentra, e realiza obra renovadora de importantes capítulos do ordenamento jurídico, ignorando, porém, a necessidade de preservar, nas estruturas normativas renovadas, a segurança jurídica.

Todo o ordenamento jurídico brasileiro, nas últimas décadas, tem sido perpassado por uma onda intensa de revisão e atualização, tanto no terreno do direito público como do direito privado. Em nome do princípio da socialidade e da justiça, porém, nem sempre se tem destinado ao princípio de segurança jurídica a atenção que ele reclama. De forma alguma temos a intenção de refrear o movimento reformista, de interesse, utilidade e necessidades evidentes. Nosso propósito, nas presentes notas, cinge-se a fazer um alerta para a imperiosidade de imprimir ao movimento reformador uma direção

que não se distancie dos padrões reclamados pela segurança jurídica. Todos os valores positivos que a Constituição ressalta devem se traduzir em regras legisladas que os tornem reais e presentes na vida quotidiana normatizada pelo direito. Isto, porém, só será útil e correto, do ponto de vista constitucional, se a implantação legislativa se der dentro dos padrões da *proporcionalidade* a ser mantida na conjugação de todos os princípios e valores fundamentais. Toda exaltação excessiva e desproporcional de um valor isolado dos demais corre o risco de desequilibrar o sistema e de comprometer aquele valor que preside a coordenação de todos, qual seja, a segurança jurídica. E sem segurança não há liberdade, não há igualdade, não há legalidade, não se pode cogitar da solidariedade social, nem se pode assegurar o respeito à dignidade humana.

Na realidade, grandes reformas legislativas têm sido promovidas sob aplauso geral da comunidade jurídica brasileira e, de nossa parte, não deixamos de aderir a essas loas. Nossas restrições voltam-se contra o descaso, em alguns episódios, manifestado em face dos reflexos que a nova regulamentação legal possa produzir sobre a segurança jurídica.

Podemos ilustrar nossas preocupações com uns poucos exemplos apenas extraídos de algumas das grandes leis que recentemente afetaram as principais codificações, no direito público e no privado. Começamos pela Carta Magna: é crônico o desprezo (que chega às raias da má-fé política) devotado à segurança dos credores do Estado, no tocante ao regime dos precatórios. Enfrentando as mazelas do sistema, a Emenda Constitucional nº 30 concedeu até 10 anos ao Poder Público para resgatar parceladamente os débitos pendentes. Para melhorar a segurança dos credores, concedeu-se poder liberatório para efeito de pagamento de tributos às prestações que não fossem resgatadas no vencimento. Ora, se esse expediente de liquidez pôde ser adotado no acerto das prestações antigas, por que não foi adotado para todos os precatórios? A reforma que podia dar moralidade à execução contra a Fazenda Pública acabou como simples remendo. Os créditos de particulares contra o Estado continuaram, de tal sorte, desamparados pela ordem jurídica. Nada lhes assegura efetividade, situação que desmoraliza o País, porque não se

conhece outra legislação que desampare tanto assim o credor da Fazenda Pública.

Outro exemplo flagrante de desrespeito à segurança jurídica se vê no Código de Defesa do Consumidor, editado em 1990. Nele se estabeleceu, contra a estabilidade do contrato, a possibilidade de revisão judicial de suas cláusulas “em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas” (art. 6º, V), assim como a nulidade daquelas que se mostrem “exageradamente desvantajosas” para o consumidor (art. 51, nº IV). Normas como essas não preservam a certeza da relação contratual, porque editadas sem a clareza necessária e sem a delimitação adequada das condições fáticas necessárias para afastar a força obrigatória do contrato, sem a qual o mundo dos negócios não encontra segurança para suas operações.

No direito europeu, quando se cuida de permitir revisão de contratos de consumo, em defesa de interesses do consumidor, o tema das cláusulas abusivas é delimitado: a avaliação das cláusulas para qualificação de abusivas não alcança a determinação do objeto do contrato, nem a adequação do preço dos bens e serviços, desde que tais elementos estejam individuados de modo claro e compreensível (Código Civil italiano, art. 1.469-ter - 1º parágrafo); nem podem ser acusadas de abusivas cláusulas que reproduzem disposições de lei ou dispositivos e princípios contidos em tratados ou convenções internacionais, de que sejam partes os membros da União Européia, ou a própria União Européia (Cód. Civil, italiano, art. 1.469 - ter - 2º parágrafo). Estas disposições introduzidas no Código Civil da Itália em 1996, correspondem à Diretiva nº 93/13/CEE, aplicável a todos os países da Comunidade Européia. Fácil é concluir que a norma vaga ou cláusula geral que trata da revisão dos contratos de consumo não é, na Europa, tão vaga como se poderia pensar. Há limites além dos quais o intérprete do contrato e o aplicador da lei não podem ir, sob pena de desnaturar o negócio jurídico e violar a autonomia negocial, comprometendo a segurança jurídica das relações de mercado.

No campo do direito civil, o novo Código de 2002, em nome da eticidade e da socialidade veio repleto de normas editadas de forma vaga ou como cláusulas gerais. Até aí não se pode dizer que

tenha cometido infração à segurança jurídica. Mas, quando, *v.g.*, manda restringir a liberdade de contratar aos limites da função social (art. 421), sem qualquer cuidado de relacionar tal função a parâmetros determinados e verificáveis nos casos concretos, indubitavelmente implanta na ordem jurídica obrigacional fator de grande insegurança. O mesmo se passa, no terreno do direito de propriedade, quando cria uma desapropriação judicial, no art. 1.228, § 4º, totalmente fora dos padrões de tutela constitucional traçada para a utilização dos bens particulares pelo poder público em nome da utilidade pública ou do interesse social (CF, arts. 5º, XXIV e 184-186). O dispositivo nem mesmo define quem pagará o preço do imóvel expropriado pelo juiz e quando e como tal pagamento se dará. A insegurança é total, portanto, e justamente para um direito que figura entre aqueles que integram o rol dos direitos fundamentais (CF, art. 5º, XXII).

Na área do direito tributário, a Lei Complementar nº 118, de 09.02.2005, nos dá um nítido exemplo de abuso normativo, criando, ao falso pretexto de editar lei interpretativa, um intolerável efeito retroativo, com o evidente propósito de alterar o sentido da regra do art. 168, I, do CTN (Lei nº 5.172, de 25.10.66), sentido este já fixado há dezenas de anos pela exegese jurisprudencial e doutrinária. Criando, portanto, verdadeira norma nova, ao alterar uma exegese largamente consolidada, o legislador não editou lei interpretativa. Criou, isto sim, direito novo e, sob o rótulo de interpretação *autêntica*, simplesmente legislou para o passado. Ofendeu, com isso, o mais comezinho valor contido no princípio de segurança, qual seja a vedação das leis retroativas⁵⁵

Em matéria de direito processual civil, o clamor social maior é contra a morosidade da prestação jurisdicional, e para contornar essa mazela sucessivas alterações têm sido introduzidas no Código

⁵⁵ Lembra Misabel Derzi que "o Estado de Direito encontra na irretroatividade os necessários suportes de segurança, previsibilidade e confiança. O que a Constituição garante, por meio da irretroatividade, é a perenidade do direito expresso em lei e, em certo momento, revelado no ato administrativo ou judicial (...). O princípio da irretroatividade, portanto, limita os efeitos dos atos emanados dos Poderes Legislativo, Judiciário e Executivo (ver BALEIRO, Aliomar. *Limitações Constitucionais ao Poder de Tributar*. 7.ed. Atualizada por Misabel Abreu Machado Derzi. Rio de Janeiro: Forense, 1997. Capítulo relativo à irretroatividade)" (Nota de atualização, na citada obra de BALEIRO, Aliomar, 11. ed., p. 669).

de 1973, todas justificadas com argumentos relacionados à efetividade e à celeridade do processo. Reconhecidamente a causa maior da demora processual decorre, quase sempre, de um sistema de recursos obsoleto e propício a manobras protelatórias dos litigantes de má-fé. Nada obstante, as reformas do CPC não conseguem abolir recursos (nem mesmo quando se trate de figuras estranhas e injustificáveis como os embargos infringentes e a remessa *ex officio*) e, ao contrário, criam cada vez mais recursos internos nos tribunais. Por outro lado, medidas que sabidamente poderiam contribuir para expurgar atos e provas desnecessários, como a audiência preliminar (art. 331, § 3º do CPC) são reformadas para pior, porque de expediente obrigatório acabou por se transformar em mera faculdade dos juízes, graças à infeliz alteração provocada pela Lei n.º 10.444, de 07.05.2002.

Outras inovações, como as ocorridas na legislação falimentar (Lei n.º 11.101, de 09.02.2005), foram feitas de maneira incompleta: a lei nova, *v.g.*, limita sua aplicação ao devedor empresário, deixando de fora o devedor civil comum, quando o próprio Código Civil atual procedeu à unificação do direito privado obrigacional. Além disso, o principal objetivo da nova lei concursal - a recuperação das empresas em crise - restou disciplinado de maneira incompleta: faltaram mecanismos para sujeitar o credor tributário, de modo satisfatório, aos propósitos de recuperação de empresas; e faltaram previsões de aparelhamento judicial e administrativo, especializado e necessário, para encaminhar e viabilizar, do ponto de vista técnico (econômico, contábil, mercadológico etc.), o novo e complexo processo de recuperação.

A própria Reforma do Poder Judiciário (EC n.º 45), pela qual se debateu e se aguardou por mais de dez anos, acabou por decepcionar a todos. Não passou, na maioria de seus dispositivos, do campo abstrato das normas de competência. Na pura realidade, não está no âmbito das normas jurídicas a causa maior da demora na prestação jurisdicional, mas na má-qualidade dos serviços forenses. Nenhum processo duraria tanto como ocorre na justiça brasileira se os atos e prazos previstos nas leis processuais fossem cumpridos fielmente. A demora crônica decorre justamente do descumprimento

do procedimento legal. São os atos desnecessariamente praticados e as etapas mortas que provocam a perenização da vida dos processos nos órgãos judiciários. De que adianta reformar as leis, se é pela inobservância delas que o retardamento dos feitos se dá?

A verdadeira reforma do Poder Judiciário começará a acontecer quando os responsáveis por seu funcionamento se derem conta da necessidade de modernizar e reorganizar seus serviços. O que lhes falta, e por isso os torna caóticos, é a adoção de métodos modernos de administração, capazes de racionalizar o fluxo dos papéis, de implantar técnicas de controle de qualidade, de planejamento e desenvolvimento dos serviços, bem como de preparo e aperfeiçoamento do pessoal em todos os níveis do Judiciário.

Essa reforma não depende de esforço legislativo e só se viabilizará quando confiada a técnicos fora da área jurídica, ou seja, a técnicos de administração. Daí o fracasso de todos os exercícios até hoje realizados no plano puramente jurídico e normativo.

9. CONCLUSÕES

A marcha de reforma e aprimoramento do ordenamento jurídico é necessária e jamais encontrará termo. Há de acompanhar o homem na sua permanente busca de aperfeiçoamento no convívio social civilizado.

Nenhuma lei, nenhum Código pode aspirar a uma definitividade que exclua revisões, acréscimos, modificações e substituições. Integrando todas as normas jurídicas o sistema constitucional democrático, a tarefa renovadora do legislador terá de se inspirar não apenas no propósito de inserir cada vez mais valores éticos no direito positivo, pois, qualquer que seja o projeto de aprimoramento normativo terá sempre de ser levado avante sem atritar com os grandes e fundamentais princípios formadores do alicerce da ordem constitucional. E se o Estado, em que as reformas estão ocorrendo, é como o Brasil, um Estado de direito democrático, nunca poderá o legislador reformista descuidar-se da observância das exigências da segurança jurídica, em seus vários e complexos aspectos (clareza da lei, previsibilidade de seus efeitos, confiabilidade dos destinatários nos agentes e aplicadores do direito, preservação da

eficácia das relações já estabelecidas, compatibilização das regras novas com o sistema geral de organização normativa etc.). Progresso, sim, mas sem comprometer a *segurança jurídica*, que a Constituição consagra como fundamento do Estado de direito e como garantia fundamental dos indivíduos que vivem em seu seio e sob sua proteção.

É preciso não esquecer, que embora não seja absoluto - e nenhum princípio jurídico é absoluto, - "o princípio de segurança jurídica é provavelmente uma das regras mais fundamentais do direito numa sociedade e num Estado regido pelo direito"⁵⁶.

Finalmente, impende ressaltar que a submissão ao princípio de segurança jurídica não é exclusiva do legislador, mas cabe a todos os detentores do poder público. Tanto a Administração como a Justiça (especialmente esta) desempenham relevante papel na preservação da segurança jurídica, de sorte que suas decisões não podem aplicar as leis novas segundo interpretações ofensivas aos critérios da razoabilidade e proporcionalidade e com quebra da confiança inculcada aos agentes dos atos jurídicos, quanto aos efeitos normais esperados, segundo as normas e interpretações vigentes ao tempo de sua prática.⁵⁷

⁵⁶ KAPP, Blaise. Relatório na XVª Mesa Redonda Internacional realizada em Aix-en-Provence, em setembro/1999, sobre o tema Constituição e segurança jurídica. In: *Annuaire International de Justice Constitutionnelle*, XV, 1999. Paris: Economica, 2000, p. 261.

⁵⁷ Deduz-se já que "os postulados de segurança jurídica e de proteção da confiança são exigíveis perante qualquer acto de qualquer poder - legislativo, executivo e judicial" (CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 4.ed. Coimbra: Almedina, p. 256).

Notas sobre os Bens no Novo Código Civil

Nagib Slaibi Filho

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

1. BEM

Bem é tudo aquilo que satisfaz uma necessidade, uma carência do indivíduo ou de um grupo social.

A busca da satisfação pessoal ou do atendimento dos interesses individuais pelos bens constitui a exteriorização do espírito de cada indivíduo no mundo exterior.

A razão e a finalidade da existência moral de cada um de nós constitui a contribuição, mínima que pareça, do indivíduo em busca da felicidade particular e coletiva. Como objeto do relacionamento entre os indivíduos, o bem é o ponto de encontro daquele que dele necessita e daquele que o cria.

O natural progresso do desenvolvimento humano trouxe novas necessidades ou carências ao indivíduo, dele exigindo a intensificação do seu relacionamento com os demais seres humanos na busca da satisfação de seus interesses.

A relação entre a pessoa e o bem é denominada interesse, palavra que vem do latim *quod inter est* (aquilo que está entre).

É o interesse, assim, a relação entre o indivíduo e o bem que satisfará a sua necessidade.

Dá-se vê a importância dos bens no Direito, a merecer da Lei Comum a atenção especial do Livro II da Parte Geral.

O Livro I da Parte Geral do Código Civil é dedicado às pessoas ou aos sujeitos do direito, e o Livro II é dedicado aos bens ou ao objeto do direito, o que se mostra coerente em sua seqüência lógica.

Os bens podem ser coisas e serviços; são espécies do mesmo gênero.

Coisa é todo bem tangível, mensurável, como a caneta, o lápis, o *hardware* do computador etc.

Serviço é a atividade decorrente da conduta da pessoa, como, por exemplo, uma aula, a prestação jurisdicional etc.

O Código Civil regula as coisas no Livro III da Parte Especial, dedicado ao Direito das Coisas,¹ e os serviços no Livro I da Parte Especial, dedicado ao Direito das Obrigações.

A propriedade, também chamada domínio² ou senhorio, é o instituto jurídico que assegura ao seu titular excluir os demais integrantes da comunidade da utilização do bem. Como está no art. 1.228, o proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la de quem quer que injustamente a possua ou detenha.

O Direito protege a posse em homenagem à presunção de propriedade que decorre do fato da coisa encontrar-se com determinada pessoa. O Código Civil conceitua indiretamente a posse no art. 1.196 ao dizer que se considera possuidor todo aquele que tem de fato o exercício, pleno ou não, de algum dos poderes inerentes à propriedade.

A obrigação é o vínculo jurídico que une devedor e credor e que tem por objeto uma prestação típica de dar coisa, fazer ou não fazer.

Fontes das obrigações, na velha lição da época de Justiniano, ou origens do vínculo entre o credor e o devedor é o contrato (como o de locação), o quase-contrato (como a gestão de negócios), o delito (como a reparação de atos danosos) e o quase-delito (como o dano infecto). Através da previsão jurídica da obrigação, o Direito

¹ Não se confundem o Direito das Coisas com os Direitos Reais, como se pode ver na estrutura do Livro III da Parte Especial do novo Código, intitulados Direito das Coisas no qual se integra um título denominado Direito Real. Assim, o Direito das Coisas é mais abrangente que os Direitos Reais, como se pode ver, por exemplo, na posse que é uma situação fática da qual decorrem direitos, mas que não constitui direito real. A expressão *direito real* vem do latim *res*, que significa coisa. Assim, o novo Código Civil continuará a sofrer as mesmas críticas que sofria o anterior, cujo Livro II se referia também ao Direito das Coisas.

² A palavra domínio vem do latim *dominus*, a indicar aquele que é o senhor da coisa. Na locação e no comodato, ainda hoje se dá ao locador e ao comodante o título de senhorio, em lembrança da época em que somente o proprietário podia dar a coisa em uso e gozo. Utiliza-se a palavra propriedade não só para indicar o direito real do titular sobre a coisa como também no sentido geral de patrimônio, aí abrangendo a titularidade das obrigações.

assegura ao indivíduo a vinculação com os demais seres no sentido de prover os bens necessários à satisfação de suas necessidades.

As obrigações decorrem ou da lei genérica e abstrata, como as obrigações fiscais, ou do dever de alimentar os filhos, ou então do consenso decorrente do encontro de vontades, isto é, através do contrato. O contrato é, assim, o resultado do consenso de vontade sobre a constituição de obrigações entre os contratantes.

Pelo mesmo sentido filosófico da função social da propriedade, prevista na Constituição no art. 5º, XXIII, e no art. 170, bem como no art. 1.228 do novo Código Civil, também o contrato tem a sua função social, como agora está escrito no art. 421 (a liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato) e no art. 422 (os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios da probidade e da boa-fé).

No clássico conceito de Roberto Ruggiero, o patrimônio é o conjunto de relações jurídicas imputáveis a um titular e susceptíveis de avaliação econômica.³ Neste patrimônio estão compreendidas, assim, todas as obrigações e todas as coisas titularizadas pelo indivíduo.

O que apresenta de novo a legislação é que as coisas e as obrigações têm por finalidade suprir as necessidades do indivíduo e somente se legitima o exercício dos direitos que sobre elas o indivíduo exerce se estiver atento aos limites impostos pela sua função social e econômica, mesmo porque *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 e pelos bons costumes* (art. 187).

Enfim, ao tratar dos bens, o enfoque que se deve dar ao tema é o de que o objeto dos direitos nunca poderá ser considerado mais relevante que o sujeito deste mesmo direito.

2. DA CLASSIFICAÇÃO DOS BENS

Ao tratar no Livro II sobre os bens, inclusive apresentando no Título Único as diferentes classificações, parece que o novo Código

³ Daí é que veio o conceito constante do art. 91: *constitui universalidade de direito o complexo de relações jurídicas de uma pessoa, dotadas de valor econômico.*

Civil considerou promiscuamente os conceitos de bem e de coisa, o que, no entanto, não ocorreu.

Neste sentido basta se ver o que está no art. 80, ao dizer que são considerados imóveis para os efeitos legais o direito real sobre os imóveis e as ações que os asseguram, bem como os direitos à sucessão aberta, ou o que está no art. 83, ao considerar bem móvel a energia que tenha valor econômico.

2.1. Dos bens imóveis

Art. 79. São bens imóveis o solo e tudo quanto se lhe incorporar natural ou artificialmente.

Art. 80. Consideram-se imóveis para os efeitos legais:

I - os direitos reais sobre imóveis e as ações que os asseguram;
II - o direito à sucessão aberta.

Art. 81. Não perdem o caráter de imóveis:

I - as edificações que, separadas do solo, mas conservando a sua unidade, forem removidas para outro local;

II - os materiais provisoriamente separados de um prédio, para nele se reempregarem.

O bem é o resultado da atividade de produção que decorre da soma dos elementos material ou físico (a terra ou a natureza) e dos fatores que são encontrados na sociedade (capital e trabalho). Assim, terra, trabalho e capital constituem os denominados fatores de produção, e a organização destes fatores denomina-se empresa.

A terra, ou como diz o Código, o solo, é o bem imóvel por natureza, considerando-se também bem imóvel tudo aquilo que se lhe incorporar jurídica ou fisicamente.

Obtém-se o conceito de coisa naturalmente imóvel por antonímia ao que está no art. 82 sobre bens móveis: *bem imóvel é o bem insuscetível de movimento próprio, ou de remoção por força alheia, sem alteração de substância ou da destinação econômico-social.*

No Direito também é muito comum designar-se o bem imóvel por natureza de *prédio*, expressão que compreende o solo e as edificações nele erigidas.

A humanidade vive hoje na denominada Era Terciária em que predomina a prestação de serviços (assim conduzindo ao largo em-

prego do Direito das Obrigações). Hoje, a propriedade imobiliária perde a sua força e cresce em importância a propriedade mobiliária, como as ações, os títulos de crédito e tudo o mais que permita representar o patrimônio do homem moderno.

Contudo, pelos efeitos dos tempos em que a terra era a principal fonte dos recursos, neste início de Século XXI ainda tem grande importância econômica, social e conseqüentemente jurídica a propriedade imobiliária, objeto de cuidados do legislador, pois a coisa imóvel por natureza não pode ser duplicada pelo homem, como as coisas móveis.⁴

Assim, a Constituição afirma que a propriedade privada é um direito fundamental (art. 5º, XXII) e que é elemento essencial da ordem econômica liberal (art. 170), o que explica a extensa regulação feita pelo novo Código Civil e o tratamento diferenciado que a legislação concede aos bens imóveis por natureza.

Basta que se aponte, para destacar a importância da propriedade imobiliária no século XIX, que a Constituição do Império do Brasil, de 1824, criou o denominado *voto censitário*, isto é, somente podia ser eleitor o homem proprietário de bens imóveis (ou, como se dizia, bens de raiz) ou portador de título de educação superior.

O que está hoje no art. 79 resume o que se continha no velho Código de 1916:

Art. 43. São bens imóveis:

I - o solo com a sua superfície os seus acessórios e adjacências naturais, compreendendo as árvores e frutos pendentes, o espaço aéreo e o subsolo;

II - tudo quanto o homem incorporar permanentemente ao solo, como a semente lançada à terra, os edifícios e construções, de modo que se não possa retirar sem destruição, fratura ou dano;

⁴ A complexidade e extensão dos temas atinentes à coisa imóvel conduziram ao ramo do Direito a que se denomina de Direito Imobiliário, abrangendo desde a desapropriação, registros públicos, locação, habitação, construção civil, corretagem, tributos, ações nos juizados especiais, usucapião, alienação fiduciária, até o aforamento ou enfiteuse, instituto herdado da época medieval e que, ainda hoje, influencia a economia de centenas de milhares de pessoas que pagam laudêmio e foro não só a entes governamentais (art. 2.038). Este vasto e complexo universo do Direito Imobiliário envolve o cidadão, influencia a sua vida, limita os seus sonhos, amplia os seus horizontes e vincula os demais membros da sociedade, ao ensinar ao indivíduo obter a satisfação de suas necessidades através da utilização dos bens materiais. Estes são importantes, mas não excedem a supremacia do homem sobre as coisas, do espírito sobre a matéria, do glorioso esforço do indivíduo de ser o sujeito, não o objeto, de sua História.

*III - tudo quanto no imóvel o proprietário mantiver intencionalmente empregado em sua exploração industrial, aformoseamento ou comodidade.*⁵

A nova redação do art. 79 abrange as espécies de coisas tratadas no art. 43 do Código anterior, com as alterações que a seguir serão comentadas.

O solo, com a sua superfície e adjacências naturais, como as árvores e frutos pendentes, constitui a coisa imóvel por natureza.

O proprietário do solo, no entanto, não tem poder sobre o subsolo, cujos recursos pertencem à União (Constituição, art. 20, IX), que autoriza a sua exploração à pessoa distinta da do proprietário, o qual, no entanto, será indenizado por aquele quanto ao que tiver limitado o seu exercício de propriedade.

Também o proprietário do solo não tem domínio amplo sobre a utilização do espaço aéreo, cabendo à União autorizar a sua utilização (Constituição, art. 21, XII, c), podendo o proprietário exercer os direitos no que diz respeito à utilização econômica da coisa.⁶ Neste aspecto, é importante destacar que existem limitações administrativas à utilização do espaço aéreo, como, por exemplo, as limitações que a Municipalidade lança sobre as edificações e as que a União institui nas cercanias de aeroportos, impedindo as construções que possam prejudicar a segurança do tráfego aéreo.

Veja-se o que está no art. 1.229 do Código Civil, destacando como parâmetro da utilização da coisa imóvel o interesse do proprietário: *A propriedade do solo abrange a do espaço aéreo e subsolo correspondentes, em altura e profundidade úteis ao seu exercício, não podendo o proprietário opor-se a atividades que sejam realizadas, por terceiros, a uma altura ou profundidade tais que não tenha ele interesse legítimo em impedi-las.*

⁵ Quanto a estes, dizia o art. 45 do Código de 1916 que tais bens podiam ser mobilizados a qualquer tempo, o que significa, por exclusão, que os outros bens, referidos nos incisos I e II, não poderiam ser mobilizados.

⁶ Veja-se o comentário de Plácido e Silva, no seu *Vocabulário Jurídico*, na versão eletrônica: *Há o espaço aéreo que não tem limites, reputado segundo a tradicional definição dos tempos medievais: usque ad coelum et usque ad inferos. Mas, se o espaço aéreo, indicado como aquele que cobre a superfície de coisa determinada, é adjacência desta mesma coisa, possui no sentido horizontal o mesmo limite do espaço ocupado pela coisa. No entanto, para cima não há propriamente limite, indo até a extensão que possa ser utilizada ou aproveitada.*

No mesmo sentido o que está no art. 1.230: *A propriedade do solo não abrange as jazidas, minas e demais recursos naturais, os potenciais de energia hidráulica, os monumentos arqueológicos e outros bens referidos por leis especiais. O proprietário do solo tem o direito de explorar os recursos minerais de emprego imediato na construção civil, desde que não submetidos a transformação industrial, obedecido o disposto em lei especial.*

Também se considera coisa imóvel o que se acede ou se agrega fisicamente ao solo de modo permanente, como as plantações e as construções, que assim não podem ser novamente mobilizadas salvo com a perda de sua utilidade.

O art. 1.248 refere-se aos diversos modos de aquisição da propriedade imóvel por acessão: a formação de ilhas (art. 1.249), por aluvião (art. 1.250), por avulsão (art. 1.251), por abandono do álveo (art. 1.252) e por plantações ou construções (art. 1.253 a 1.259).

Diz-se bem imóvel por acessão intelectual tudo o que se incorpora ao bem imóvel naquilo que não se lhe agregar pela natureza, como, por exemplo, as benfeitorias tratadas no art. 96, e as pertenças, no art. 93.

Colha-se a lição de Plácido e Silva:

Os imóveis por acessão intelectuais, também ditos de imóveis por destino, são os que, como acessórios de um imóvel, para utilidade, comodidade ou aformoseamento, a ele se anexam, provisoriamente, ou como tais passam a ser usados.

Mas, embora possam ser tidos juridicamente como imóveis, decorrentes da imobilização voluntária do homem, não perdem sua qualidade mobiliária. E, desse modo, se poderão transportar de um lugar para outro sem que percam sua individualidade.

É esse um dos traços dominantes nos imóveis desse caráter. Essencialmente móveis, por seu destino e pela deliberação do homem, passam a ser encarados e tratados como imóveis. Nestas condições somente se consideram como imóveis, enquanto ligados aos imóveis, a que se uniram, sob qualquer condição.

E, assim sendo, não se mostram imóveis em sua condição material, ou física, mas por um engenho ou por um artifício intelectual. E daí a designação que se lhes dá?

Constituem bens imóveis por determinação legal (isto é, a lei assim os considera, embora fisicamente não sejam coisas imóveis), consoante o disposto no art. 80, os direitos reais sobre imóveis e as ações que os asseguram e o direito à sucessão aberta.

O novo Código não considerou como bens imóveis, como fazia o Código revogado no art. 44, II, os títulos da dívida pública com cláusula de inalienabilidade, certamente porque hoje não mais são postos como meio usual de instituição de renda, como antigamente, em que se mandava o juiz, para proteger os interesses dos incapazes, proceder à sub-rogação da propriedade imobiliária em títulos da dívida pública.

Os direitos reais que incidirem sobre os imóveis mereceram do legislador o mesmo tratamento deferido à coisa imóvel por natureza, visando assim aumentar a sua proteção pelo registro no ofício imobiliário, como diz o art. 1.227 do novo Código Civil e o art. 167 da Lei de Registros Públicos (Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973).

Os direitos à sucessão aberta também são considerados bens imóveis por destinação legal, ainda que, no respectivo espólio, não haja nenhum bem imóvel. A proteção que se defere a tais direitos pela equiparação a coisa imóvel visa também aumentar a sua garantia, exigindo, assim, que eventual cessão de direitos hereditários somente se faça de forma solene, por escritura pública ou por termo nos autos do inventário.

O disposto no art. 81 do Código Civil, alterando o que estava no art. 46 do velho Código, que somente se referia aos materiais provisoriamente separados do prédio, veio atender a necessidade jurídica decorrente das novas tecnologias da construção civil, pelas

⁷ Verbete "imóvel por acessão", de Plácido e Silva, ob. cit. Entendendo que a nova redação do art. 79 não acolheu a classificação dos bens imóveis por acessão intelectual, prevista no art. 43, III, do Código de 1916, o Enunciado no 11 da Jornada de Direito Civil promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal nos dias 11 a 13 de setembro de 2002, sob a coordenação científica do Ministro Ruy Rosado: *Art. 79. Não persiste no novo sistema legislativo a categoria dos bens imóveis por acessão intelectual, não obstante a expressão "tudo quanto se lhe incorporar natural ou artificialmente" constante da parte final do art. 79 do Código Civil.*

edificações que, separadas do solo, forem removidas para outro local sem que tenham perdido a sua unidade natural. Neste aspecto, muitas construções prediais atuais já são feitas de forma a permitir o seu futuro deslocamento.

2.2. Dos bens móveis

Art. 82. São móveis os bens suscetíveis de movimento próprio, ou de remoção por força alheia, sem alteração da substância ou da destinação econômico-social.

Art. 83. Consideram-se móveis para os efeitos legais:

I - as energias que tenham valor econômico;

II - os direitos reais sobre objetos móveis e as ações correspondentes;

III - os direitos pessoais de caráter patrimonial e respectivas ações.

Art. 84. Os materiais destinados a alguma construção, enquanto não forem empregados, conservam sua qualidade de móveis; readquirem essa qualidade os provenientes da demolição de algum prédio.

Sobre os bens móveis, o Código de 2002 reproduz, em linhas gerais, o que estava no antigo Código Civil nos arts. 47 a 49.

Semoventes os bens suscetíveis de movimento próprio, como os animais domésticos e os de carga.

Móveis por natureza são as coisas susceptíveis de deslocamento sem alteração da substância e *móveis por destinação legal* os referidos no Direito em face de sua destinação econômico-social, como as tratadas no art. 83, inclusive as diversas formas de energia.

O disposto no art. 84 reforça a idéia do conceito de coisas móveis, dizendo que os materiais destinados a uma construção são considerados bens mobiliários enquanto não forem empregados, e também são móveis os materiais provenientes da demolição de algum prédio.

2.3. Bens fungíveis e infungíveis

Art. 85. São fungíveis os móveis que podem substituir-se por outros da mesma espécie, qualidade e quantidade.

A fungibilidade do bem está na possibilidade física e jurídica de sua substituição.

O bem fungível é o que pode ser substituído por outro. Exemplo clássico de bem fungível é a moeda, cujo conteúdo econômico é, justamente, o de expressar um valor que possa substituir o valor dos outros bens. No entanto, não se considera fungível o papel-moeda objeto de negócio jurídico que tenha expressamente se referido ao seu número de série.

Se uma coisa móvel determinada é dada como garantia de empréstimo, denomina-se penhor, que é direito real sobre coisa alheia (art. 1.431); já o mútuo é o empréstimo de coisas fungíveis, ficando o mutuário obrigado a restituir ao mutuante o que dele recebeu em coisa do mesmo gênero, qualidade e quantidade (art. 586).

2.4. Bens consumíveis e bens de produção

Art. 86. São consumíveis os bens móveis cujo uso importa destruição imediata da própria substância, sendo também considerados tais os destinados à alienação.

O novo Código reproduz a mesma disposição do velho Código, dizendo que os bens consumíveis são aqueles cuja primeira utilização importa desde logo em destruição imediata de sua própria substância.

Tal classificação não perde de vista o conteúdo econômico, como enfatiza a última parte do dispositivo, ao instituir a classificação dos bens consumíveis por destinação econômica, nele incluindo os bens que, embora naturalmente não sejam consumíveis pela primeira utilização, são bens destinados à alienação, isto é, bens que foram produzidos para serem colocados no comércio.

A gasolina, para o motorista que a utiliza como combustível de seu automóvel, é bem consumível, e para o frentista, que a aliena, naturalmente não é bem consumível, mas bem de produção.

Contudo, pelo natural progresso da humanidade, hoje há que se distinguir entre o bem consumível e o bem (serviço ou mercadoria) que são utilizados imediatamente para satisfação das necessidades, o que originou o ramo jurídico de relevante tratamento constitucional e legal que é o Direito do Consumidor.

A proteção ao consumidor foi colocada na Constituição de 1988 como direito fundamental (art. 5º, XXIII) e como elemento constitutivo da ordem econômica (art. 170), o que, por si só e independentemente das normas legais contidas no Código de Defesa e Proteção ao Consumidor (Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990), constitui um arcabouço jurídico de proteção àquele que utiliza o bem na satisfação imediata de suas necessidades.

Note-se que os bens consumíveis nem sempre são aqueles referidos na defesa do consumidor, pois a produção dos bens, por si só, aglutina diversos elementos (os insumos) que são carreados como fator de produção.

Os serviços são prestados e os produtos são fabricados, embora aos milhares, por pessoas que não estão imunizadas à falibilidade inerente à própria condição humana e são utilizados por seres de mesmas qualidades e defeitos.

Dá por que a eventualidade do erro na prestação do serviço ou na fabricação e transporte da mercadoria – e a conseqüente inutilidade total ou parcial do bem para os que a que se destina – deixou de ser questão a ser debatida em patamar de culpa subjetiva para se reduzir à mera possibilidade matemática a influenciar os fatores de custo.

A resposta que o Direito deu a tal situação foi não só a responsabilidade objetiva de quem oferece o produto ou o serviço, como também a possibilidade de o magistrado, na apreciação do caso concreto, inverter o ônus da prova, desde que presentes os requisitos de verossimilhança do fato alegado e da hipossuficiência do consumidor, como está no art. 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor, em disposição herdada não só de outros sistemas jurídicos como da própria prática judicial brasileira.

A classificação feita pelo Código Civil quanto aos bens consumíveis, e assim por antinomia, prevendo os bens não consumíveis ou bens de produção, foi o início do glorioso trajeto que conduziu ao reconhecimento da situação de consumidor como o indivíduo que se encontra em inferioridade econômica em face daquele que lhe presta o serviço ou fornece o produto, e a quem se conferiu a superioridade jurídica que hoje lhe é deferida.

2.5. Bens divisíveis e não divisíveis

Art. 87. Bens divisíveis são os que se podem fracionar sem alteração na sua substância, diminuição considerável de valor, ou prejuízo do uso a que se destinam.

Art. 88. Os bens naturalmente divisíveis podem tornar-se indivisíveis por determinação da lei ou por vontade das partes.

A divisibilidade do bem é conceituada no art. 87, o qual apresenta redação diferente daquela encontrada no velho Código (art. 52: *coisas divisíveis são as que se podem partir em porções reais e distintas, formando cada qual um todo perfeito*), agora enfatizando o gênero *bens* e não a espécie *coisas* em redação que se mostra bem superior, destacando a importância econômica (no velho Código, no art. 53: *são indivisíveis... os bens que não podem partir sem alteração de sua substância*).

Já o disposto no art. 88 reproduz o que estava no art. 53, II, do Código anterior, admitindo também a divisibilidade por destinação legal ou pela vontade das partes.

Veja-se, por exemplo, no art. 204 que a prescrição em face de um herdeiro não produz efeitos com referência aos co-herdeiros, salvo se se tratar de obrigação divisível, a qual é conceituada no art. 257.

Quanto à indivisibilidade legal, é muito comum que a legislação edilícia municipal proíba o fracionamento dos prédios de pequena extensão, assim garantindo a utilização econômica e social da habitação.

2.6. Bens singulares e coletivos

Art. 89. São singulares os bens que, embora reunidos, se consideram de per si, independentemente dos demais.

Art. 90. Constitui universalidade de fato a pluralidade de bens singulares que, pertinentes à mesma pessoa, tenham destinação unitária.

Parágrafo único. Os bens que formam essa universalidade podem ser objeto de relações jurídicas próprias.

Art. 91. Constitui universalidade de direito o complexo de relações jurídicas de uma pessoa, dotadas de valor econômico.

O tratamento dado pelo novo Código à classificação dos bens singulares e coletivos se mostra consentâneo com as disposições do velho Código de 1916, embora agora destacando mais acertadamente o gênero *bem* em vez da espécie *coisa*.

Bem naturalmente singular é o que deve ser considerado individualmente, ainda que esteja reunido com outros da mesma espécie; bens coletivos são aqueles que somente podem ser considerados em seu conjunto.

Pode a ordem jurídica instituir bens singulares ou coletivos por sua destinação legal, como, aliás, fazia o disposto no art. 57 do Código de 1916, ao dispor *o patrimônio e a herança constituem coisas universais, ou universalidades, e como tais subsistem, embora não constem de objetos materiais*.

A redação do art. 91 se mostra superior ao mencionado art. 57, desde logo conceituando o patrimônio como o complexo de relações jurídicas de uma pessoa, dotadas de valor econômico.

2.7. Bem principal e bem acessório

Art. 92. Principal é o bem que existe sobre si, abstrata ou concretamente; acessório, aquele cuja existência supõe a do principal.

Art. 93. São pertenças os bens que, não constituindo partes integrantes, se destinam, de modo duradouro, ao uso, ao serviço ou ao aformoseamento de outro.

Art. 94. Os negócios jurídicos que dizem respeito ao bem principal não abrangem as pertenças, salvo se o contrário resultar da lei, da manifestação de vontade, ou das circunstâncias do caso.

Art. 95. Apesar de ainda não separados do bem principal, os frutos e produtos podem ser objeto de negócio jurídico.

Art. 96. As benfeitorias podem ser voluptuárias, úteis ou necessárias.

§ 1º São voluptuárias as de mero deleite ou recreio, que não aumentam o uso habitual do bem, ainda que o tornem mais agradável ou sejam de elevado valor.

§ 2º São úteis as que aumentam ou facilitam o uso do bem.

§ 3º São necessárias as que têm por fim conservar o bem ou evitar que se deteriore.

Art. 97. Não se consideram benfeitorias os melhoramentos ou acréscimos sobrevindos ao bem sem a intervenção do proprietário, possuidor ou detentor.

Bem principal é o que existe sobre si, abstrata ou concretamente; bem acessório é aquele cuja existência supõe a do principal – são conceitos que o art. 92 trouxe do disposto no art. 58 do Código de 1916, o qual se referia à espécie *coisa*.

Diz o parágrafo único que o bem acessório segue o principal e tal regra impregna todo o tratamento legal quanto à acessoriedade, inclusive no que se refere às obrigações.

No velho Código, no art. 60, exemplificava-se dizendo que *entram na classe de coisas acessórias os frutos, os produtos e os rendimentos*.

Frutos são os bens que decorrem periodicamente de outros bens sem alteração de sua substância e destinação, como os *frutos naturais* (a fruta da árvore ou a cria de um animal) ou os *frutos civis* ou *rendimentos* como os juros referidos no art. 389 do novo Código.⁸

Produtos são os bens que também decorrem de outros bens, mas uma vez extraídos não mais se renovam, como as jazidas minerais.

Diz o art. 96 que os frutos e os produtos, ainda que não se tenham separado da coisa principal, podem ser objeto de negócio jurídico, como, por exemplo, a venda de cria futura do gado ou da colheita que se espera de algum cereal.

A importância da distinção entre fruto e produto está, por exemplo, nos efeitos da posse tratados no art. 1.214, que diz que o possuidor de boa-fé tem direito, enquanto ela durar, aos frutos percebidos, inclusive à dedução das despesas de produção e custeio dos frutos pendentes ao tempo em que cessou a boa-fé. De tal disposição se vê que o possuidor, ainda de boa-fé, não tem direito aos produtos da coisa, pois estes implicam necessariamente perda do valor econômico da coisa.

Mostra-se hoje desnecessária a disposição do antigo art. 61, que dizia que são acessórios do solo os produtos orgânicos da super-

⁸ A correção monetária é meio de atualização do capital e não pode ser confundida com os juros que se destinam a compensar a utilização do capital (juros compensatórios) ou a punir o devedor em mora (juros moratórios). Neste aspecto, veja-se o disposto no art. 404.

fície (as plantações, que naturalmente acedem ao imóvel, como está tratado nos arts. 1.253 e seguintes do novo Código), os minerais contidos no subsolo (que foram incorporados ao patrimônio público pelo disposto no art. 20, IX, da Constituição) e as obras de aderência permanente, feitas acima ou abaixo da superfície (ou construções, que também acedem à propriedade do solo, como as plantações).

2.7.1. Pertenças

Conceituadas no art. 93, as pertenças entraram inovadoramente na legislação comum, posto que não referidas no velho Código em sua Parte Geral.

Ouçã-se o ensinamento de Plácido e Silva:

Derivado de pertencer, do latim pertinere (pertencer a, fazer parte de), notadamente no plural, pertenças, é empregado na terminologia jurídica para exprimir as coisas acessórias, isto é, que pertencem ou fazem parte de outra coisa, como apêndice dela ou como complemento.

Pertenças, assim, são os frutos, sejam naturais ou civis, os instrumentos de trabalho, também ditos de ferramentas ou utensílios, são os móveis, que guarnecem a casa.

O conceito do art. 93 parece equiparar as pertenças às benfeitorias conceituadas no art. 96, delas se distinguindo, no entanto, por constituírem coisas acessórias que conservam a sua individualidade, embora tenha com a coisa principal uma subordinação econômica e social, como, por exemplo, em se tratando de um quadro que ornamenta uma sala da habitação.⁹

Tal autonomia ou individualidade das pertenças se extrai do disposto no art. 94, ao dizer que os negócios jurídicos quanto ao bem principal não devem ser entendidos como alcançando as pertenças, salvo se o contrário resultar da lei, da manifestação da vontade ou das circunstâncias do caso. Também de tal dispositivo se destaca o caráter funcional ou econômico-social que caracteriza as pertenças.

⁹ Se, no entanto, a mesma figura ou desenho estiver em um afresco pintado em cômodo da casa, trata-se de benfeitoria por se incorporar ao bem.

ças, pois as circunstâncias do caso podem indicar que elas acompanhem a coisa principal.

As pertencças são referidas no Código, por exemplo, quanto à locação e ao bem de família:

Art. 1.712. O bem de família consistirá em prédio residencial urbano ou rural, com suas pertencças e acessórios, destinando-se em ambos os casos a domicílio familiar, e poderá abranger valores mobiliários, cuja renda será aplicada na conservação do imóvel e no sustento da família.¹⁰

2.7.2. Benfeitorias

As benfeitorias são os melhoramentos feitos pelo homem que se acrescentam à coisa principal para conservar ou evitar que se deteriore (benfeitorias necessárias) ou aumentar ou facilitar o seu uso (benfeitorias úteis) ou para que torne o seu uso mais agradável ou que sejam de elevado valor (benfeitorias voluptuárias).

A benfeitoria necessária é a que conserva ou evita que se deteriore a coisa para o seu uso indicado, como, por exemplo, uma obra de sustentação de uma parede ou a restauração do encanamento do apartamento.

A benfeitoria útil aumenta ou facilita o uso da coisa, como, por exemplo, novos vidros na janela para ampliar a visão e/ou diminuir o calor do ambiente.

A benfeitoria voluptuária é a que torne o uso mais agradável ou aumente o seu valor, como, por exemplo, uma piscina que se acresce à casa de residência.

¹⁰ Não se confunda o bem de família tratado no art. 1.712 do novo Código com o instituto processual referido na Lei nº 8.009/90, que considerou impenhorável a casa de residência da família, nos termos ali mencionados. A Lei nº 8.009, de 29 de março de 1990, ampliou o conceito de bem de família para estabelecer que o imóvel residencial próprio do casal, ou da entidade familiar, é impenhorável e não responderá por qualquer tipo de dívida civil, comercial, fiscal, previdenciária ou de outra natureza, contraída pelos cônjuges ou pelos pais ou filhos que sejam seus proprietários e nele residam, salvo: a. em razão dos créditos de trabalhadores da própria residência e das respectivas contribuições previdenciárias; b. por créditos destinados à construção ou aquisição; c. pelo credor de pensão alimentícia; d. para cobrança do imposto predial ou territorial, taxas e contribuições a ele relativos; e. para execução de hipoteca sobre o mesmo imóvel; f. por ter sido adquirido com o produto de crime ou para execução de sentença penal condenatória a ressarcimento, indenização ou perdimento de bens. Se o casal ou entidade familiar for possuidor de vários imóveis utilizados como residência, a impenhorabilidade recairá sobre o de menor valor, salvo se outro tiver sido registrado, para esse fim, no Registro de Imóveis.

O que está nos arts. 96 e 97 do novo Código simplesmente reproduzem as disposições antigas contidas nos arts. 63 e 64 do Código Civil de 1916, não se repristinando o disposto no antigo art. 62, que dizia que *também se consideram acessórias da coisa todas as benfeitorias, qualquer que seja o seu valor, exceto a pintura em relação à tela, a escultura em relação à matéria-prima e a escritura ou outro qualquer trabalho gráfico, em relação à matéria-prima que os recebe.*

O mencionado art. 62 fazia referência ao disposto no art. 614 do Código anterior, também não reproduzido no novo Código, que dizia que *a especificação obtida por alguma das maneiras do art. 62 atribui a propriedade ao especificador, mas não o exime à indenização.* A especificação está indiretamente conceituada no art. 1.269 do vigente Código: *aquele que, trabalhando em matéria-prima em parte alheia, obtiver espécie nova, desta será proprietário, se não se puder restituir à forma anterior.*

Enfim, embora não repristinado o disposto no art. 62 antes transcrito, também a nova ordem civil considera que constituem benfeitorias (ou melhoramentos) a pintura em relação à tela, a escultura em relação à matéria-prima e a escritura e outro qualquer trabalho gráfico em relação à matéria-prima que os recebe.

Destaque-se que, consoante a regra constante do art. 97, que repete a legislação anterior, somente se podem considerar benfeitorias os melhoramentos ou acréscimos sobrevindos ao bem que tenham nexos de causalidade com a atuação do proprietário, possuidor ou de quem detenha a coisa. É certo que não é necessário que estes tenham a plena consciência da realização da conduta voltada a este fim, mas não se pode considerar como benfeitorias os fatos naturais como, por exemplo, a queda de um barranco, pela erosão natural, que nivelou o terreno até então inservível para o uso.

2.7.2.1. A distinção entre benfeitorias e acessões passa pelo critério econômico

A benfeitoria, no clássico ensinamento de Sílvio Rodrigues, é a espécie de acessório, constante de obra levada a efeito pelo homem, com o propósito de conservar (benfeitorias necessárias), melhorar (benfeitorias úteis) ou embelezar uma determinada coisa

(benfeitorias voluptuárias). A caracterização das benfeitorias depende, assim, não raras vezes, da realização de perícia para a indicação dos elementos suficientes à qualificação a ser procedida pelo juiz.

Esses elementos somente podem ser colhidos em face do uso social e econômico que se dá ao bem.

No exemplo já clássico, a garagem de veículos agregada a uma casa de residência antes era considerada uma benfeitoria voluptuária; a mesma garagem passou a ser uma benfeitoria útil e hoje, em muitas localidades em que o veículo individual de transporte é essencial à vida das pessoas, constitui a mencionada garagem uma benfeitoria necessária.

Distinguem-se as benfeitorias das acessões, como as plantações e as construções, as quais se incorporam ao prédio e podem ensejar a indenização, se feitas de boa-fé, mas não ensejam o direito de retenção.

Há quem entenda, em face do que está hoje no art. 1.257, correspondente ao disposto no antigo art. 548, que o tratamento jurídico que se dê às benfeitorias e às acessões deve ser idêntico, o que, no entanto, não é a posição dominante – na *Revista Trimestral de Jurisprudência* nº 61, p. 432, o Ministro Djaci Falcão entendeu que o direito de retenção abrange tanto as benfeitorias como as acessões; posição em contrário temos na *Revista dos Tribunais* nº 616, p. 144, e na *Revista do Superior Tribunal de Justiça* nº 53, p.183.

Na distinção entre benfeitoria e acessão deve ser considerado o critério econômico em face do grau de alteração na utilização da coisa: por exemplo, a construção de uma casa autônoma no terreno é acessão, mas a construção de uma casa de caseiro ou de um banheiro em aditamento à casa de residência é considerada benfeitoria. Certamente por se considerar a benfeitoria como acessório menor é que a lei prevê o direito de retenção ao lado do direito de indenização dela em caso de boa-fé, mas, para a acessão, só prevê o direito de indenização.

Na anterior Lei do Inquilinato Urbano (Lei nº 6.649/79), dispunha o art. 26 que “não é lícito ao locatário reter o prédio alugado, exceto no caso de benfeitorias necessárias, ou no de benfeitorias úteis, se estas houverem sido feitas com consentimento, por escrito, do locador”.

Na atual Lei do Inquilinato (Lei nº 8.245/91), diz o art. 35 que, “*salvo expressa disposição contratual em contrário*, as benfeitorias

necessárias introduzidas pelo locatário, ainda que não autorizadas pelo locador, bem como as úteis, desde que autorizadas, serão indenizáveis e permitem o exercício do direito de retenção”; no art. 36 está: “as benfeitorias voluptuárias não serão indenizáveis, podendo ser levantadas pelo locatário, finda a locação, desde que sua retirada não afete a estrutura e a substância do imóvel”.

É usual que conste no contrato de locação a cláusula pela qual o inquilino renuncia, desde já, ao direito de indenização e de retenção, ainda que decorrente de benfeitorias necessárias.

No regime anterior ao da Lei nº 8.245/91, os tribunais proclamavam que tal cláusula era inválida, considerando o dever jurídico do locador de entregar a coisa ao inquilino para os fins a que se destina e que, sem tal benfeitoria, a coisa perderia a sua finalidade para a qual foi locada. Neste sentido, a conclusão nº 34 do VI Encontro Nacional dos Tribunais de Alçada, unânime: “Não tem validade a renúncia do locatário, em contrato, do direito de retenção por benfeitorias necessárias”.

Contudo, havia forte entendimento em contrário, como se vê na Súmula nº 15 do 2º Tribunal de Alçada Civil de São Paulo: “é dispensável prova sobre benfeitorias se há cláusula contratual em que o locatário renunciou ao respectivo direito de retenção ou de indenização” e no Enunciado nº 18 do Encontro Nacional de Tribunais de Alçada, realizado em 1988: “a renúncia do locatário ao direito de retenção e de ressarcimento por benfeitorias necessárias torna inafastável o avençado, hipótese igualmente aplicável nas sublocações consentidas, se o contrário não for fixado” – a Lei nº 8.245/91, ao ressaltar, no art. 35, a disposição contratual em contrário, prestigiou tal entendimento

Ensina o Desembargador Pestana de Aguiar que a ressalva no início do art. 35 não se compadece com o sistema regulamentar do nosso Direito,¹¹ postura inicialmente seguida pelo signatário.¹²

Contudo, reformulei tal entendimento desde 1996, porque não pode o juiz afastar norma específica, como aquela do art. 35 da lei

¹¹ PESTANA DE AGUIAR, João Carlos. *Nova lei de locações comentada*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1992, p. 56.

¹² SLAIBI FILHO, Nagib. *Comentários à nova Lei do Inquilinato*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 208.

inquilinária, sob o fundamento de desatender às normas gerais do Código Civil, no caso, ao disciplinar, no atual art. 1.219, que corresponde ao antigo art. 516, o direito de retenção e de indenização pelas benfeitorias. Ambas os diplomas legislativos – o Estatuto do Inquilinato Urbano e o Código Civil – são leis federais, postas no mesmo patamar normativo e adequadamente elaboradas (a Lei nº 8.245/91) de acordo com a vigente Constituição.

Como não se encontra inconstitucionalidade na apontada disposição do art. 35 da lei inquilinária, eficaz tão-somente para os contratos de locação, a quem concede regime especial, alternativa não se tem senão a de honrar a norma sob comento, atendendo, assim, à submissão à lei que o Direito exige do juiz (art. 126 do Código de Processo Civil; art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil).

Quanto ao momento em que deve ser posta a defesa, na ação de despejo, com referência à retenção e à indenização de benfeitorias, observe-se que a ação de despejo não é ação condenatória, a merecer execução diferenciada ou própria, embora seja ação fundada em direito pessoal sobre a coisa, como se refere o art. 744 da lei processual.

Assim, a defesa pela retenção por benfeitorias deve ser feita na oportunidade da resposta (Código de Processo Civil, art. 297), quer na contestação, através de objeção a ser decidida prejudicialmente – como a *exceptio non adimplecti contractus* – quer através de reconvenção.¹³ Neste sentido: “o locatário só pode opor embargos, com esteio no art. 26 da Lei nº 6.649/79 e art. 744 do CPC, se a própria sentença decretatória do despejo lhe concedeu o direito à indenização por benfeitorias (Revista Forense nº 306, p. 209), já que nas ações de despejo o processo de execução não existe, a ensejar oferecimento de embargos, tal como nas execuções comuns”.¹⁴

Se, no entanto, na resposta o inquilino ofereceu a defesa fundada na retenção e a sentença não apreciou tal ponto, nem sofreu

¹³ Revista Trimestral de Jurisprudência nº 67, p. 598.

¹⁴ Superior Tribunal de Justiça, Recurso em Mandado de Segurança nº 1.324, de Alagoas, Relator o Ministro Waldemar Zveiter, julgado em 17 de dezembro de 1991, Diário Oficial da União de 24 de fevereiro de 1992.

embargos de declaração sobre tal omissão, alternativa não resta senão a de se assegurar ao inquilino os embargos por retenção, na forma estabelecida no art. 744 do CPC, para que não se veja denegado o seu direito de acesso à Justiça (art. 5, XXXV, da CF) e o devido processo legal (art. 5, LIV, da CF).

A resposta do inquilino, arguindo o direito decorrente da benfeitoria, deverá atender, tanto quanto baste, aos requisitos a que se refere o art. 744, § 1, do CPC, em seus diversos incisos, propiciando ao locador oferecer réplica (art. 326 do CPC) em que peça a compensação (art. 744, § 2) ou, até mesmo, a caução a que se refere o § 3 do art. 744, aplicável, também, por extensão.

O que não é possível é o inquilino, na resposta, simplesmente alegar que tem direito a retenção – o que significa que não pode ser despejado enquanto não houver o depósito do que lhe é devido – sem a especificação referida nos diversos incisos do art. 744. Em caso de incompletude da resposta, deve o juiz conceder o prazo de 10 (dez) dias (por extensão do disposto nos arts. 284 e 327) para que emende a resposta, sob pena de não conhecimento de tal ponto e conseqüente perda do alegado direito de retenção.

Em se tratando, tão-somente, do direito de indenização às benfeitorias, não cabe, nem por extensão, o disposto no art. 744 do CPC, que se refere à retenção.

A alegação de direito de indenização não obsta à execução e pode ser declarada na própria sentença que julgar procedente a demanda desalijatória, para ser liquidada, se for o caso, em separado.

2.8. Dos bens públicos

Art. 98. São públicos os bens do domínio nacional pertencentes às pessoas jurídicas de direito público interno; todos os outros são particulares, seja qual for a pessoa a que pertencerem.

Art. 99. São bens públicos:

I - os de uso comum do povo, tais como rios, mares, estradas, ruas e praças;

II - os de uso especial, tais como edifícios ou terrenos destinados a serviço ou estabelecimento da administração federal, estadual, territorial ou municipal, inclusive os de suas autarquias;

III - os dominicais, que constituem o patrimônio das pessoas jurídicas de direito público, como objeto de direito pessoal, ou real, de cada uma dessas entidades.

Parágrafo único. Não dispondo a lei em contrário, consideram-se dominicais os bens pertencentes às pessoas jurídicas de direito público a que se tenha dado estrutura de direito privado.

Art. 100. Os bens públicos de uso comum do povo e os de uso especial são inalienáveis, enquanto conservarem a sua qualificação, na forma que a lei determinar.

Art. 101. Os bens públicos dominicais podem ser alienados, observadas as exigências da lei.

Art. 102. Os bens públicos não estão sujeitos a usucapião.

Art. 103. O uso comum dos bens públicos pode ser gratuito ou retribuído, conforme for estabelecido legalmente pela entidade a cuja administração pertencerem.

Ao conceituar os bens públicos, o disposto no art. 98 está bem superior ao que estava no art. 65 da derogada ordem civil, pois ali havia referência simplesmente à União, aos Estados-membros e aos Municípios, que eram as pessoas de direito público até então admitidas pelo Direito na época da elaboração do Código Civil de 1916. Hoje, são pessoas jurídicas de direito público interno não somente as antes referidas, como também as previstas na Constituição, o Distrito Federal, os Territórios Federais e as autarquias, nestas compreendidas as fundações instituídas pelo Poder Público.

Mostra-se oportuna a inclusão no Código Civil das disposições sobre os bens públicos, tema de Direito Administrativo que aparentemente não estaria compatível com o caráter da Lei Comum que muitos vislumbram ser eminentemente privado.

Contudo, pela mesma razão que o Código Civil trata da natureza das pessoas jurídicas de direito público (art. 41) ou mesmo da responsabilidade civil do Estado (art. 42), também deve dispor sobre os bens públicos pois o regime federativo pelo Brasil adotado desde 1891 permite que as diferentes esferas governamentais disponham sobre a organização administrativa, como, aliás, é indicado pelo disposto no art. 103 do novo Código.

Se e quando tivermos um Código de Direito Administrativo que vincule todas as esferas governamentais, ou então a previsão na Constituição de uma lei sobre os bens públicos, então não mais serão necessárias as disposições sobre o tema na Lei Comum.

O que está na parte final do art. 98, ao dizer que os demais bens são particulares, se mostra necessário em face das razões históricas herdadas do período colonial, em que as terras do Novo Mundo eram conquistadas em nome do Rei de Portugal e passavam a pertencer ao seu domínio exclusivo, posto que até então não se distinguia entre bens estatais e particulares.

O rei, através da administração colonial, distribuía as terras, muitas vezes fazendo doações com encargos, como aquelas que deram origem às capitânicas hereditárias, transferindo para o donatário não só as terras como também os poderes de legislação, execução e administração sobre os colonos.

Se não cumpridos os encargos da doação, eram as terras devolvidas ao patrimônio real, razão pela qual até hoje o art. 20, II, da Constituição, se refere às *terras devolutas*.

2.8.1. A classificação dos bens públicos

A classificação dos bens públicos do antigo regime foi mantida no atual Código, embora desde logo se mostre insuficiente em face das exigências modernas.

Existem também bens comunitários, que não estão integrados ao domínio público nem ao domínio privado, como aqueles bens que o loteador é obrigado a destinar na abertura de loteamento ou de parcelamento de imóvel à utilização de toda a comunidade, como diz a Lei nº 6.766, de 19 de dezembro de 1979, cujo art. 4º diz que os loteamentos deverão atender, pelo menos, aos diversos requisitos ali apontados, entre os quais, no inciso I, as áreas destinadas a sistemas de circulação, a implantação de equipamentos urbano e comunitário, bem como a espaços livres de uso público.

Esses bens comunitários nem sempre vão se integrar ao patrimônio público, como acontece, por exemplo, com as escolas que ali sejam instaladas pelo Município ou pelo Estado, muitas vezes ficando sobre a administração comum, de todos aqueles que vivem na localidade.

Também o novo Código Civil nada mencionou sobre o meio ambiente, assim tratado pelo disposto no art. 225 da Constituição: *Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.*

Existem três classes de bens públicos apontadas no Código Civil, no art. 99:

I - os de uso comum do povo, tais como os mares, rios, estradas, ruas e praças;

II - os de uso especial como os edifícios ou terrenos aplicados a serviço ou estabelecimento federal, estadual ou municipal, inclusive as suas autarquias, como os prédios destinados a escolas, hospitais, foros, quartéis etc.; e

III - os dominicais, ou dominiais, isto é, os que constituem o patrimônio das pessoas jurídicas de direito público interno, como objeto de direito pessoal ou real de cada uma dessas entidades.

O parágrafo único do art. 99 é disposição nova que merece ser interpretada conforme a Constituição, pois o seu sentido literal parece contraditório ao dizer que são dominicais os bens pertencentes às pessoas de direito público a que se tenha dado a estrutura de direito privado. Veja-se o disposto no art. 173, § 1º, da Constituição, com a redação que lhe foi dada pela Emenda Constitucional de 4 de junho de 1998, dizendo sobre a sujeição ao regime privado das empresas públicas e das sociedades de economia mista.

Os bens de uso comum do povo constituem o domínio público, são franqueados a todos e são insusceptíveis de apropriação por particulares. Assim, o Município não pode alienar uma rua ou uma praça, salvo mediante autorização legal ou judicial.

Os bens de uso especial assim são entendidos porque a lei federal, estadual, distrital ou municipal lhe deu essa destinação em razão das necessidades de sua administração. O prédio de uma repartição pública é um bem de uso especial porque nele se instalou um órgão do governo.

Finalmente, o regime jurídico dos bens dominicais se assemelha ao da propriedade privada; esses bens são por natureza, aliená-

veis, incluem-se nessa categoria os terrenos públicos e as terras devolutas.

O disposto no art. 100 melhorou o que estava no art. 67 do Código Civil de 1916, que dava a falsa noção de que os bens públicos são alienáveis ao estabelecer que eles “só perderão a alienabilidade que lhes é peculiar nos casos e forma que a lei prescreve”.

Agora, vê-se bem claro que os bens públicos de uso comum do povo e os de uso especial são inalienáveis enquanto conservarem a sua qualificação; daí se extrai que os bens dominicais podem ser alienados, atendidos os requisitos previstos na lei especial referida no art. 37, XXI, da Constituição.

Nenhuma espécie de bem público, inclusive os dominicais, está sujeito ao usucapião e à apropriação, posse ou utilização privada, como estabelece a Constituição nos arts. 183, § 2º, e 191, parágrafo único, ao lhe proibir o usucapião de bens públicos e, conseqüentemente, que qualquer pessoa deles se utilize abusivamente.

Hely Lopes Meirelles, estudando a utilização dos bens públicos, afirma que podem ter um uso especial: *Uso especial é todo aquele que, por um título individual, a Administração atribui a determinada pessoa para fruir de um bem público com exclusividade, nas condições convencionadas. É também uso especial aquele a que a Administração impõe restrições ou para o qual exige pagamento...*¹⁵

Diz que essa utilização pode se dar por autorização de uso; por permissão de uso, por cessão de uso, por concessão pessoal de uso, ou por concessão de direito real de uso.

Sobre a autorização leciona: *“Autorização de uso é o ato unilateral, discricionário e precário pelo qual a Administração consente na prática de determinada atividade individual incidente sobre um bem público. Não tem forma nem requisitos especiais para a sua efetivação, pois visa apenas a atividades transitórias e irrelevantes para o Poder Público, bastando que se consubstancie em ato escrito, revogável sumariamente a qualquer tempo e sem ônus para a Ad-*

¹⁵ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 15. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990, p. 428.

*ministração. Essas autorizações são comuns para ocupação de terrenos baldios para a retirada de água em fontes não abertas ao uso comum do povo e para outras utilizações de interesse de certos particulares, desde que não prejudiquem a comunidade nem embarquem o serviço público. Tais autorizações não geram privilégios contra a Administração ainda que remuneradas e fruídas por muito tempo, e, por isso mesmo, dispensam lei autorizativa e licitação para o seu deferimento".*¹⁶

Como o Direito Administrativo brasileiro não é codificado, vinculado tão-somente ao que dispõe a Constituição da República e com autonomia das pessoas políticas (União, Estados-membros, Distrito Federal e Municípios) para sobre ele dispor, o que acarreta certa confusão não só na terminologia, como nos conceitos, temos que a *autorização* não raro é confundida com a *permissão*, a *admissão*, a *licença* e até mesmo com a *concessão*. Contudo, sobre seu conceito, os tratadistas concordam que a *autorização é ato administrativo discricionário, unilateral, pelo qual se faculta, a título precário, o exercício de determinada atividade material, que sem ela seria vedada.*¹⁷

Assim se vê a regra geral de que a utilização dos bens públicos por particular somente se faz a título precário, como, por exemplo, na autorização que o Município concede ao ambulante e ao camelô.

A Administração Municipal desnecessita de lei formal para conceder a autorização, porque dela não decorrem direitos, salvo o de exercitar, enquanto válida, a atividade autorizada. Aliás, por razões de Política da Administração, sequer interessa ao Poder Municipal a existência de tal norma que, se existente, poderá restringir a discricionariedade administrativa na tentativa de regular a complexa via urbana.

A autorização somente está submetida aos próprios termos da norma que a prevê ou do despacho que a concedeu. Se houver norma, a ela ficará vinculado o despacho.

¹⁶ Hely Lopes Meirelles, *ob. cit.*, p. 429.

¹⁷ BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. *Princípios gerais do direito administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 1969, v. I, p. 493.

Pode a autorização ser suspensa ou revogada a qualquer tempo, sem que se exija, para sua eficácia, qualquer procedimento administrativo, da mesma forma que pode ser concedida a autorização sem que necessite passar sob o procedimento licitatório. Sobre o disposto no art. 21, XII, da Constituição Federal, que se refere a “autorização, concessão ou permissão”, ensina Jessé Torres em matéria por tudo aplicável ao presente tema: *As autorizações aventadas no art. 21, XII, da Constituição Federal estariam sujeitas à licitação? Parece que não, dada sua índole (unilateralidade e discricionariedade do Poder Público na outorga, e interesse privado na exploração do objeto da autorização)*.¹⁸

Se a autorização foi concedida por prazo determinado (como, por exemplo, três meses), também poderá ser revogada neste prazo, embora aí se exija a cientificação prévia do autorizado, para não vulnerar o devido processo de lei a que se refere o art. 5, LIV, da Constituição.

Pode a lei municipal estabelecer a cobrança de tributo (por exemplo, de imposto sobre serviços), sobre a atividade do ambulante, atividade que pode ser exercitada por empresas legalmente constituídas. Também poderão ser cobradas taxas (inclusive de expediente) para a expedição da autorização, que, nem por isto, perderá o seu caráter precário.

Eventuais excessos da Administração Pública, como, por exemplo, o confisco de mercadorias de pessoas encontradas comerciando sem autorização, ou que tenham extrapolado dos respectivos termos, poderão ser corrigidos pelo Poder Judiciário através dos remédios próprios, inclusive com as cautelares e tutelas antecipadas cabíveis, requeridas não só pelo titular do direito lesionado como por seu sindicato ou associação, estes na defesa dos interesses coletivos da respectiva categoria profissional.

Ressalte-se que, em face do princípio da auto-executoriedade, na defesa do interesse público de preservação do bem público, independe a Administração Pública de autorização judicial para o

¹⁸ PEREIRA PINTO, Jessé Torres. *Comentários à lei das licitações e das contratações da Administração Pública*. Rio de Janeiro: Renovar, 1994, p. 20.

exercício do poder de polícia, nos termos da respectiva legislação que o instituiu.

O uso comum dos bens públicos pode ser gratuito ou retribuído, conforme as leis da União, dos Estados, do Distrito Federal ou dos Municípios, a cuja administração pertencem (art. 103 do Código Civil).

O pedágio é um típico exemplo de retribuição do uso de um bem público, caracterizando-se a cobrança da respectiva contribuição como tarifa ou preço público.¹⁹

2.9. Bens disponíveis e bens indisponíveis

Quanto à disponibilidade, os bens são disponíveis e indisponíveis.

A disponibilidade é regra em face da capacidade que têm as pessoas de fazer circular os bens que integram seu patrimônio e transformá-los em objeto de escambo.

Entretanto, existem bens que estão fora do comércio:

a. porque não são susceptíveis de apropriação, como os bens públicos que são insusceptíveis de aquisição por aquisição, por regra constitucional;

b. porque são legalmente inalienáveis, o que decorre de sua própria natureza ou dos princípios políticos, sociais e econômicos que regem a sociedade, como, por exemplo, a proibição de alienação de parte do corpo humano.☞

¹⁹ Preço público ou tarifa não constitui tributo na modalidade de taxa, como bem esclarece os termos da Súmula 545, do Supremo Tribunal Federal. Contudo, a Constituição de 1988, em seu art. 150, ao tratar das limitações ao poder de tributar, parece considerar o pedágio como espécie de tributo, ao dispor que não cabe a limitação do tráfego de pessoas ou mercadorias pelos tributos interestaduais ou intermunicipais, *ressalvada a cobrança de pedágio pela utilização de vias conservadas pelo Poder Público.*

Evolução Histórico-dogmática da Teoria do Injusto

Álvaro Mayrink da Costa
*Desembargador aposentado do TJ/RJ,
Presidente do Fórum Permanente de
Execução Penal e Professor da EMERJ.
Advogado.*

1. DEFINIÇÕES

A teoria do injusto é um instrumento conceitual que serve para determinar se o ato¹ que se julga é o pressuposto da consequência jurídico-penal prevista na lei.²

As definições de delito, como as de Direito Penal, são refletidas no *fin* e no *objeto* traçados pelo jurista, ao lado dos pressupostos fundamentais por ele eleitos. Podemos grupá-las, em razão do *fin*

¹ O Direito Penal comina à determinadas ações ou omissões humanas uma concreta sanção jurídica, pois a conduta é um pressuposto imprescindível para o exercício do ordenamento punitivo, representando o elemento substantivo do delito que é objeto primário de toda valoração jurídico-penal. A pessoa individual desempenha um papel transcendental, sendo a ação uma manifestação da vontade humana, um ato do homem, um comportamento regido pela vontade da pessoa. A qualificação do Direito Penal como um Direito Penal de *conduta* ou de *ato*, referida a realização de uma conduta tipicamente antijurídica (injusto típico) e não de *autor*, não significa de modo algum que constitua um ordenamento punitivo do *resultado* (objetivo) senão necessariamente da *culpabilidade* (reprovação normativa por realização do injusto típico). Assim, o moderno ordenamento punitivo é um Direito Penal da *culpabilidade por ato* (constitutivo de um injusto típico), e não de um Direito Penal de *resultado* (ou de responsabilidade objetiva pelo resultado). Aduza-se que o Direito Penal de *ato*, que exige a comissão de uma ação humana antijurídica como pressuposto fundamental da reação punitiva, se opõe ao Direito Penal de *autor*, de *vontade* ou de *ânimo*. O Direito Penal da *culpabilidade* pelo *ato* integra também um Direito Penal da *culpabilidade de resultado típico*, portanto, com maior precisão terminológica e conceitual, substitui-se o princípio do *ato* pelo princípio de *ato*, de *ação* ou de *conduta* (Nessa direção: Polaino Navarrete, Cobo Del Rosal, Vives Antón, Rodríguez Mourullo, Sáinz-Cantero, Bacigalupo, Zugaldía Espinar, Álvarez García e García-Pablos de Molina).

² Bacigalupo, Manual de Derecho Penal, Temis, 1998, 67.

perseguido, em definições: a) *pré-jurídicas*; b) *dogmáticas*; c) *práticas*; ou d) *técnico-jurídicas*. Ainda podemos vislumbrar aquelas que possuem fundamentação: a) *filosófica*, b) *naturalística*, c) *sociológica*, e d) *jurídica*.

A teoria do injusto o estuda como ato punível. Sendo um conceito fundamentalmente jurídico, seu patamar é a antijuridicidade ofertada pela norma jurídica. A doutrina elabora os conceitos formal, material e analítico do injusto, ou melhor, as definições nominativa, real e conjuntural. Assim, passemos historicamente, em síntese, a visualizá-las.

A ciência do Direito Penal é uma ciência prática e a teoria do delito possui finalidade prática, tendo por objeto estabelecer uma ordem racional dos problemas e das soluções que surgem da aplicação da norma legal nos casos concretos (verdadeira ferramenta para que os juízes possam interpretar e aplicar a lei diante do *caso*), e se estrutura como método de análise em vários níveis, pressupondo o anterior, buscando descartar as causas que impedem a aplicação da lei. Estrutura-se em um *sistema de conceitos* em que o relacionamento entre eles responde a idéias ordenadoras; a teoria do injusto pressupõe que o legislador tenha *dotado* suas decisões (*ratio legis*) de forma razoável a partir de um ponto conhecido e cognoscível (garantir a aplicação da lei segundo o *princípio da legalidade*). O sistema dogmático é uma "*hipótese possível*" da vontade do legislador expressada em lei sobre toda ordem de problemas e soluções aos casos concretos, permitindo a aplicação racional da lei.³

Inicialmente, o Direito comum só conhecia a distinção entre a *imputatio facti* e a *imputatio iuris*, apresentando três fases do seu desenvolvimento (conceito clássico, neoclássico e finalista) de forma integrada em seu processo de evolução. A concepção do injusto em quatro partes, *ação, típica, antijurídica* e *culpável* (na realidade tripartida), é constituída no final do século XIX.

Carmignani definiu o *delito* como "*a infração da lei do Estado protetora da segurança pública e privada, medi-*

³Nesse sentido: Bacigalupo, *op. cit.*, 63; Naucks, *Einführung*, 89

ante um fato do homem cometido com perfeita e direta intenção".⁴

Carrara melhora a definição, formulando-a como a "*infração da lei do Estado, promulgada para proteger a segurança dos cidadãos, resultante de um ato externo do homem, positivo ou negativo, moralmente imputável e politicamente danoso*".⁵ Com a definição de Carrara, nasce a idéia e o fundamento da doutrina de que "*o delito não é uma conduta, nem uma proibição legal; é um ente jurídico, a lesão de um direito por obra de uma ação ou omissão humana*".

Escreve que em Direito Penal não há ação senão por vontade do homem, único ser dotado de vontade racional (§ 29), e que o ato constitutivo do delito deve ser *moralmente imputável* (§ 30), sendo um precedente indispensável à imputabilidade política (§ 31).

Sua definição marca um avanço na ciência penal. O conceito material de delito ressalta o conteúdo teleológico que se constitui na violação de um bem jurídico tutelado pelo ordenamento jurídico-penal.

Garofalo formula a teoria do "*delito natural*", afirmando que em certas tribos a morte do genitor era lícita, quando se tratava de velho ou enfermo, fazendo uma análise dos sentimentos, a fim de construir sua teoria com base em bens relativos à *piedade*, à *proibidade* ou à *justiça*, concluindo que a lesão de tais sentimentos constitui o *delito natural*⁶.

Já Crispigni define o injusto como "*la condotta umana corrispondente al tipo descritto da una norma penale, che non presenta cause di giustificazione e che inoltre é psichicamente riferibile ad un soggetto*".⁷

Ranieri oferece uma definição *analítica* ao formular: "*Delito é o fato humano previsto de modo típico por uma norma jurídica san-*

⁴ Carnignani, *Teoria delle leggi delle sicurezza sociale*, Napoli, 1831, tomo II, 31.

⁵ Carrara, *Programa*, Parte Geral, tomo I, § 21.

⁶ Mayrink da Costa, *Criminologia*, 3ª ed., Forense, 1ª vol., t. 1, cap. 1.

⁷ Crispigni, *Diritto Penale*, vol. II, 11.

cionada com uma pena em sentido estrito, lesivo ou perigoso para os bens ou interesses considerados pelo legislador como merecedores da mais enérgica defesa e expressão reprovável da personalidade do agente, tal como se encontra no momento de sua comissão.”⁸

Com tal definição procura refundir os conceitos *formal, substancial e sintomático* de delito, como facetas inseparáveis de uma mesma realidade social, jurídica e humana.

Confrontando o Direito com a moral e o direito positivo com o direito natural, Ferri havia definido o injusto como *“l’attacco delle condizioni di esistenza individuale e sociale che offenda la moralità media di un dato gruppo collettivo, quando sia determinato da motivi egoistici, antisociali”*, e como *“un azione determinada da moventi individual e antisocial cheturba le condizioni di vita e contraviene alla moralità media di un dato popolo in un dato momento”*.⁹

Esta definição recebeu a adesão de outros autores da escola positiva (Colajanni) e também de outras tendências. Pessina escrevia que o injusto em sentido legal é *“quel fatto dell’uomo che la legge considera come infrangimento del Diritto, e che perciò essa vieta sotto minaccia di una punizione”*¹⁰.

O conceito formal de injusto só é dado através do direito positivo, e o material é prévio ao Código Penal e fornece ao legislador um critério político-criminal sobre a tolerabilidade ou não de condutas geradoras de conflitos que colocam em risco a paz social (*proteção subsidiária a bens jurídicos*). A exigência do Direito Penal de somente proteger bens jurídicos é a temática das reformas penais nas últimas décadas. A definição formal de injusto é todo fato previsto como ilícito em uma norma penal. Temos presentes três momentos teleológicos: a) a tendência do ordenamento a impedir um certo fato (tutela de um interesse); b) a sanção, como meio para atingir o fim determinado; c) a característica peculiar da sanção.

A definição do injusto possui significação *dogmática*, visto que tem assinaladas todas as características da conduta ameaçada por

⁸ Ranieri, *Manual de Derecho Penal*, Temis, Bogotá, Parte General, 1975, vol. I, 141.

⁹ Ferri, *Offese e difese*, Parma, 1886, 79.

¹⁰ Pessina, *Elementi di Diritto Penale*, Napoli, 1882, vol. I, 138.

uma sanção cujo estudo, no seu conjunto, constitui o objeto da *teoria do delito*.

Desde o prático Bohmero, quando afirmava ser o delito um *ato livre, antijurídico culpável e punível*¹¹, a Tiberius Decianus, que o definia como "*factum hominis vel dictum vel scriptum dolo vel culpa a lege su poena prohibitum quod nulla justa causa excusare potest*",¹² estão presentes as características do atuar humano antijurídico, culpável e punível.

Há um grande número de autores que se limitam a reduzir a definição a *um ato ou fato proibido por lei sob a ameaça de uma pena*.¹³

Alguns costumam diferenciar a noção *formal* da *substancial*. Para Manzini, em sentido formal é "*fatto individuale com sui si viola un precetto giuridico murito di quelle sanzione specifica, che é la pena in senso proprio*" e, em sentido substancial, é "*un azione od omissione, imputabile ad una persona, lesiva o pericolosa per un interesse penalmente protetto costituita da determinati elementi, ed eventualmente integra da certa condizioni a accompagnata da determinati circostanze preveduti dalla legge*".¹⁴ Porém, para Von Liszt deve ser observado primeiro a adequação típica do autor aos elementos do injusto, considerando o fato, sob o aspecto formal, como repete Manzini, como "*il fatto a cui é riconnessa dall'ordinamento giuridico la pena come conseguenza giuridica*", e depois, em sentido substancial, como "*l'attacco agli interessi giuridicamente protetti, che, secondo l'opinione del legislatore*", enfatizando que é particularmente "*danger un dato ordinamento dalla vita colletiva, e che proviene dalla personalità responsabili, che manifesta con l'attacco stesso la sua pericolosità sociale*".¹⁵ Entende o injusto como um *fato* ao qual a ordem jurídica associa uma pena como consequência lógica.

¹¹ Von Hippel, *Lehrbuch des Strafrechts*, I, § 24.

¹² Tiberius Decianus, *Tractatus criminales*, Venecia, 1551.

¹³ Nesse sentido: Rossi e Von Hippel.

¹⁴ Manzini, *op. cit.*, vol. I, 496.

¹⁵ Liszt-Schmidt, *Lehrbuch*, 26ª ed., I, 1932, § 26.

A *definição legal de injusto* é relevante tanto no campo teórico como no prático. O objeto da ciência jurídico-penal é o Direito Penal positivo, não podendo a elaboração doutrinal da teoria jurídica do injusto desconhecer a existência da definição legal, repercutindo de forma decisiva nos momentos-chave da teoria do injusto. Quando se configura a *ação* como elemento essencial do injusto, não é possível esquecer que a lei opera com um *conceito de ação* estabelecendo uma relação entre ela e as demais características do injusto. A lei brasileira não define expressamente, visto que, segundo o critério adotado pelo art. 1º do Decreto-lei nº 3.914, de 9.12.41, através da exposição de motivos do Código Penal, *crime* e *contravenção* são infrações penais cujo traço distintivo está na cominação. Os códigos são livros para a prática e não tratados para teóricos, e uma definição legal é uma declaração normativa delimitadora de atuar do autor no âmbito injusto.

Inicialmente a antijuridicidade se confunde com a imputação do fato, procurando o conceito de injusto, partindo da distinção objetivo-subjetiva. Os caracteres externos objetivos da ação pertenceriam ao injusto, ao passo que os elementos subjetivos à culpabilidade.

A ciência do Direito Penal brasileiro, até a Reforma Penal de 1984, acolhia majoritariamente o *conceito causal da ação*, elaborado nos fins do século XIX por Von Liszt, produto da influência do pensamento científico-natural (consiste em uma modificação causal do mundo exterior, perceptível aos sentidos e produzida por um movimento corporal). Vemos, então, como elementos do conceito de ação: a) a manifestação da vontade; b) o resultado; c) a relação de causalidade. A mais importante contribuição da teoria causal para a teoria do delito foi o conceito de tipo proposto por Beling. Com o conceito de tipo, formulou-se o conceito analítico de injusto e elaborou-se o conceito de ação. O conceito causal de ação não pode cumprir, como salienta Cerezo Mir, a função de elemento básico, unitário, da teoria do injusto.

A primeira definição de Beling é a de que o injusto "*é uma ação típica antijurídica e culpável submissível a uma sanção penal*

adequada e que satisfaça as condições de punibilidade".¹⁶ Já na segunda definição,¹⁷ diz que "*é uma ação tipicamente antijurídica e correspondentemente culpável, sempre que não se dê uma causa legal de justificação*".

Nesta definição, a *tipicidade* perde o seu caráter independente, como os demais elementos do injusto, e mediante a expressão "*tipicamente antijurídica*" faz-se a relação entre a tipicidade e a antijuridicidade que estavam desvinculadas na primeira definição formulada. A expressão "*correspondentemente culpável*" equivale a "*tipicamente culpável*", traduzida entre o tipo de injusto e o tipo de culpabilidade.

Na definição de 1906, há a exigência "*submissível a uma sanção penal adequada*" que desaparece em 1930, pois ao dizer "*tipicamente culpável*" elimina qualquer resquício ("*delito é a ação típica, antijurídica, culpável, submetida a uma cominação penal adequada e ajustada às condições de dita penalidade*").

Para M. E. Mayer, que define injusto como um acontecimento típico, antijurídico e imputável,¹⁸ a definição de Beling (1906) é pleonástica, negando que a tipicidade tenha caráter puramente descritivo, e que os tipos penais contenham elementos objetivos e subjetivos. Afirma que é desnecessária a inclusão de condições de punibilidade na definição do delito.

Por outro lado, Mezger define o injusto como "*a ação tipicamente antijurídica e culpável*",¹⁹ colocando a tipicidade como uma parte do estudo da antijuridicidade. Também considera desnecessária a inclusão da pena na definição do injusto. Já ao escrever o seu *Studienbuch* introduz várias modificações, passando a definir "*o fato punível como uma ação tipicamente antijurídica, pessoalmente imputável e cominada com pena*", advogando a tautologia, embora afirmando que a pena é uma *conseqüência* do injusto.

¹⁶ Beling, *Die Lehre vom Verbrechen*, Tübingen, 1906, 7.

¹⁷ Beling, *Die Lehre vom Tatbestand*, 1930.

¹⁸ M.E. Mayer, *Der Allgemeiner Teil des deutschen Strafrechtslerbuch*, Heidelberg, 1915.

¹⁹ Mezger, *Tratado de Derecho Penal*, Madrid, 1946, § 12 A.

2. ESTRUTURA CONCEITUAL

Do ponto de vista lógico, toda definição é tautológica, não só por ser definição, mas também por não chegar a atingi-la, e quando não nos informa os caracteres do injusto, não sabemos quando uma conduta é punível e, conseqüentemente, quando é ilícito penal.

A *concepção unitária* do injusto surgiu como reação àquelas correntes que, em nome de um logicismo, terminaram por fracionar o injusto em um número relevante de elementos, equiparados num mesmo plano formal de indagação, permitindo que fosse gradualmente perdendo a sua noção de um todo *unitário*.

O ponto de partida da construção sistêmica é o "*conceito total de delito*" ou "*conceito sintético*", cujas idéias básicas são expressadas na oposição entre *infração de um dever ético-social* e *lesão ou perigo concreto de um bem jurídico*.²⁰

De um lado, o ato prepondera sobre o autor e a liberdade do autor é o fundamento de sua responsabilidade; já pela segunda vertente, o autor prepondera sobre o ato, e o fundamento que legitima a responsabilidade penal advém do interesse macrossocial em evitar novas lesões aos bens jurídicos. Bacigalupo conclui que o conceito de injusto pode ser resumido na idéia sobre o que se deve constituir como partida da teoria do injusto. Tal conceito se resumiria no que se entende *globalmente* por "*digno de repressão*" (*o intolerável*) ou "*merecedor da pena*" (guardando íntima relação com a *teoria da pena*). Portanto, como "*delito total*" tem a finalidade de tirar elementos particulares para a utilização do conceito de injusto na aplicação da lei pelo juiz no caso concreto.²¹

Como reação a este método analítico de base lógico-formal, também chamado método de exame analítico, desenvolveu-se o método de exame unitário, segundo o qual o delito se apresenta como uma entidade e não se deixa cindir em diversos elementos. Há indicadores deste método em Carnelutti, para o qual os elementos do injusto não são partes do ato, fisicamente separados ou separáveis, mas aspectos dele, apenas logicamente distintos.

²⁰ Gallas, *Fest. Für Gleispach*, 1936, 5055.

²¹ Bacigalupo, *op. cit.*, 65.

Nenhuma das características do injusto é um elemento, se por elemento se entende uma seção do injusto; cada uma, pelo contrário, é um aspecto, se aspecto é todo injusto visto sob uma certa perspectiva, como todo prisma apresenta-se à vista numa de suas facetas. O contraste entre os dois métodos foi enfatizado por Mezger quando afirma que, pelo método fornecido pela ação, naturalisticamente tudo permanece ou soçobra se o pressuposto permanece ou não, ao passo que, pelo método da consideração unitária, o injusto consiste na rebelião da vontade individual diante da vontade coletiva; é um acontecimento unitário e organicamente homogêneo que apresenta assim diversos aspectos, mas que não se deixa dividir em partes singulares. O injusto como unidade é comparável a um círculo determinado pelo centro e pela circunferência, e como elementos singulares podem ser considerados outros tantos setores arbitrários do próprio círculo. Por isso, em última análise, qualquer sistematização da doutrina do injusto no Direito Penal é *per se* desprovida de importância e só serve para uma visão de conjunto e para clarear idéias.²²

A maior diversidade conceitual situa-se nas distintas formas de estruturar a culpabilidade. Como infração do dever está constituída pelo poder de atuar de outro modo (reprovabilidade), ou sob o ponto de vista da lesão ao bem jurídico expressada na atitude anti-social do autor (interesse social) manifestada no ato cometido.

Aldo Moro também demonstrou a necessidade de conceber o injusto em *sentido unitário*, tendo o mérito de identificar o injusto na sua essência irreduzível de ato contrário ao direito: "O crime é realmente um todo unitário do ponto de vista ético-jurídico; fato e antijuridicidade (compreendendo esta última a culpabilidade) não são elementos, nem momentos, nem aspectos do todo unitário que é o injusto. Uma vez que todas essas observações produzem o sentido de uma concreta separação de partes e, pelo perigo que acarretam de generalizar o equívoco, é melhor que sejam por prudência rejeitadas."

Diz Bettioli que as raízes gnoseológicas do método unitário trouxeram uma verdadeira crise de desconfiança em relação à análise

²² Mezger, "Die Straftaat als Ganzes", in Zeit, B. 57. 677.

conceitual, ao que os alemães denominam *begreifen*, isto é, o entendimento por meio de conceitos e coordenações lógicas de caráter formal.

O injusto deve ser estudado com método e critério lógico-concretos. A unidade existe tão-somente no terreno naturalístico, enquanto as distinções que os juristas formulam entre os vários elementos de um ato jurídico se projetam exclusivamente num campo normativo, visto que, na realidade naturalística, se pode distinguir, quando muito, elementos de caráter objetivo e subjetivo. O método de exame unitário, mais que um método de natureza estritamente jurídica, é de fundo naturalístico e foi por isso que encontrou acolhida entre os positivistas. Preponderam as *teorias de união*, isto é, aquelas que combinam *critérios de justiça* com *critérios de utilidade* na legitimação da pena. O conceito clássico de injusto foi resultante do pensamento jurídico, produto do positivismo científico que não abarcava as valorações filosóficas, psicológicas e sociológicas.

Para Wolf, cada elemento do injusto é de *caráter normativo* pela inevitável transformação de toda a realidade em contato com a norma jurídica e pela força dos exageros dos positivistas, que consideravam o injusto somente sob o aspecto naturalístico e, portanto, extrajurídico; tornou-se necessário tomar o *justo caminho* para concluir que, se os elementos de caráter normativo tendem nestes tempos a prevalecer no âmbito da noção do delito, isto não significa que os elementos naturalísticos possam desaparecer por completo, uma vez que o injusto é também um fenômeno do mundo natural e o fato que o constitui é produto de forças físicas dominadas e dirigidas pela vontade do homem.²³

Todavia, foi Rocco quem deu um conteúdo ao delito com a individualização e com a delimitação de seu *objeto jurídico*, porém não se pode dizer que a introdução desta noção conduziu a uma sistematização diversa da abordagem dos elementos constitutivos do injusto.

Os *elementos do injusto* continuaram a ser distinguidos em objetivos e subjetivos. A antijuridicidade não dispunha de autono-

²³ Wolf, *Die Taten der Tatbestandsmassigkeit*, Breslau, 1931.

mia no pensamento de Rocco, mas era considerada como o *âmbito do delito*. O sistema de Rocco era fruto de uma concepção analítica do delito, de um método de exame jurídico que atuava sobre a noção do próprio delito. A antijuridicidade não é mais uma categoria formal e específica que se situa acima do injusto, mas um *quid* que circula no interior do injusto como fator de coesão dos dois elementos.

Através de Delitala é atingido um estado de consolidação dos resultados de um método analítico no estudo da noção do injusto considerado como um *fato humano, antijurídico e culpável*. Três seriam os elementos constitutivos: a) o *fato* entendido como a soma dos elementos objetivos caracterizadores e imputáveis ao autor, e constantes da norma como elementos constitutivos de uma hipótese; b) a *antijuridicidade*, assinalando o contraste entre o fato e as exigências de tutela do ordenamento jurídico-penal, objetivamente entendido; c) a *culpabilidade*, como desaprovação pelo comportamento psicológico mantido pelo autor imputável em confronto com o fato antijurídico produzindo um sistema tripartido.

O *sistema tripartido* é dominante na Itália, embora tenha configuração diversa, conforme os autores admitissem ou não a distinção entre *fato* e *antijuridicidade*. O *fato* adquire relevo jurídico-penal passando a constituir elemento do injusto na ausência de uma causa de justificação que surge como um *elemento negativo do fato e, portanto, do injusto*.²⁴ Já Battaglini inclui entre os elementos do delito a *punibilidade*, isto é, a possibilidade abstrata de um fato ser passível de pena, por isso o sistema tripartido desse autor se apóia sobre o exame do fato, da culpabilidade e da punibilidade.²⁵ O injusto é um *fato punível* enquanto é *um ato típico, antijurídico e culpável*, e a *punibilidade* uma categoria formal que se refere a *todos* os elementos do injusto.

Antolisei nega a distinção entre *ato* e *antijuridicidade* e retorna à *bipartição* dos elementos do injusto em elemento objetivo (ato material) e elemento subjetivo (culpabilidade).

²⁴ Crispigni, "La sistemática della parte generale del Diritto Penale", in Riv. Pen., 1934, 1.261.

²⁵ Battaglini, "Gli elementi del reato nel nuovo codice penale", in Annali, 1934, 1.089; Diritto Penale, 109 e segs.

O método de Antolisei, marcado com a dicotomia (elemento objetivo e elemento subjetivo), ou método tradicional (lógico-sistemático), também adotado por Manzini e Florian, temperado pelo reconhecimento de um fator irracional e pela necessidade de um sistema *realístico*, é orientado para os valores concretos da vida. Em Carnelutti, para a sistematização da noção do injusto, adotaram-se conceitos sistemáticos inerentes ao negócio jurídico (capacidade, legitimação, causa, vontade, forma), não se notando diferença *ontológica* entre o negócio jurídico e o injusto.

Na sistematização dos elementos do injusto, a doutrina aponta também os *pressupostos do injusto*, entendendo como tais aqueles elementos, requisitos ou fatores que devam preexistir ou que sejam concomitantes ao fato delituoso. Não se deve confundir os *pressupostos do fato* com os *pressupostos da valoração do próprio fato* (o ato com sua valoração jurídica). Para alguns autores, a distinção se faz entre *pressupostos do delito*, de um lado, dos quais dependeria a subsistência de um título do injusto, e *pressupostos do ato*, de outro, dos quais se faria depender a possibilidade da configuração de um determinado fato punível.²⁶ A qualidade de funcionário público seria um *pressuposto do injusto* de peculato em relação ao de apropriação indébita, enquanto a gravidez seria um *pressuposto do ato* do aborto, uma vez que este pressupõe o estado de gravidez da mulher.

Numa consideração finalística, a categoria dos pressupostos do injusto perde expressão lógica, pois estes atendem a uma exigência de ordem puramente sistemática, que nada tem a ver com os valores tutelados. Delitala criticou a noção dos pressupostos do injusto, considerando como pressupostos do injusto o *sujeito ativo*, de um lado, e o *objeto jurídico*, do outro.

A *definição* reúne quatro elementos: *conduta humana (ação ou omissão)*, *tipicidade*, *antijuridicidade* e *culpabilidade*, daí o *fato punível* ser constituído pela *conduta típica*, *antijurídica* e *culpável*. A *pena* e a *punibilidade* são *conseqüências* do injusto. Não basta que o ato seja típico, requer-se que seja praticado contra a ordem jurídi-

²⁶ Manzini, Trattato, vol. I, 558 e segs.

ca (antijuridicidade). No sentido *dualista* dos requisitos do injusto, há vertente respeitável no Direito pátrio.²⁷

No que concerne aos elementos constitutivos do injusto, a maior parte dos autores entende oportuno seguir a *tripartição*, vale dizer, consideram o injusto integrado pelos elementos do *ato*, da *antijuridicidade* e da *culpabilidade*, muito embora advirtam que a origem da *tripartição* atenda a uma ordem meramente lógica, não teleológica. Schönke e Schröder preconizam, na Alemanha, a necessidade de retorno a um sistema tripartido, acentuando que o primado deveria ser conferido ao elemento da culpabilidade. Conduta típica e antijuridicidade (um injusto) seriam etapas que se galgam para atingir o verdadeiro objetivo: a *vontade culpável*. Qualquer divisão analítica tem um valor convencional e a sua função dispõe de caráter unicamente instrumental. Juarez Tavares adverte que as funções do injusto estão condicionadas aos elementos que a compõem e aos processos de imputação processados em seu conteúdo, porque é impossível a projeção de funções aprioristicamente, senão no contexto das delimitações positivas.²⁸

Para a existência do injusto, é necessário que o ato material causado seja um ato ofensivo a bens ou interesses protegidos (*nullum crimen sine injuria*), isto é, que possa ser valorado como contrário ao que a norma penal protege. Não se pode inserir a proteção do bem jurídico como pressuposto do tipo por ausência de conteúdo real. No funcionalismo, uma vertente sustenta que a função da teoria do injusto não é identificar condutas proibidas, mas sim merecedoras de pena; já outras, com a proposta de Jakobs, partem do pressuposto de que à norma penal só interessa garantir a expectativa de uma conduta correta. O bem jurídico não se confunde com interesses jurídicos protegidos sendo um elemento da própria condição do

²⁷ Celso Delmanto, René Ariel Dotti, José Frederico Marques, Nilo Batista e Luiz Flávio Gomes. Juarez Tavares ao estudar o conteúdo do injusto observa que sua determinação não diz respeito à relação entre o tipo e a antijuridicidade, mas à estrutura desses dois elementos e à significação dos juízos de valor emitidos sobre a conduta delitiva. Damásio de Jesus também defende que a culpabilidade não integra o delicto, não é seu elemento ou característica do fato, atuando como ligação entre o autor do delito e a pena, tratando-se, pois, de pressuposto da pena.

²⁸ Juarez Tavares, *Teoria do Injusto Penal*, 2ª ed., Del Rey, 2002, 2.5, 334.

sujeito e de sua proteção social (“valor que se incorpora à norma como seu objeto de preferência real”).²⁹

A *punibilidade* é antes uma nota genérica de todo injusto. Há casos determinados em que o legislador, embora considerando estruturalmente perfeito um *delito*, faz depender a punibilidade do injusto da verificação de um ulterior resultado, o que a doutrina chama de *condições de punibilidade*.

Maggiore ao definir o injusto como um “fato punível”, um conjunto analítico, buscava a decomposição do conceito em suas fases constitutivas (*Bestandteile*), e afirmava que o injusto não se definiria como ação típica + antijuridicidade + culpabilidade, mas sim como um *todo* da ação, um *todo* da antijuridicidade e um *todo* da culpabilidade, razão pela qual se diz que é *ação antijurídica e culpável*.

Há vários atos típicos cuja punição fica fora do controle direto do sujeito ativo: a) na instigação ou induzimento ao suicídio, a infligção de pena depende do advento de lesão corporal grave ou morte. Assim, se, ao tentar, o suicídio não se consumir ou apenas produzir lesões corporais de natureza leve, o induzimento ou a instigação não serão puníveis; b) na convalidação de núpcias, mercê de induzimento a erro de ocultação de impedimento, a imposição de pena depende da anulação do casamento; c) em certos delitos falimentares, a punibilidade depende da sentença declaratória da falência.

No Direito italiano, poderíamos alinhar a infidelidade nos negócios do Estado (*v.g.*: a punição está condicionada ao perigo de dano para o interesse nacional), o contágio de sífilis e de blenorragia (a ser contraída a doença), o incesto (a existência do escândalo público) e a bancarrota (a declaração de falência).

Há autores que colocam a *punibilidade* no sentido da possibilidade de aplicação da pena, como *elemento constitutivo do delito*, que integrá-lo-ia junto ao fato típico e à culpabilidade,³⁰ ou junto com a antijuridicidade típica e a imputabilidade, compreendendo a culpabilidade.³¹ Realmente, os autores divergem ao estabelecer se

²⁹ Juarez Tavares, *op. cit.*, 3.1.1.1.5, 198.

³⁰ Battaglini, *ob. cit.*, 275.

³¹ Mezger, *Grundriss*, 1938, 37.

a *punibilidade* é pressuposto, elemento ou conseqüência do injusto, bem como de assentar se pode ou não ser suspensa.

Pode existir injusto não punível? Extinta a punibilidade desaparece o injusto? Suspensa a punibilidade, a ação deixa de ser ética e juridicamente reprovável?

Aqui não se trata da punibilidade em sentido genérico ou abstrato (a qualidade do fato tem como conseqüência jurídica a pena), visto que a simples cominação da pena tornaria o ato punível. Para o legislador, o injusto é um *prius* e a punibilidade um *posterius*; ele avalia a conduta e, conseqüentemente, torna-a punível, ao passo que o juiz penal, primeiro, observa se a lei comina pena, a fim de verificar se o ato é ou não reprovável ética e juridicamente.

A norma pode declarar um ato punível e suspender a inflicção da pena, ao mesmo tempo em que estabelece condições resolutivas, bem como coloca a punição na dependência de um acontecimento contingente. Dessa forma, a inflicção da pena em cada caso pode ficar dependente de uma condição extintiva ou suspensiva. O injusto já existia, a punibilidade já existia, mas, por entender do legislador, fica suspensa a imposição da pena. Vannini considera como *condição objetiva e extrínseca de punibilidade* o acontecimento que, embora exigido normativamente para a existência do crime, não é imprescindível para a sua essência de fato contrário ao interesse tutelado. Há autores que advogam a condição objetiva da punibilidade como elemento do injusto.

Aliás, os italianos se baseiam para sustentar tal postura na redação do art. 44 do CP. (*“Quando, per la punibilità del reato, la legge ri chiede il verificarsi di una condizione, il colpevole risponde del reato, anche se l’evento, da cui dipende il verificarsi della condizione, non è da lui voluto.”*). Se a condição é requerida para a punibilidade do injusto, este seria considerado perfeito e acabado mesmo que não ocorresse. O que a lei italiana quis dizer é que o culpado *responde* pelo injusto ainda que o acontecimento não tenha sido querido (v.g.: no art. 236 do CP pátrio, o injusto consiste em contrair o casamento induzindo em erro ou ocultando impedimento, porém, no momento em que o agente contrai o casamento, o crime está praticado).

Só é suspenso (por motivo de conveniência, oportunidade ou política criminal) o que existe. Se a *condição* fosse elemento do injusto, o sujeito que praticasse o fato condicionante seria co-autor (v.g.: o juiz que anula o casamento estaria praticando um ato elementar ao delito, assim como nos delitos falimentares, o que prolata a sentença declaratória). Ficaríamos submersos na responsabilidade objetiva (v.g.: o erro quanto à condição objetiva de punibilidade seria exculpante). Por outro lado, nos tipos acessórios como a recepção, o favorecimento real e o favorecimento pessoal, inexistindo co-autoria *post factum*, se a condição fosse elemento essencial, jamais se poderia falar de tipo acessório, enquanto não se verificasse o acontecimento a que estava subordinada a punibilidade do injusto principal – a *condição* (v.g.: diante do art. 7º, II, alínea a, CP, ficam sujeitos à lei brasileira, embora cometidos fora do Brasil, os injustos que nosso país se obriga, em tratado ou convenção, a reprimir, normativamente, estabelecendo as várias condições para a aplicação da lei brasileira. Se a *condição* fosse elemento do injusto, enquanto o agente não entrasse no território nacional, não estaria consumado o injusto, e aquele que o favorecesse não estaria cometendo qualquer injusto, ainda que o auxiliasse a se subtrair à ação de autoridade pública ou que lhe prestasse auxílio destinado a tornar seguro o aproveitamento do injusto).

Obviamente, se as condições objetivas de punibilidade fossem elementares ao injusto, influenciariam na antijuridicidade.

Existem *condições objetivas de punibilidade*?

Há um evidente choque entre a pretensão de sua existência unitária e o *princípio da culpabilidade*, visto que afeta o princípio de que não há injusto se inexistir pelo menos forma negligente. Seriam meros requisitos de persecução do injusto.

Sustenta Zaffaroni que as chamadas "*condições objetivas de punibilidade*" são *elementos do tipo objetivo* e por isso devem ser abarcadas pelo conhecimento (dolo) ou pela possibilidade de conhecimento (negligência).

Assim, a partir da observação de que, às vezes, não é o injusto o único requisito para que opere a punibilidade e que, em certas ocasiões, não é uma causa pessoal que impeça a punição, afirma-se a existência de "*condições objetivas de punibilidade*".

Sob tal título alguns autores colocam (a) os *requisitos de persecução* e outros incluem (b) os *elementos objetivos do tipo* que entendem não serem alcançados pelo dolo; para outra corrente, não são (c) nem sequer atingidos pelo autor ou pela conduta; e, finalmente, (d) há aqueles que vislumbram dentro dos requisitos de persecução certos componentes objetivos que os colocam fora do tipo e como *pressupostos da punibilidade*. Na ampla discussão temática, caracterizaria sua presença objetiva, requisito de persecução, isto é, *condições processuais de operatividade da coerção penal*: a) para certos injustos; b) para o exercício de certas ações penais; c) para a ausência de perseguição punitiva.

Todas as teorias que pretenderam negar os planos analíticos, baseando-se em critérios formais, realistas ou políticos, tornaram-se infecundas ou mostraram desastrosos resultados. A construção dogmática foi atacada com argumentos kelsenianos, enquanto o positivismo italiano atacava as *atrocidades tedescas*. A corrente defensora do conceito *unitário*, conhecida como a Escola de Kiel, teve como seus expoentes Kempermann,³² Dahm,³³ Schaffstein³⁴ e Larenz.³⁵ Houve, através das lucubrações oficiais, um processo de politização da ciência e, nos dias atuais, a *Kieler Schule* desapareceu.

A maioria dos autores reconhece que a afirmação de um conceito analítico do injusto iniciou-se com Carmignani e veio a completar-se com Beling; no injusto o elemento tipicidade não importa no somatório de elementos isolados, que são agrupados para compô-lo. O injusto jamais poderá ser a *soma de elementos*,³⁶ visto que sua unidade está dada pela ação. Seria possível, ante o repúdio à forma unitária, a consideração como um conceito complexo, iniciando pela tarefa analítica ou pela conduta ou pelo autor.

³² Kempermann, *Die Erkenntnis des Verbrechens und seiner Elemente. Ein Beitrag zur Revolution des Strafrechts, Dogmatik*, Berlin, 1934.

³³ Dahm, *Nationalsozialistisches und faschistisches Strafrecht*, Berlin, 1935, e *Der Täterstrafrecht*, Leipzig, 1940.

³⁴ Schaffstein, *Politische Strafrechtswissenschaft*, Hamburg, 1933.

³⁵ Larenz, *Über Gegenstand und Methode des völkischen Rechtsdenken*, Berlin, 1938.

³⁶ Battaglini, *in Giustizia Penale*, 1960, IV, 1.169.

Estabelecida a presença de uma conduta típica, ela é submetida à verificação de ser ou não contrária à ordem jurídica (antijuridicidade), observando-se os aspectos objetivos e subjetivos, para, ao final, se averiguar se o direito exige que não se incorra no injusto (em Carrara, pode-se verificar através da definição de "*força física*" e de "*força moral*" e, no mesmo sentido, Binding com "*Schuldseite*" e "*Tatseite*" – "*parte da culpabilidade*" e "*parte do fato*"). Seus partidários, ante um fenômeno em que o homem participa, buscam cindir analiticamente os aspectos objetivos e subjetivos. De forma simplista, afirmam que o *injusto* (conduta típica e antijurídica) é *objetivo*, ao passo que a culpabilidade é *subjetiva*. Ora, se o injusto fosse *objetivo* seria impossível conceber a *conduta*, visto que não há conduta sem vontade. Ainda consideram as descrições legais de condutas proibidas como um mero enquadramento formal ou um mero movimento sem finalidade conhecida, ficando *objetivadas* (todo injusto é objetivo e toda culpabilidade é subjetiva).

A *conduta* é irrevocável, e o injusto é um todo *pré-jurídico* e *jurídico*, visto que a conduta existe antes da lei que a descreve, independentemente de sua descrição, sendo matéria de valoração jurídica. Daí, a *conduta* é o genérico, e o *injusto* é o específico.

O conceito de conduta ilícita (ação) penetra na teoria do delito diante do trabalho elaborativo dos hegelianos, os quais tentaram aplicar ao Direito Penal os propósitos formulados por Hegel.³⁷

Os dispositivos que a norma penal utiliza para individualizar condutas sancionadas são denominados *tipos*, tendo um caráter predominantemente descritivo, tanto o *objetivo* como o *subjetivo*. Assim, quando uma *conduta* está adequada ao tipo penal, dir-se-á *típica*, e se chamará de *tipicidade* a característica que por tal circunstância reveste-a.

Quando a *conduta* não é *típica*, há *atipicidade* comportamental; trata-se de um atuar *atípico*.

Sabemos que na *legítima defesa*, há uma permissão legal para uma *conduta típica*, porém os doentes mentais não possuem per-

³⁷ Hegel, *Lineamenti di filosofia del diritto*, Bari, 1913, § 118.

missão legal para violar os preceitos primários normativos. De um lado, há permissões legais; de outro, as proibições não são puníveis por ausência de culpabilidade.

Quando a ordem jurídica permite uma *conduta*, significa que é *legítima*, que não é contrária ao Direito (antijurídica). Para que uma conduta *típica* seja reprovável, é necessário que também seja *antijurídica*. As disposições permissivas do *atuar típico* (jurídico) são denominadas *causas de justificação* (exercício de um direito).

As primeiras características do ilícito penal (tipicidade e antijuridicidade) são denominadas *injusto*.

Quando se afirma que a ação típica e antijurídica deve ser culpável, traduz-se em ser o autor responsável pelo atuar, podendo ser reprovável, sendo *pressuposto* da imputabilidade ou da capacidade de culpabilidade e da ausência de causas de exculpação (erro de proibição invencível ou estado de necessidade exculpante). A diferença entre a ausência de antijuridicidade e a falta de culpabilidade, entre a justificação e a exculpação, consiste em uma conduta justificada reconhecida como legal pelo legislador, permitida e suportada *erga omnes*. A conduta exculpada não é aprovada e continua proibida, apenas não é punida, mas não tem que ser tolerada por quem é vítima de uma ação antijurídica.³⁸

Finalmente, com a constatação do *injusto*, é necessário firmar-se a reprovabilidade do autor, que seja *culpável* e que a *conduta* seja reprovável. Há casos em que o atuar do autor não é reprovável diante de uma determinada situação factual (*v.g.*: inimputabilidade, estado de necessidade exculpante, casos especiais de inelegibilidade de conduta diversa não devem ser reconhecidos tão-só como causa supralegal de exculpação, de forma vaga e indeterminada causando a insegurança jurídica e erro de proibição). A *conduta* não reprovável é a *conduta* de um autor não culpável (injusto não culpável).

Para que exista um injusto penal é necessário que haja uma *conduta humana (ação ou omissão) típica e antijurídica e culpável*.

³⁸ Roxin, *Derecho Penal, Parte general*, tomo I, Fundamentos, Estructura da Teoria do Delito, Civitas, trad. da 2ª ed. alemã, 1997, reimpressão 2000, § 7º, 4, 195.

O conceito clássico de injusto se compõe da *ação* (ato), como *caráter genérico, e dos atributos da mesma, típica, antijurídica e culpável*, como caracteres específicos.

Quando a ciência do Direito Penal chegou ao conceito de delito, apresentou-o como juízo de desvalor que recai sobre o ato. Como situa Maurach, no injusto está a desaprovação do ato e na culpabilidade a atribuição do ato ao seu autor. Para Muñoz Conde, na antijuridicidade e na culpabilidade situam-se os vários componentes do injusto. Sustenta ao tratar dos elementos e da estrutura do conceito de injusto que este responde a uma dupla perspectiva: (a) de um lado, está o juízo de desvalor que incide sobre um fato ou ato humano e, de outro (b), um juízo de desvalor que recai sobre o autor desse ato. Ao primeiro (a) denomina-se *injusto* ou *antijuridicidade*³⁹; o segundo (b), culpabilidade ou responsabilidade. Assim, conclui que o injusto ou antijuridicidade é a desaprovação do ato, e a culpabilidade a atribuição do ato praticado por seu autor para torná-lo responsável pelo mesmo. Conclui *“que nem todo fato antijurídico realizado por autor culpável é delito”* e que *“a tipicidade, a antijuridicidade e a culpabilidade são características comuns a todo delito”*. Munhõz Conde define o injusto como *“a ação ou omissão típica, antijurídica, culpável e punível”*.³⁹

Para Damásio Evangelista de Jesus, sob o prisma formal, *o crime é um fato típico e antijurídico. A culpabilidade constitui um pressuposto da pena*.⁴⁰ Assim, na *antijuridicidade* situariam-se a ação ou a omissão, os meios e as formas em que se realiza, seus objetivos e sujeitos, a relação causal e psicológica e o resultado. Já na *culpabilidade*, ficariam as faculdades psíquicas do autor (capacidade de culpabilidade), o conhecimento por parte do autor do ato e a exigibilidade de atuar diverso. Aquele que, de maneira consciente e voluntária, realizou o injusto, afastada a suposição da existência de causa que justifique o atuar, *sabe*, sendo capaz, que realizou o injusto. É exatamente tal consciência do injusto o elemento autônomo da culpabilidade, a qual deve estar relacionada com o tipo, abrangendo

³⁹ Cezar Roberto Bitencourt e Muñoz Conde, *Teoria Geral do Delito*, Saraiva, 2000, 2, 3/4.

⁴⁰ Damásio E. Jesus, *Direito Penal*, Saraiva, 23ª ed., 1999, 4, 151.

o conteúdo do injusto do referido ilícito penal, ou se em unidade de ato, de plúrimos tipos penais, estas poderiam ser divisíveis. Em suma, diante da doutrina dominante a consciência potencial é traduzida na obtenção da compreensão do injusto do ato pelo emprego da força do seu conhecimento e valor de representação.⁴¹

O Professor Muñoz Conde chama a atenção para a vertente negativa, exemplificando com a força irresistível que exclui a ação, a absoluta imprevisibilidade que exclui a relação psicológica com o resultado, as causas de justificação e a ausência das faculdades psíquicas do autor que exclui a imputabilidade.⁴²

Com o descobrimento dos *elementos subjetivos do injusto*, tornou-se impossível a delimitação da antijuridicidade e da culpabilidade conforme o critério tradicional, visto que a primeira seria objetiva e a segunda subjetiva. Também se descobriu na *reprovabilidade* um elemento *normativo* que permitiu diferenciar, do ponto de vista material, a *culpabilidade* e o injusto (lesão ao bem jurídico). O dolo e a negligência se convertem em formas e não em espécies da culpabilidade. Na obra de Radbruch,⁴³ foi substituído o conceito fundamental da teoria do injusto. O processo de transformação dos elementos descritivos formais em elementos materiais normativos sacrificou, por força dos exageros, o *conceito material de ação*.

3. LINHAS ESTRUTURAIS ESTRATIFICADAS DA CONSTRUÇÃO

A *concepção analítica*, que distingue no injusto os elementos *ação humana, tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade*, é obra da doutrina alemã. Começou a elaborar-se aproximadamente há cem anos e, desde então, foi evoluindo através de sucessivas retificações, inovações e modificações.

O *conceito de ação* surge no manual de Albert Friedrich Berner (1857), como pórtico inaugural do *sistema do delito* e da obrigatoriedade do reconhecimento de uma antijuridicidade objetiva independente da culpabilidade, formulada por Ihering em seu

⁴¹ Wessels, *Direito Penal*, Parte Geral, Fabris, trad. Juarez Tavares, 1976, VI, 90.

⁴² Muñoz Conde, *Teoria Geral do Delito*, trad. Juarez Tavares e Luiz Prado, Porto Alegre, 1988, 2, 3.

⁴³ Radbruch, "*Drei Strafrechtslehrbücher, Jahrhunderts*", in Rosenfeld-Fest. 1949, I, 162.

Das Schuldmoment im römischen Privatrecht de 1867, abrindo caminho para o *conceito do tipo*, criado por Beling em 1906, com sua célebre monografia “*Die Lehre vom Verbrechen*” (A teoria do delito) e para a teoria da culpabilidade o trabalho de Reinhard Frank, “*Über den Aufbau des Schuldbegriffs*”, em 1907. Anotem-se os impulsos dados por Liszt, Beling, Max Ernest Mager, Mezger e Welzel.⁴⁴

Podemos assinalar, principalmente, três etapas que levam o selo filosófico próprio de cada momento. A primeira etapa está representada pelo *sistema de Liszt-Beling*. Seu estilo de pensamento corresponde ao *positivismo científico* imperante na segunda metade do século XIX. Trata-se de uma *concepção objetivo-formal* do injusto que satisfaz às exigências do Estado de Direito, oferecendo um sentido prático ao sistema conceitual, garantindo a segurança jurídica. Refere-se aos distintos elementos do delito: a) a *ação* é concebida de modo puramente naturalista, como movimento voluntário corporal e troca do mundo exterior (resultado), unidos por uma relação de causalidade; b) o *tipo* se entende como pura *descrição do aspecto objetivo* do fato; não pode conter predicados de valor que pertençam à antijuridicidade, nem elementos subjetivos (que correspondem à culpabilidade); c) a *antijuridicidade* é um juízo que recai unicamente sobre o aspecto objetivo do fato (todo aspecto subjetivo pertence à culpabilidade); d) a culpabilidade se configura como um processo psicológico e espiritual que tem lugar no interior do mundo anímico do autor. É um nexó psicológico do autor com o fato (conceito psicológico de culpabilidade). Esta relação psicológica reveste as modalidades básicas de dolo (conhecimento e vontade do fato) e negligência (voluntariedade da ação que, por imprevisto ou descuido, origina um resultado não querido, mas previsível e evitável).

Portanto, o sistema clássico do delito que foi dominante no início do século passado, tinha como patamar a hipótese de que o injusto e a culpabilidade se comportam como parte externa e interna do delito. Os requisitos objetivos pertenciam ao tipo e à antijuridicidade, e a culpabilidade era concebida como o somatório

⁴⁴ Roxin, Derecho Penal, § 7º, III, 1, 196/197.

de todos os elementos subjetivos do delito (conceito psicológico da culpabilidade). O dolo era forma da culpabilidade.

Com o declínio da teoria clássica, inicia-se o sistema neoclássico operando uma reformulação, ao reconhecer que o injusto não é explicável em *todas* as hipóteses, tão-só por elementos *puramente* objetivos, e que a culpabilidade, por sua vez, deveria ser traduzida *exclusivamente* por elementos subjetivos. A doutrina passa a reconhecer elementos subjetivos do injusto. A culpabilidade em situações especiais, como no estado de necessidade também depende de circunstâncias objetivas. O conceito de delito neoclássico manteve inicialmente a separação entre injusto objetivo e culpabilidade subjetiva e afirmava o dolo como forma de culpabilidade. A presença do injusto é valorada no plano da reprovabilidade (conceito normativo da culpabilidade).⁴⁵

Os elementos *normativos* e *subjetivos* condicionam, antes da antijuridicidade e da culpabilidade, a tipicidade da conduta. A *antijuridicidade* não se desfecha na pura relação de contrariedade do ato com a norma (*antijuridicidade formal*), mas se configura consubstancialmente como lesão de valores, bens ou interesses (*antijuridicidade material*). A *culpabilidade* não se concebe como nexó psicológico entre fato e autor, mas sim como *juízo de valor*. Com a introdução do *conceito de injusto pessoal*, o finalismo fortalece a subjetivação da antijuridicidade.

Culpabilidade é a reprovabilidade (juízo de reprovação pessoal) *do autor capaz, que em razão do conhecimento potencial da antijuridicidade, não dirigiu a sua ação de acordo com a regra de direito, quando era exigível conduta diversa*. As relações psicológicas (dolo e negligência), que antes conduziām à essência da culpabilidade, passam a ser meros pressupostos fáticos do juízo de culpabilidade.

Com o surgimento da *teoria normativa da culpabilidade* (Frank) e a introdução dos elementos subjetivos do tipo, foi construído um novo esquema de delito que coincide com a individualização do ato proibido (conduta típica) e uma dupla desvalorização (ato e autor),

⁴⁵ Roxin, *Derecho Penal*, § 7º, b, 199.

sem alterar basicamente o sistema Liszt-Beling. Dolo e negligência permanecem na culpabilidade; o tipo é predominantemente objetivo, bem como a antijuridicidade. A construção é denominada por vários autores "*neoclássica*", tendo sido realizada por Mezger.⁴⁶

A terceira etapa corresponde à *doutrina finalista*⁴⁷, cujo fundador e representante mais autorizado é Welzel. Começa a elaborá-la na década de 1930 e obtém seu máximo desenvolvimento a partir do término da Segunda Guerra Mundial. O próprio Welzel procede do campo da filosofia jurídica, inspirando-se na ontologia de N. Hartmann. Metodologicamente, rebate o estilo de pensamento logicista e abstrato das épocas precedentes substituindo-o por uma consideração ontológica dos problemas: *a estrutura lógico-objetiva do objeto de conhecimento determina a estrutura do conceito, bem como vincula o legislador e a ciência.*

A ação humana é o exercício da atividade final, uma estrutura lógico-objetiva finalista, e "*a finalidade se baseia na capacidade da vontade de prever, dentro de certos limites, as conseqüências de sua intervenção no curso causal e de dirigir, por conseguinte, este, conforme um plano, à consecução do fim*" (prejudicialidade ontológica). Portanto, na lição welziana, que busca a *adaequatio rei et intellectus*, a espinha dorsal da ação final é a *vontade consciente do fim*, reitera do acontecer causal.

A teoria finalista e o conceito de injusto pessoal têm sua origem em uma estreita vinculação com a concepção retributiva da pena, reflexo de uma limitação da prevenção especial, que já havia inspirado o conceito de delito nos fins do século XIX e que influenciou o existencialismo e outras correntes irracionistas do século passado.⁴⁸ A teoria finalista se caracterizou por um conceito de ação baseado na direção do atuar do autor a um fim prefixado, opondo-se ao conceito causal, que só tinha em conta a produção causal do resultado. Juarez Tavares sintetiza que o finalismo inova em dois aspectos substanciais: a) subordina toda a estrutura do injusto ao

⁴⁶ Mezger, E., *Moderne Wege des Strafrechtsdogmatik*, 1950.

⁴⁷ Pagliaro, *Il fatto di reato*, 190-226; Welzel, *Naturalismus und Wertphilosophie im Strafrecht*, 1935, 7.455.

⁴⁸ Nesse sentido: Wolf, Bockelmann, Dahm e Schaffstein.

conceito final de ação, que não é um conceito normativo, mas ontológico; b) confere à norma penal uma função primária de proteção aos valores ético-sociais; substituindo o resultado elege o sentido da própria ação como elemento básico de configuração do injusto.⁴⁹

Se a *finalidade* forma parte na estrutura lógico-objetiva da ação, deve ser necessariamente, segundo os princípios metodológicos, elemento do *conceito de ação* (toda conduta humana tem um fim). O causalismo separa o ato de vontade como *elemento da ação* (para a existência de ação basta que o sujeito tenha querido algo, sem que se interesse pelo que não tenha querido) e o *conteúdo do ato de vontade* (tenha querido o sujeito e para o que o tenha querido), que *informa o dolo e negligência* e considera-os *pertencentes* à culpabilidade. Esta separação entre o *ato de vontade* (parte integrante da ação) e o *conteúdo da vontade* (parte integrante da culpabilidade) é, *segundo o finalismo, inadmissível*. O *conteúdo da vontade* é o elemento conformador da ação, concebido como exercício da atividade final e, por conseguinte, deve ser trasladado do *conceito de culpabilidade*, onde se vinha considerando o conceito de ação. O *dolo* é *elemento construtivo da ação*. Este discernimento esvazia o conceito de culpabilidade (que pretende reduzir-se a puro juízo de valor cujo objeto de valorização, conteúdo da vontade, situa-se fora da própria culpabilidade) e produz correlativamente um enriquecimento da antijuridicidade. Como a *antijuridicidade* é um atributo da ação, e esta compreende o *conteúdo da vontade* (elemento fora da ação), o *dolo* passa a ser objeto do *juízo de antijuridicidade*, uma concepção subjetiva da antijuridicidade que Welzel qualifica como *injusto pessoal*. A concepção de injusto pessoal do finalismo veio a ser acolhida por defensores da *teoria social da ação* e pelos cultores do moderno funcionalismo.

Na *sistemática finalista* está a subjetivação do tipo. Para Von Weber, o *delito* é um conceito *bipartido*, ao passo que, para Graf Zu Dohna, a antijuridicidade é o juízo que recai sobre o aspecto objetivo do tipo e a culpabilidade sobre o subjetivo. Welzel sustenta um

⁴⁹ Juarez Tavares, *op. cit.*, 1.2.2.4, 151.

critério *tripartido*, afirmando que *pertence ao dolo o tipo subjetivo*, independentemente da antijuridicidade, e à culpabilidade *pertence-ria a possibilidade de compreensão da antijuridicidade*.

Hoje, há um "*finalismo ortodoxo*" e um "*finalismo heterodoxo*", partindo da base teórica de que inexistiu um conceito jurídico-penal de ação, visto que há identidade entre este pretensão conceito e o ôntico-ontológico.

Sem abandonar a distinção material entre *injusto* e *culpabilidade*, parece que o sistema conseguiu a unificação da direção pessoal e teleológica. Como realização do querer, a ação é entendida na *direção final*, constituindo-se no ponto inicial para os elementos pessoais do injusto. Já como *realização* do querer, é um momento causal, portador do *resultado do injusto* (lesão ou perigo concreto de lesão ao bem tutelado).

Para o finalismo a essência da ação tem como pórtico, diante de sua antecipação mental e correspondente à seleção de meios, o autor que atua controlando o curso causal e dirigindo-o através de um objetivo determinado ("*supradetermina o modo final*"). O dolo aparece em uma forma limitada da direção causal e se torna componente do tipo (ulterior subjetivação do injusto), ao passo que a culpabilidade caminha para a normatização, em posição contrária ao sistema clássico.⁵⁰

No *sistema Liszt-Beling*, baseado predominantemente na filosofia neokantiana dos valores, apartando-se do naturalismo, a *conduta*, que era privada de finalidade, ficava convertida a um acontecer causal, e sendo a vontade uma capacidade de atuação muscular, o *tipo* abrangia a exterioridade da conduta, prescindindo de qualquer elemento subjetivo, ao passo que a *antijuridicidade* era objetiva (concepção material) como um dano social. O injusto era a *causação física*, a culpabilidade a *causação* psíquica. Assim, a culpabilidade era uma relação psicológica entre a conduta e o resultado (teoria psicológica); tal sistema está exposto nas obras de Liszt⁵¹ e de Beling.⁵²

⁵⁰ Nessa direção: Weber, Graf zu Dohna, Welzel, Maurach e Stratenwerth.

⁵¹ Von Liszt, Lehrbuch, 1ª ed., 1881.

⁵² Beling, Die Lehre vom Verbrechen, Grundzüge des Strafrechts, 1889.

Como vimos, a segunda etapa surge quando o *sistema Liszt-Beling* é submetido a um profundo processo de transformação, cujo término pode convencionar-se no ano de 1931, quando aparece a primeira edição do tratado de Mezger. Formalmente mantém o mesmo sistema, porém se transforma substancialmente a estrutura em cada uma das peças conceituais, e tal transformação se opera sob os auspícios da corrente filosófica neokantiana patrocinada pela *escola subocidental alemã*.⁵³ Como é sabido, a *Escola de Baden* representa dentro do neokantianismo uma posição menos formalista que a *Escola de Marburgo*.⁵⁴ O princípio da referência da realidade ao valor ou do valor à realidade objetiva, defendido pela *escola subocidental*, permite lograr a síntese entre o *fato sociológico* e a *valorização jurídica*, impondo-se a formação teleológica de seus conceitos. Sob o influxo dessas premissas gnosiológicas, se configura como uma *concepção teleológica do delito*, e as características essenciais da infração estão orientadas segundo a idéia de valor: (a) a *ação* e a *omissão* puníveis não são puros acontecimentos naturalísticos de suceder externo, senão concebidos referentes a um valor. Nesse sentido, a *ação* e a *omissão* são somente aqueles acontecimentos que merecem a qualificação de conduta humana e podem ser valorizados como tal de determinada maneira; (b) o *tipo* deve ser concebido como pura descrição do aspecto objetivo do fato e se enriquece com elementos normativos e subjetivos. Reconhece-se que, em certos casos, a *tipicidade da conduta* depende de determinados valores normativos e de certos elementos subjetivos. O tipo de furto inscrito no art. 155 do Código Penal requer que o autor subtraia uma coisa alheia (*elemento normativo*), exige valorização conforme o direito privado, isto é, o sujeito passivo era titular ou não de direito real da propriedade, possuidor ou detentor da coisa móvel, com ânimo de lucro (*elemento subjetivo*). Se a coisa não é alheia e o autor não a toma com ânimo de lucro, sua ação é *atípica*.

A inclusão do *conteúdo do querer* na ação faz o dolo sair da esfera da culpabilidade para a da ação e do injusto. Não se abando-

⁵³ Rickert e Lask.

⁵⁴ Cohen e Natorpe.

na o conceito de culpabilidade, apenas há redução do conteúdo de valoração. Segundo a teoria dominante, a *culpabilidade* é composta pela *capacidade de imputabilidade*, pela *consciência potencial da ilicitude* e pela *exigibilidade de uma conduta adequada à norma*.

Na dicção de Jeschek, o injusto é um *fato* apenado por uma lei, isto é, um *fato punível* que requer vários elementos que constituem os estágios de valoração da tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade para o modelo da construção do delito.⁵⁵

O pensamento do homem, seu caráter, seu comportamento, vitais em sociedade, podem constituir atos ética e juridicamente reprováveis, todavia, *per se*, são *ações humanas*.

O injusto é formado por uma *ação humana apenada por lei* (princípio de intolerabilidade). Em razão das exigências do *princípio de legalidade*, que é o primeiro princípio informador do Direito Penal, a lei deverá descrever, através do processo de tipificação, as condutas reprovadas sob a imposição de uma sanção. Dessa forma, para que uma *conduta* (ação ou omissão) possa ser considerada *crime* ou *contravenção*, é imperioso que coincida com o que está inscrito na lei penal. É necessário que seja *típica* (identidade entre o ato e a previsão legal contida no tipo penal).

As *condutas* que não contrariam normas jurídicas são *lícitas* e, como tais, não há reprovabilidade jurídica. A *ilicitude* (antijuridicidade), isto é, a contrariedade ao Direito, é uma característica fundamental do Direito. Na *antijuridicidade*, há um juízo de desvalor que o ordenamento jurídico pronuncia sobre a *conduta*, visto que não é como objetivamente exige o Direito (relação de contradição de caráter objetivo entre determinado ato do cotidiano da vida e o ordenamento jurídico pessoal).

Para que um atuar injusto possa ser punido, é necessário que seu autor seja *culpável* (imputabilidade, conhecimento potencial do injusto e a não exigibilidade de conduta diversa). São excludentes: a imputabilidade, a ignorância da lei, o erro sobre a antijuridicidade, as dirimentes putativas, a inegibilidade de conduta diversa, a coação moral irresistível, a obediência hierárquica e o estado de necessida-

⁵⁵ Jescheck e Lehrbuch, 151-153.

de exculpante. A pena é *malum passionis propeter malum actiones* e, quando é retribuição, pressupõe que o autor seja punido ao ser culpável pelo mal realizado (a pena não é elemento do delito mas consequência).

A teoria finalista se caracteriza por um conceito de ação com patamar na direção da conduta do autor diante de um fim por ele prefixado, opondo-se ao conceito causal de ação que só tinha em conta a produção causal do resultado. O dolo, reduzido ao conhecimento e à vontade da realização do tipo objetivo, se converteu em elemento do ilícito, dando lugar ao elemento subjetivo, complementar ao elemento objetivo, abandonando a culpabilidade. De outro lado, os delitos dolosos e os negligentes se separaram diante da estrutura do delito: o dolo e a negligência são formas de antijuridicidade e não de culpabilidade. Finalmente, pode-se distinguir no ilícito o desvalor do resultado e o desvalor da ação (único elemento da antijuridicidade com a exclusão do conceito do injusto do desvalor do resultado).⁵⁶ A culpabilidade se reduz à capacidade de culpabilidade e à possibilidade do conhecimento da proibição.

*A doutrina finalista é submetida à viva discussão originando constantes revisões e retificações por parte de seus próprios patrocinadores.*⁵⁷

Em conclusão, a teoria final da ação se funda nas teorias ontológicas e fenomenológicas, que colocam em relevo determinadas leis estruturais do ser humano convertidas no fundamento das ciências de pessoa humana. Torna-se lógico colocar no centro da teoria do delito um conceito básico, antropológico e pré-jurídico, em relação à ação humana e construir, partindo da constituição ontológica de ação, um sistema, dado pelo legislador, de *estruturas*

⁵⁶ Bacigalupo, *Manual de Derecho Penal*, 71.

⁵⁷ Vale notar que no sistema da teoria jurídica do delito fundado no conceito finalista de ação, *finalidade e vontade de realização* são conceitos idênticos, compreendendo o fim que busca o autor para a consecução de seu plano. Tem-se no elemento intelectual da reprovabilidade que a consciência da antijuridicidade resultaria abstraída, apartada do dolo, como elemento da culpabilidade. O autor é aquele que possui o domínio finalista do fato. No contexto assinalado, na visão do finalismo da atualidade, ressurge o *normativismo* diante do *antologismo* da doutrina finalista, sendo aceitas as consequências do finalismo na teoria jurídica do delito e renegado o conceito finalista da ação. É correta a crítica feita por Cerezo Mir de que um conceito de ação diverso do finalista seria inútil e geraria graves equívocos na constituição ou interpretação dos tipos de injustos, encontrando aqui o normativismo uma barreira intransponível. De igual modo, o conceito de ação finalista, quando inclui o conteúdo da vontade na ação, dá maior diversidade de compreensão do injusto doloso e negligente, mesmo que o resultado causado fique fora da esfera da ação.

lógico-reais ou *lógico-objetivas* proporcionando à dogmática jurídico-penal perspectivas permanentes.⁵⁸

A crítica à doutrina da ação finalista havia se centrado em relação aos delitos negligentes que Welzel respondeu com a elaboração do critério da finalidade potencial (causação que era evitável mediante uma atividade finalista). Conceituou, ao final, admitindo a existência nos injustos negligentes de uma ação *finalista real*.

4. CONCLUSÃO

Na atualidade as teorias do injusto tendem ao modelo finalista heterodoxo. Ressalte-se que a discussão teórica perde espaço diante dos mesmos pressupostos da pena no neoclássico e no finalismo. Bacigalupo, ao enfrentar a crítica do esvaziamento da culpabilidade, responde que nada impede que uma teoria do injusto opere com uma tipicidade vazia (sem dolo) e não há obstáculo em uma culpabilidade sem dolo, desde que o dolo continue sendo elemento do injusto.⁵⁹

Por outro lado, encontramos a *teoria do injusto* ou do ilícito penal que, em síntese, apresenta duas posições: a) *define o injusto como um ato de desobediência da norma*, concebendo-a como um imperativo, *não importando tanto o causado como o que se quer causar*, surgindo o direito subjetivo do Estado de reprimir com a pena; b) *o injusto penal é um ato socialmente danoso* (lesão ao bem jurídico), isto é, uma perturbação ao ordenamento jurídico-penal, concebida a norma como um juízo de valor sobre o fato (norma de valoração), *importando mais o causado do que o que se pretende causar*. A lesão faz surgir o Direito Penal subjetivo.⁶⁰

Busca-se unir as duas posições com as discussões polêmicas sobre um conceito formal e material de antijuridicidade e a preponderância dada ao desvalor da ação no conceito de *injusto*.⁶¹

⁵⁸ Roxin, *Derecho Penal*, § 7º, 201.

⁵⁹ Bacigalupo, *Manual*, 73; Nova Monreal, *Causalismo y Finalismo en el Derecho Penal*, 1980, 2ª ed., 1982.

⁶⁰ A primeira posição (a) corresponde à escola clássica (Binding), que se vincula às teorias absolutas da pena e, a segunda (b), ao positivismo (Von Liszt), na direção de uma teoria preventiva especial da pena.

⁶¹ Horn, *Konkrete Gefährdungsdelikte*, 1973; Schmidhäuser, *Strafrecht*, 2ª ed., 1975, 200; em sentido contrário: Stratenwerth, *Fest. für Schaffstein*, 1975, 177; e Gallas, *Fest. für Bockelmann*, 1979, 155.

Surge como consequência que a distinção entre delito consumado e frustrado carece de significação. Para a *construção do desvalor da ação*, não são requeridos todos os elementos objetivos do tipo e correlatamente a suposição de uma situação justificante, ainda que não ocorra uma situação de necessidade. O querer o fato típico constitui o desvalor da ação.⁶²

Bacigalupo sintetiza que a estrutura do ilícito difere de uma teoria do injusto pessoal e a diferença se manifesta nos elementos constitutivos do desvalor da ação.

Por derradeiro juízo crítico, na direção de Figueiredo Dias,⁶³ as deficiências da concepção finalista para cumprir as exigências do conceito geral de ação surgem quando Welzel busca uma posição definitiva prévia do esclarecimento das relações entre finalidade e dolo.⁶⁴

Diz Figueiredo Dias *"que não se poderá, em todo o caso, aduzir ao conceito o cumprimento da função que dele se espera, porque a ação pode não conter a substância indispensável para suportar as predicções posteriores e a tipicidade: o agente pode ter querido imputar à outra pessoa fatos ofensivos a sua honra e consideração, todavia não ter estas preenchido o tipo de difamação."* Conclui que o *"conceito final não se pode arvorar em conceito geral de ação"*.⁶⁵

Figueiredo Dias, numa terceira via, ressalta entre as construções normativistas e finalistas, na busca de uma concepção atual, que tanto poderá reconduzir-se à *"normatização da finalidade"* ou a uma certa *"finalização da normatividade"*.⁶⁶

A construção do conceito deve ser *teleológico-funcional e racional*, possuindo postulados próprios e determinados por seu desenvolvimento específico. Cumpre verificar a concepção elaborada em 1970 por Roxin a propósito das relações entre a política criminal e o

⁶² Bacigalupo, Manual, 76/78.

⁶³ Jorge Figueiredo Dias, *Questões Fundamentais do Direito Penal Revisadas*, RT, 1999, III, 2, b, 209.

⁶⁴ Welzel, *Vom Bleibenden und vom Vergänglichem im der Strafrechts Wissenschaft*, 1964.

⁶⁵ Figueiredo Dias, *Questões*, 210.

⁶⁶ Englich, *Logische Überlegungen zur Verbrechensdefinition*, Fests. für Welzel, 1974, 343; Roxin, *Zur Kritik der finalen Handlungslehre*, 25fW, 1962, 515.

sistema do ato punível⁶⁷ e que foi desenvolvida dogmaticamente por Schönemann⁶⁸ e Wolter.⁶⁹

Na dogmática atual se movem os projetos dentro do marco prefigurado pelo sistema neoclássico e finalista. As modernas exposições doutrinárias destacam o enlaçamento da estrutura da *concepção neoclássica*⁷⁰ do injusto e, parcialmente, a *teoria final da ação*,⁷¹ porém é majoritária a posição de uma síntese entre os novos rumos do finalismo e certas conclusões irrenunciáveis da fase neoclássica, determinada por um pensamento valorativo e teleológico.⁷²

Roxin diz que a rejeição do conceito de ação finalista se baseia, majoritariamente, no fato de que uma concepção ontológica da ação não pode ser vinculante para um sistema de Direito Penal fundado em decisões valorativas, em que a definição de ação como controle do curso causal dirigido a um determinado objetivo não se ajusta aos atos negligentes e aos delitos omissivos. Assim, conclui que a inclusão do dolo no tipo subjetivo se fundamenta independentemente do conceito de ação, sobretudo no sentido social das ações típicas (v.g.: a simulação de fatos falsos no estelionato, ou a falsificação de documento prespõem o dolo do autor).⁷³

Aduz que, diante da síntese neoclássico-finalista, se pode distinguir entre o injusto e a culpabilidade, sustentando que o injusto caracteriza o desvalor da ação e a culpabilidade, o desvalor da atitude interna⁷⁴ ou o poder de evitar.

⁶⁷ Roxin, *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem*, 1973.

⁶⁸ Schönemann, *Strafrechtssystem und Kriminalpolitik*, Fests. für Schmitt, 117.

⁶⁹ Wolter, *Strafwürdigkeit um Strafbedürftigkeit in einem neuen Strafrechtssystem*, 140, *Jahre Goldammer's Arc* hiv, 269.

⁷⁰ Nesse sentido: Bauman e Weber, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 1985, § 15.

⁷¹ Nesse sentido: Welzel, Maurach e Zipt e Stratenwerth.

⁷² Gallas, *Zum gegenwärtigen Stand der Lehre vom Verbrechen*, *ZStW*67, 1955, 47. Este trabalho sobre a teoria do delito naquele momento era representativo do estágio da discussão pós-guerra. Schönemann sustenta (1984) que "o sistema dominante na atualidade deve todos os seus conteúdos ao finalismo".

⁷³ Roxin, *Derecho Penal*, § 7º, 21, 202.

⁷⁴ Nesse sentido: Gallas, Jescheck e Wessels.

As teorias modernas do injusto mantêm como danosidade (nocividade) social e a culpabilidade como reprochabilidade. Explica a diferença entre o injusto e a culpabilidade, pois aquele expressa um juízo de desvalor sobre o ato típico, ao passo que a culpabilidade traduz um juízo de desvalor sobre o autor do injusto.⁷⁵

Roxin apresenta a construção do sistema racional-finalista ou teleológico (funcional) do Direito Penal, cujos defensores são acordes em rejeitar o ponto de partida do sistema finalista, partindo da hipótese de que a formação do sistema jurídico-penal não pode vincular-se a realidades ontológicas prévias (v.g.: ação, causalidade, estruturas lógico-reais), mas tão-só pode guiar-se pelas *finalidades* do Direito Penal. Diz Roxin que o avanço consiste em se substituir a vaga construção neokantiana de valores culturais por um *critério de sistematização especificamente jurídico-penal*, que constitui o patamar político-criminal da moderna teoria dos fins da pena. Como peças fundamentais temos: (a) *a teoria da imputação do tipo objetivo*. Nesta, o tipo objetivo, para as três concepções sistemáticas nos tipos de resultado, fica reduzido à mera causalidade; em troca, o ponto de partida teleológico depende da imputação de um resultado ao tipo objetivo da *"realização de um perigo não permitido dentro do fim de proteção da norma"*, substituindo-se a categoria científico-natural ou lógica da causalidade por um conjunto de regras orientando as valorações jurídicas.

A questão da imputação objetiva (*conceito do risco permitido*) será objeto de estudo nos temas específicos e deve ser entendida dentro do contexto da teoria do injusto, quando molda as exigências de natureza objetiva na caracterização do tipo, diante do sistema global articulado por Roxin e Jakobs, na tentativa de vencer as contradições do *conceito final de injusto*, principalmente nos campos naturalístico e normativo ao ditar uma concepção ôntica de conduta por sua finalidade, através de parâmetros normativos de valoração político-criminal, dependentes da produção de um perigo não permitido diante da tutela normativa (natureza valorativa).⁷⁶

⁷⁵ Roxin, *Manual*, § 7º, 21, 203.

⁷⁶ Nesse sentido: Fernando Galvão, *Imputação Objetiva*, 2ª ed., Mandamentos, 2002, 14 ss.

Cuida-se não só de uma correção de rumo da relação causal, mas também de um imperativo da realização típica, partindo-se de critérios normativos na esfera da tipicidade (dolo e negligência), em que o resultado jurídico é teológico-valorativo, produto da conduta e não do azar.

A outra inovação (b), afirma Roxin, do sistema racional-finalista ou teleológico se constitui na ampliação da “culpabilidade” à categoria de “responsabilidade”, enquanto a culpabilidade como *condição da pena* se deve à necessidade de prevenção geral ou especial da sanção penal. Portanto, as necessidades de prevenção e a culpabilidade se limitam reciprocamente e, em conjunto, dão lugar à “responsabilidade” pessoal do autor com a conseqüente imposição da pena. Conclui Roxin que a culpabilidade e a necessidade preventiva são condições necessárias para a pena.⁷⁷

Jakobs⁷⁸ retorna à concepção welzeliana observando que conceitos como causalidade, poder e ação não possuem um conteúdo pré-jurídico para o Direito Penal, apenas podem ser determinados segundo as necessidades da regulamentação jurídica.⁷⁹

A originalidade da concepção se baseia na formulação da dogmática jurídico-penal nos conceitos e categorias da *teoria dos sistemas sociais* (Luhman) e a peculiaridade se situa na concordância com sua teoria do fim da pena, onde a culpabilidade fica totalmente absorvida no conceito de punição geral, isto é, não é considerada como algo objetivamente dado, apenas é descrita como critério necessário sem levar em conta a capacidade do autor.⁸⁰

Outra postura original é dada por Schmidhäuser ao decompor o dolo, atribuindo componentes volitivos ao injusto, trocando seus momentos intelectivos (consciência do fato e do injusto) para a culpabilidade, aproximando-se do sistema neoclássico. Portanto, seus conceitos centrais são o injusto e a culpabilidade, ficando o concei-


⁷⁷ Roxin, Manual, § 7º, 25/26, 204.

⁷⁸ Günter Jakobs, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 1991.

⁷⁹ Para outros funcionalistas a postura de Jakobs é um surpreendente renascimento da formação de conceitos do neokantilismo de Lask, que Welzel havia combatido por cinco décadas (Schünemann).

⁸⁰ Visão crítica formulada por Roxin, Manual, § 7º, 27/28, 204/205.

to de ação em plano secundário. Concebe o injusto como a *conduta voluntária lesiva para o bem jurídico* (atitude interna injusta).

Roxin apresenta seu projeto de sistema teleológico-político criminal sobre a concepção de um sistema de orientação valorativa, afirmando que se deve partir da tese de que um moderno sistema de Direito Penal deve estar estruturado teleologicamente, isto é, construído atendendo a finalidades valorativas. Sua posição funcional não destoa dos enunciados da doutrina tradicional no que tange à relação tipo-antijuridicidade, pois sustenta que a realização do tipo indicia a antijuridicidade, caracterizando-se como uma qualidade da ação típica, diante do ato em contradição com as vedações ou imposições do Direito Penal (um ato típico pode ser antijurídico perante o Direito Civil e não sê-lo diante do Direito Penal, observado o que se denomina *princípio de intolerabilidade* conjugado com o de *legalidade*).⁸¹ As finalidades reitoras só poderiam ser do tipo político-criminal e os pressupostos da punibilidade deveriam orientar-se para fins do Direito Penal.⁸² 

⁸¹ Roxin, *Strafrecht*, 502.

⁸² Roxin, *Manual*, § 7º, 82, 230. Finaliza Roxin dizendo que estamos diante de um “*sistema aberto*” que evita as unilateralidades do antigo sistema.

O Menor e a Responsabilidade Penal

Alyrio Cavallieri

*Desembargador aposentado do TJ/RJ.
Professor da EMERJ e Membro do Fórum
Permanente da Criança e do Adolescente da
EMERJ.*

O comandante do navio foi surpreendido com a passagem de uma flotilha em cuja nave capitânea estava o almirante. De acordo com o cerimonial, deveria ordenar a salva de praxe, determinando fossem feitos disparos de canhão. Não o fez e foi acusado de indisciplina. Submetido a julgamento, o juiz auditor deu-lhe a palavra para apresentar a sua defesa. O comandante disse que dispunha de dez razões para se defender. A primeira era: não ordenara a salva de canhão porque não tinha pólvora. O juiz dispensou as outras nove provas e o absolveu.

Tratamos aqui da momentosa questão da responsabilidade penal dos menores, agora tratados sem razão técnica, de adolescentes. Não se pode negar que a delinquência juvenil, nos últimos anos, tenha crescido em volume e em violência. Além disso, os crimes de violência e tráfico de drogas ultrapassaram de muito aqueles de menor gravidade. O exame das estatísticas das varas especializadas dá conta de que o furto cedeu lugar ao roubo e a posse e ou uso de entorpecente foram ultrapassados largamente pelo tráfico. Quanto à quantidade, no Rio de Janeiro, enquanto em 1995 os processos relacionados a menores entre 12 e 18 anos somaram pouco mais de 2.000, no ano de 2002 o número foi além dos 6.000. A sociedade como um todo – famílias, mídia, políticos – reage emocionalmente, na busca de soluções imediatas que atenuem

a gravidade do problema. Daí a reação que se revela através dos pleitos pela adoção da pena de morte, o recrudescimento das punições e a penalização dos menores. Quanto aos menores, é óbvio que, rebaixada a idade a partir da qual eles se tornam passíveis de processo e pena criminal pelos seus crimes, fixada atualmente em 18 anos, a conseqüência seria a prisão, uma vez que penas alternativas para adultos já existem e elas correspondem, de certo modo, às medidas socioeducativas impostas aos adolescentes. Como o comandante do navio da anedota, que disse dispor de muitos elementos de prova em sua defesa, também temos muitas razões para a manutenção da idade de 18 anos. A primeira peça da defesa é esta notável obra intitulada *Prisão - Crepúsculo de uma era*, de autoria do mestre César Barros Leal, já vertida para o espanhol e para o esperanto, o que lhe concede abrangência universal. Estamos dispensados de apresentar outras provas. A prisão não é a solução.

No entanto, como recentemente se publicou notícia de que 57% dos magistrados pesquisados manifestaram-se a favor do rebaixamento da idade, o que já foi pior, pois há algum tempo, eles eram 75%. E, considerando que também numerosos legisladores apresentaram no Congresso Nacional projetos naquele sentido, penso ser prudente ir além do argumento da falta de pólvora, argumento indestrutível magnificamente consolidado pelo Mestre César Barros Leal na afirmação definitiva ao final de sua obra: "Saudada no princípio como uma conquista humanizante, a prisão não pode mais sobreviver qual sanção prioritária", apesar das resistências.

Como foram mencionadas a opinião de juízes e a disposição de parlamentares, enfrentemos o argumento de autoridade. E autoridade por autoridade, temos a nosso favor os congressos de duas respeitáveis instituições de especialistas, a Associação Brasileira de Magistrados da Infância e da Juventude – ABRAMINJ – e a Associação Brasileira de Magistrados e Promotores de Justiça da Infância e da Juventude – ABMP – que, em seus congressos, sempre se manifestaram a favor da manutenção dos 18 anos. E há mais, as repetidas recomendações da Associação Internacional de Magistrados da Juventude e da Família, com sede em Genebra. O seu 12º congresso, realizado no Rio de Janeiro, com 796 participantes de 34 países foi

peremptório ao proclamar: “A idade da responsabilidade penal do menor deve ser sempre aumentada e jamais diminuída!” Nos congressos que se seguiram, a recomendação tem sido repetida.

Publicação **DelRey Idade da Responsabilidade Penal**, organizada por Heitor Piedade Júnior e César Barros Leal, alinha opiniões calcadas em reconhecido conhecimento científico de Cleonice Maria Resende, Eros Grau, Francisco Clávio Saraiva Nunes, Gercino Neto, Godofredo Teles Júnior, Helena Rodrigues Duarte, João Batista Costa Saraiva, João Benedito Azevedo Marques, Mônica Cuneu, Munir Cury, René Bernardes de Souza, Saulo de Castro Bezerra, Tarcisio Martins Costa, Eduardo Reali Ferrari e dos próprios organizadores – todas defendendo a permanência da idade de 18 anos.

Ainda no setor de opiniões favoráveis à posição aqui assumida, a manutenção da idade atual, mas é imperativo citar o parecer do Conselho Federal da OAB, redigido por Nabor Bulhões e a irretocável preleção de César Barros Leal aprovada pelo Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, de dezembro de 2000. Aditem-se os pareceres do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, o Manifesto da Associação dos Juízes para a Democracia e outras 27 entidades, a posição do Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente – CONANDA – o pronunciamento da CNBB e incontáveis posicionamentos.

Vencido o argumento de autoridade, verifica-se que todas as proposições existentes no Congresso Nacional, na linha do rebaixamento da idade, repetem o argumento “se pode votar, pode ir para a cadeia”. E foi repetido pelo insigne Desembargador Fernando Whitaker, conforme citação da Desembargadora Áurea Pimentel Pereira (*Revista EMERJ*, vol. 9 nº. 33). Este argumento é o pano de fundo das inúmeras propostas de emenda constitucional (PEC), pois a corrida para a mudança pretendida tem que passar pela alteração da Constituição Federal. O argumento a favor de tratar-se de cláusula pétrea é duvidoso, não confiemos nele. Esta frase é refrigério para os adversários, reconhecemos, mas a honestidade intelectual é soberana e assim é citado. A Proposta de Emenda Constitucional - PEC de número 171 refere-se ao “desenvolvimento mental dos jovens de

hoje". A de número 91 menciona "a capacidade de avaliar as conseqüências de seus atos". A PEC 301 refere-se a que o menor "aos 16 anos já possui discernimento suficiente para avaliar os danos que causa". Na proposta 386 está escrito: "a juventude, nos tempos atuais alcança ampla maturidade física e psicológica". Uma outra, de número 426, afirma: "hoje, os jovens já estão suficientemente amadurecidos". A enumeração é cansativa. E é óbvio que 'eles' sabem o que fazem.

Na origem, tal posição estriba-se no discernimento. Acontece que este argumento é o mais frágil de todos. E simplesmente porque o sistema legal no tocante a aquisição e perda do exercício de direitos de forma imperativa, não se baseia, em princípio, na capacidade de entendimento, mas, antes da capacidade, na idade. Tanto é assim que o jovem vota com 16 anos, mesmo sendo analfabeto. Nunca se pergunta se ele sabe votar, assim como não se indaga da senhorita de 16 anos se ela sabe casar. Ademais, o deputado federal mais votado do país não pode se candidatar a senador, nem a vice, nem a presidente da República se não tiver completado 35 anos. Do mesmo modo, o mais hábil motorista não obtém sua habilitação legal antes dos 18 anos. A capacidade vem depois da idade, o critério é etário, sem exceção. Até aqui falamos de aquisição de direitos. Mas também pelo implemento da idade, perdem-se direitos. Assim é que o mais competente e sábio desembargador despe sua toga, deixa de lado seu martelo virtual e não mais julga, um dia após completar 70 anos. E discute-se a elevação para 75 anos. Primeiro, a idade, depois, a capacidade. É o sistema universal. E aplica-se, também, àqueles que praticam crimes.

Este sistema não é justo, nem científico, mas baseado em critério de conveniência, tanto que é variável a fixação de uma idade. Não é justo porque a perda ou aquisição de direitos é definida por uma medida de tempo, até mesmo mínima, minutos, segundos. Coautores de um crime, o mesmo delito, idêntica participação, terão destinos absolutamente diversos se entre eles, o minuto da meia-noite de seus aniversários dos 18 anos os separou irremediavelmente. O sistema também não é científico, pois que nenhuma ciência do mundo foi convocada para a fixação daquele instante indefectível.

Repetimos, o critério é o da praticidade, imaginando-se que até os 18 anos, provavelmente, a possibilidade de ressocialização é maior. Injusto, não científico, no entanto, o sistema etário tem a seu favor ser radical, abrangente, *erga omnes*, obrigando a todos sem exceção. O ideal seria utilizar-se o critério justo do discernimento, pelo qual a capacidade, a qualidade, a habilitação da pessoa ficaria na dependência de uma perícia, uma avaliação. No entanto, esta é falível, o juiz não está adstrito ao laudo, e, sobretudo absolutamente impraticável pela impossibilidade de submeterem-se todos os indivíduos sob julgamento, a uma apreciação técnica.

Com relação aos menores, o sistema do discernimento foi abandonado no Brasil em 1921 e substituído, de forma absoluta, pela certeza etária.

Ora, aceitos os argumentos expostos, porque ainda nos dias atuais os motivos para a pretensão do rebaixamento da idade ainda estão na esfera estreita do “sabe o que faz, deve ir para a cadeia”?

Tentamos uma explicação. Toda a desgraça começou em 1940, quando, ao explicar o novo Código Penal, o Ministro Campos, ou alguém por ele, como dizem desafetos, tenha afirmado que os menores de 18 anos, porque IMATUROS, ficavam fora da lei criminal. Lá está escrito, em negrito, na Exposição de Motivos, datada de 4 de novembro de 1940. E todos nós, a partir de nossos professores, e toda a comunidade fomos infectados, aceitamos e repetimos essa enormidade, a afirmação de que TODOS, TODOS os brasileiros abaixo daquela idade eram imaturos. O erro foi repetido na Constituição de 1988, com outras letras (a referência à imputabilidade), artigo 228, no Código Penal atual, artigo 27 e no próprio Estatuto da Criança e do Adolescente, artigo 104. Todos os citados diplomas legais repetem as palavras “são penalmente *inimputáveis* os menores de 18 anos”. Vamos repetir dois conceitos científicos, a fim de fundamentar a argumentação. Não há discordância em que *imputabilidade* é a capacidade de entender o caráter criminoso do fato e de determinar-se de acordo com tal entendimento. E *responsabilidade* é a obrigação de arcar com as conseqüências jurídicas do ato praticado, o que pode resultar no cumprimento de uma pena criminal. Abstemo-nos de mencionar doutores que firmaram estes

conceitos, pois nos dirigimos a juristas que bem os conhecem. Note-se a contradição do Código Penal: depois de firmar-se na maturidade psíquica, mental, fixa uma idade. O Código Penal consagra sua crassa erronia quando, no Título III da Parte Geral, trata da Imputabilidade Penal. Mete no mesmo balaio da inimputabilidade o doente mental, o bêbado completo e fortuito e, pasme-se! o menor de 18 anos. E temos convivido com tal absurdo. Enquanto os dois primeiros sujeitos são irresponsáveis por causas nosológicas, o terceiro – o menor - está fora do sistema penal por uma causa cronológica, a sua idade. E todo o mundo e seu pai, juristas e políticos, contaminando o povo, continuam na litania: pode votar, pode ir para a cadeia. Sabemos muito bem que os juristas tentaram justificar a erronia, ao inventarem uma “presunção de inimputabilidade”. Ora, não há presunção diante da certeza. Todos “eles” sabem o que fazem, a partir de uma idade mesmo reduzida. Já no século dezenove, Tobias Barreto defendia a tese do discernimento da criança, para os seus atos infantis. Como o povo, não me refiro aos cultos, aceitaria uma inimputabilidade presumida diante de um homem de 17 anos que, empunhando uma arma, mata um semelhante? Ele não sabe o que faz? Se não souber, estará incluído num dos outros dois grupos, elencados pelo Código Penal. Embriaguez completa e fortuita e doença mental.

Há a considerar que dois rebaixamentos de idade ocorreram: aquele que reduziu de 21 para 18 anos a idade da capacidade civil plena e o que resultou na fixação nos 16 anos a capacidade eleitoral. É inegável que tais editos trouxeram, para o mundo civil, um maior número de cidadãos e aumentou o contingente dos eleitores. Pode-se perguntar se ocorreu algum ganho para os contemplados, mas esta é outra discussão. E surge o paradoxo: reduzida a idade da responsabilidade, o aumento será da população carcerária, pois os delitos praticados pelos adolescentes, em maior quantidade, estão na classe da criminalidade aquisitiva – furto, roubo, tráfico – aos quais é cominada pena de prisão, quando praticados por responsáveis. Imagine-se a multidão de jovens entre 16 e 18 anos que aumentaria a superlotação das cadeias.

É hora de se perguntar aos adeptos do rebaixamento da idade se a cadeia é a solução. Sabe-se que a comunidade, diante do au-

mento da criminalidade e o recrudescimento da violência, reage emocionalmente. E pleiteia-se a pena de morte, o endurecimento das penas, a diminuição da idade. O segundanista, no passado, hoje o do segundo período de Direito, aprende que a pena criminal tem três finalidades: recuperativa, intimidativa, retributiva (o castigo). Em sua consciência, é forçoso reconhecer que só restou um atributo: o castigo. Quanto ao aumento das penas, impõe-se a verdade histórica: a primeira lei que puniu o traficante de drogas fixou a pena máxima em reclusão em 5 anos; a seguir, ela foi aumentada para 7 e, agora, é de 15 anos, além de multa colossal. Diminuiu o tráfico? E nem se fale em impunidade, pois os grandes traficantes, no Rio de Janeiro, estão nos presídios de segurança máxima.

Esgotada a problemática, passemos à *solucionática*.

A solução está na implementação de medidas de prevenção de primeiro grau, aquelas que atinjam as raízes da anomia, como na metáfora do candidato que mostrava os cinco dedos da mão – educação, saúde, emprego, seguridade, habitação e mais dedos, lazer, salário e agora os dedos já são sete. Ou adotar as sugestões do sociólogo Michel Misse, anunciadas no dia 19 de março de 2003, perante o Congresso Internacional “Violência - Frente e Verso”, da Escola da Magistratura Federal e da Fundação Konrad Adenauer: começar com as crianças pequenas, oferecer alternativas culturais, provocar a auto-estima nas crianças num ambiente em que convivam com a baixa auto-estima, incentivar a formação de lideranças jovens, apoiar e integrar a família, seja com cestas básicas, seja com visitas regulares aos seus domicílios, adotar educação para a realidade das crianças com currículo que contemple soluções para problemas do seu dia-a-dia, oferecer ensino profissionalizante, estabelecer programas de reabilitação do jovem que pretenda largar o tráfico. Aqui está todo um programa de governo, perfeitamente realizável, preconizado por Michel Misse.

Mas é necessário atender aqui e agora, à sociedade, premida pelo aumento da delinqüência e da violência e algo deve ser feito no âmbito da legislação. A manutenção da idade penal de 18 anos significa uma gloriosa e possível utopia, a crença em que a reeducação é o caminho, postura assumida em nosso país, desde os anos vinte. Na esteira de uma legislação específica que vem desde o

Código de Menores de 1927, dispomos, hoje do Estatuto da Criança e do Adolescente, consolidação de misto de lei programática e de conflito, com o que se distancia das leis anteriores. Os códigos anteriores eram leis de conflitos e não leis programáticas, como em uma das divisões das normas. Não se trata de crítica somente de forma, mas, e, sobretudo, de fundo. Valeria reclamar de uma política de terra arrasada com relação ao passado. Autor da primeira consolidação, em 1927, quando o país convivia com três códigos (Comercial, Penal, Civil – 1850, 1890, 1916), ao redigir lei que se destinava a uma porção do povo, menores de 18 anos, e mesmo este contingente, limitado aos abandonados e delinquentes, Mello Mattos, simbolicamente, chamou-a de Código, colocando-a no patamar dos diplomas existentes. Os reformistas contentaram-se com “estatuto”. Esta denominação foi criticada por Eduardo Mayr, por inadequada (Falhas do ECA, Ed. Forense, pág. 3). E acrescentamos, indica desprestígio. Mas aí está. Dezesseis anos após sua sanção, o Estatuto clama por uma atualização, ditada pela experiência em sua implantação e já reclamada por seus próprios autores, os quais propõem a edição de uma lei de aplicação das medidas socioeducativas, alterando o texto da lei original. Mas que as modificações não sejam tópicas, para não se desorganizar a lei, uma consolidação de normas. Mônica Labuto, insigne magistrada fluminense, colecionou, da existência de um rol de 47, mais de uma centena de projetos de leis ordinárias, em trânsito no Congresso Nacional, todos propondo alteração do ECA. Guaraci Vianna, titular do juizado dos infratores, menciona o número de 142 projetos. –Proclamo, com humildade, mas em alto e bom som – SALVEM O ESTATUTO! O trabalho deve ser consignado ao CONANDA (Conselho Nacional de Direitos da Criança e do Adolescente) adjunto do Ministério da Justiça, congregador de uma plêiade de especialistas. Deve adiantar-se ao Congresso. Seria saudável, ademais, examinar se as 92 pessoas que formularam 395 objeções à lei, no livro **Falhas do Estatuto e do Adolescente**, edição Forense de 1995, têm alguma razão.

Temos que sustentar a gloriosa bandeira da responsabilidade aos 18 anos. A sociedade a aceitará se oferecermos algumas correções da lei, tais como a adoção do verdadeiro sentido das medidas socioeducativas que, no momento, com seus prazos de vigência

determinados, assemelham-se a penas criminais, o que é incompatível com a intenção educacional - ECA, artigos 122 (internação), 118 (liberdade assistida); a correção dos casos de internação que, agora impedem a privação de liberdade no caso de traficante armado, artigo 122, a eliminação da inconstitucionalidade consistente em subtrair do Judiciário a apreciação do delito em que exista lesão ou ameaça de direito praticado por menor de 12 anos (artigo 105 e outros). Qualquer que seja a idade da mão que perpetra um furto, o ato é lesão de direito. Esta excrescência tem levado os traficantes a aliciarem as crianças, conforme denúncia do Promotor Márcio Mothé, do Rio de Janeiro. Em outro setor, seria louvável que, ao lado das 54 vezes em que a palavra direito/direitos aparece no Estatuto, enquanto a palavra dever/deveres só surge 9 vezes e esta nunca dirigida a menores - houvesse uma compensação: o artigo 124 refere-se aos 18 direitos dos adolescentes internados e nenhuma obrigação, nenhum dever. A referida contagem deve-se ao magistrado Jessé Judá Bragança, com base em seu computador.

Se se admitir que a cadeia não é a solução, aí está um caminho para a salvação do ideal da manutenção da idade da responsabilidade penal e do próprio Estatuto da Criança e do Adolescente.

E acabamos de ouvir os nove argumentos dispensados da defesa do marinheiro, para garantir a tese da falta de pólvora. ☹

Regime Jurídico das Notificações no Sistema de Registro de Títulos e Documentos

*Se você não mudar a direção,
terminará exatamente onde partiu.*

(Provérbio chinês)

Jairo Vasconcelos Rodrigues Carmo
*Juiz de Direito aposentado. Professor de
Direito Civil da EMERJ. Delegatário Titular
do 4º RTD, Comarca da Capital/RJ. Presidente
do IRTDPJ/RJ.*

I. INTRODUÇÃO

Uma abordagem sobre as atribuições e competências do Registro de Títulos e Documentos – RTD –, na resenha dos artigos 127 e 129, da Lei 6.015/73 (LRP), conduz à tormentosa questão de saber-se qual o *regime jurídico* das *notificações extrajudiciais* e demais *atos de participação*, previstos no artigo 160, da referida lei.

Afastese a tentação quixotesca dos ideais utópicos. Longe de brandir espadas contra moinhos de vento, a resposta que se busca oferecer terá o condão de alterar o *modo* de calcular o valor legal dos emolumentos, impondo-lhes drástica redução, a benefício do interesse geral.

Isto facilitará o rápido acesso de novos usuários ao serviço das notificações, que se revela um dos mais eficazes na prevenção de

litígios reais, fazendo retornar ao Estado do Rio de Janeiro a imensa maioria das notificações de bancos e financeiras, vergados ao favor dos custos muitas vezes menores de outros Estados da Federação, como São Paulo, Minas Gerais, Goiás, Espírito Santo, Ceará.

Na disciplina vigente, à míngua de doutrina e jurisprudência, o que se ministra, sem *justificativa* ou *fundamentação*, é o enquadramento das notificações extrajudiciais como ato autônomo de registro, sujeitas ao igual regime jurídico dos fatos negociais tipificados nos artigos 127 e 129, já referidos. Tal entendimento, porém, carece de análise técnica isenta, evoluindo a partir do Decreto-lei 122, de 13.8.1969, do antigo Estado da Guanabara, que primeiro dispôs sobre custas e emolumentos do foro judicial e do extrajudicial, estatuinto que "... as diligências de *notificações* serão cobradas..." com base na Tabela XV, nº 1, aplicável aos atos dos oficiais de justiça concernentes às citações, intimações e *notificações*¹.

Urge investigar-se com *olhos de ver*.

II. CONCEITO: NATUREZA E FUNÇÃO DAS NOTIFICAÇÕES EXTRAJUDICIAIS E DEMAIS ATOS DE PARTICIPAÇÃO

Para melhor compreender-se o regime jurídico das notificações extrajudiciais, assimilando seu *conceito, natureza e função*, convém, antes, elucidar que são modalidades de ato jurídico, em sentido estrito, identificadas, no grau didático-pedagógico, aos chamados *atos de participação*, dentre os quais vicejam, em relevância, as intimações, interpelações, avisos, convites, solicitações, oposições, exigências, denúncias, confissões, recusas.

Notificação, ensina Orlando Gomes², é o ato pelo qual alguém científica a outrem um fato que a este interessa conhecer.

¹ Cfr. Tabela XI, Campo Observações, 3ª, *verbis*: "Para as diligências de notificações serão cobradas as custas do n. 1 da Tabela XV". Os valores da época, fixados em UFEC, estavam assim discriminados: a) no centro da cidade... 0,06; b) em zona urbana... 0,15; c) em zona suburbana... 0,18; d) em zona rural, mar e ilhas... 0,24; e) com *hora certa*, sobre as taxas das alíneas "a", "b", e "c" mais 0,05. Por sua aplicação, anote-se ainda a 2ª observação lançada à Tabela XV, a saber: "as citações, intimações, notificações, feitas no mesmo local e à mesma hora, de marido e mulher, de menores e seus pais ou tutores, quando estes representados ou assistidos, serão contados como de uma só pessoa" (grifei).

² Introdução ao Direito Civil. Atualizador: Theodoro Júnior. Rio de Janeiro, Forense, 15ª ed., 1998, p. 256. Para melhor precisão conceitual, tenha-se, com o mestre baiano, que intimação é o ato de participar a outrem a intenção de exigir-lhe certo comportamento, assumindo freqüentemente a forma de interpelação. Oposição é ato de impugnação da realização de ato futuro; aviso é ato pelo qual uma pessoa participa a outrem que determinado fato já ocorreu, ou que ocorrerá, em certo prazo; confissão é declaração de verdade contrária aos próprios interesses.

Theodoro Júnior³, lembrado por Alexandre Câmara⁴, com maior especificidade, ensina que a ciência dada ao destinatário intenta concitá-lo a que faça ou deixe de fazer alguma coisa. Exemplifiquese com a alienação fiduciária em garantia: verificada a mora do devedor, a notificação serve para comprová-la. No caso de retificação consensual, com as modificações da Lei 10.931/2004, a notificação informa aos confinantes e eventuais ocupantes a instauração do respectivo procedimento administrativo, tanto podendo realizá-la os oficiais do registro imobiliário como os de títulos e documentos⁵. A notificação pode ser do locador, informando ao locatário o seu desinteresse na continuidade do vínculo; ou do comodante ao comodatário, pretendendo a restituição da coisa.

O fim da notificação extrajudicial – e que define sua *natureza e função* – é obter a *comprovação solene* de uma certa declaração de vontade, manifestada com o propósito de prevenir responsabilidades, ou ressaltar direitos, ou obstar a só alegação de ignorância. Cuida-se, em realidade, de simples participação de ocorrência ao efeito de gerar algum resultado prático. Via de regra, o notificante busca a emenda da mora, evitando a via judicial. Noutros casos, como na cessão de crédito, o cedente notifica ao devedor a transmissão que lhe é útil saber; e pode ser que o ato de notificar queira provocar um determinado comportamento do devedor ou pessoa interessada, confundindo-se, nesse plano, à *intimação* ou *interpelação*.

A questão agoniza, contudo, quando se pensa a notificação extrajudicial no sistema do Registro de Títulos e Documentos. Importa saber-se, aqui, se a notificação extrajudicial configura ou não um ato jurídico passível de *registro autônomo* ou se a melhor resposta deve ser *negativa*, ao argumento de que a notificação apenas *complementa e reforça* a eficácia anterior de um registro principal, que é a sua *causa* determinante, parecendo mais um ato procedimental conexo e incidental, como sugere o texto do artigo

³Curso de Direito Processual Civil, v. II, p. 519.

⁴Lições de Direito Processual Civil, v. III. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000, p. 201 e ss.

⁵Cfr. artigo 213, II, §§ 2º e 3º, da LRP, com a nova redação ditada pela Lei 10.931/2004.

160, citado, tanto que manda aplicar o mesmo “*processo*” das notificações de registro aos avisos, denúncias e notificações em geral.

A solução é avançar a investigação, suscitando novas reflexões e maior aprofundamento.

III. EXEGESE DO ARTIGO 160, DA LEI 6.015/73, FACE AOS ARTIGOS 127 E 129, DA MESMA LEI

Urge logo afirmar o ponto nodal: a norma do artigo 160 não deixa dúvida de que notificação é *ato derivado* e uma *eventualidade* do registro de quaisquer títulos, documentos e papéis, tendo, no Direito brasileiro, a natureza de ato conexo e incidental, vinculado ou não a um registro principal, que pode *complementar* nos seus efeitos específicos. Precisamente aí o equívoco, *data vênia*, de submetê-la à *igual* disciplina dos emolumentos cotados ao ato principal de que se origina.

De rigor, a decisão de notificar é *direito potestativo* da parte apresentante do título, documento ou papel, sempre que quiser cientificar do registro ou averbação as pessoas ali figurantes. Não se trata, a bem ver, de fazer *novo* registro, mas de *complementar* o registro ou averbação, a atender com a *notificação* dos figurantes e demais interessados. A ciência dada é a de que algum lançamento foi executado, informando aos destinatários o seu teor.

O enunciado do artigo 160 é claro: se o apresentante requerer, o oficial é obrigado “... a *notificar do registro ou da averbação os demais interessados...*”. Por isso Ceneviva, sem explicações, chama a esse tipo de notificação de *notificações de registro*⁶. No fundo, o serviço das notificações extrajudiciais, atribuído a Títulos e Documentos, decorre da competência registral descrita nos artigos 127 e 129, sendo, nesse diapasão, não um ato de registro típico, e sim ato procedimental, incidente e eventual, derivado do registro ou averbação. Sua função, no *sistema* da Lei 6.015/73, é a de *complementar* a efetividade do próprio ato ou negócio objeto de registro ou averbação.

Fossem as *notificações* – como os *avisos, denúncias* – atos *independentes* e *autônomos*, o seu lugar seria o texto dos artigos 127

⁶ Lei de Registros Públicos Comentada, 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 292.

e 129, e nunca a norma insular do artigo 160, concebida com o objetivo de ampliar e reforçar os efeitos do registro ou averbação. Não bastasse isso, na sistematização da Lei 6.015/73, os artigos 127 e 129 aparecem no título IV, Capítulo I – *Das Atribuições* –, reservando ao Capítulo IV o artigo 160, que regula a *ordem do serviço*.

Nem se invoque o comando final do artigo 160, nestes termos: “Por esse processo (sic), também poderão ser feitos avisos, denúncias e notificações quando não for exigida notificação judicial”. Nesta hipótese, inexistem registro ou averbação; todavia, faculta-se aos interessados o favor da notificação extrajudicial para cientificar de fato cuja ocorrência cumpre ao destinatário conhecer. O mesmo procedimento cabe às interpelações, exigências, intimações, recusas, em suma, todo e qualquer ato de participação.

Seria afrontoso imaginar-se a possibilidade de fazer *registro* de *registro*, ou registro de *notificação comum*. No primeiro caso porque o registro inicial já produziu o efeito da oponibilidade *erga omnes*, independentemente da notificação requerida em complementação; a notificação comum, simples, ou de mero fato – como avisos, denúncias etc. – porque o seu fim é alcançar diretamente o destinatário, provando-se a entrega pela *certidão*, e não, necessariamente, pelo ato de registro, que pode consistir, nas circunstâncias, e sem nenhum dano, num mero controle de pastas ou fichas.

No quadro das atribuições e competências dos RTDs, a função notificante apresenta-se como ato procedimental *peculiar* ou *anômalo*, jamais um ato sujeito a registro, salvo por *exceção*, quando o apresentante solicitar também o *registro*. Esse entendimento, reforça-o o § 1º, do artigo 160, quando regula que os certificados de notificações ou de entrega de registros serão anotados à margem dos respectivos registros. Ora, as certidões de entrega das notificações de registro somente poderão ser lavradas nas colunas das anotações, no livro próprio, à margem do registro originário. As demais notificações serão apenas *certificadas*, impondo relacioná-las, malgrado, em livro especial, ou apenas no indicador pessoal, ou ainda, em modo mais singelo, pela abertura de *fichas* ou *pastas de controle das notificações*, a critério do oficial registrador, visando a oferecer aos usuários qualidade, presteza e eficiência, o que depende, por óbvio, da organização racional do trabalho.

Nas localidades onde houver serviço de *distribuidor*, como sucede no Estado do Rio de Janeiro, a solução eficaz é encaminhar-lhe as listagens das notificações protocoladas, *ao preço de uma distribuição*, sem outro acréscimo, o que, à vista da quantidade, atenderia ao custeio das despesas de abertura das fichas ou pastas de controle, ou, enfim, o sistema que for implantado.

Para tal basta a só iniciativa do oficial delegatário, isto é, sem aceno à Fiscalização, de acordo à diretiva do artigo 41, da Lei 8.935/94.

IV. A QUESTÃO DOS EMOLUMENTOS NA ORDEM DA LEI ESTADUAL 3.350, DE 29.12.1999: APLICAÇÃO DA TABELA DOS ATOS COMUNS E A INCIDÊNCIA DA TABELA ESPECÍFICA

No tocante ao serviço das notificações extrajudiciais, de qualquer espécie, uma vez firmada a sua natureza de ato procedimental conexo e incidente, derivado ou não de um registro principal, que pode complementar, a questão evolui para saber-se qual das *diversas tabelas* de emolumentos lhe é aplicável.

Os usos fixaram-se na tabela 25, nº 1, da Lei estadual 3.350/99, sob a razão simplória de que notificação é *registro*. Mas não é. Sobra então, em alternativa, ou a incidência da tabela 16, relativa aos atos comuns, ou à integração analógica, método autorizado pelo disposto nos artigos 1º e 2º, da citada lei, o primeiro naquilo que ordena critérios valorativos à fixação de custas e emolumentos.

Confirmada a existência de *lacuna*, a solução que se alvitra remete à tabela 24, atinente ao protesto de títulos, por guardar maior identidade com as notificações, ao menos no que tange a serem uns e outros atos genéricos de participação, colhendo-se dali os emolumentos legalmente devidos.

Tenho me detido, faz tempo, sob prudencial reflexão, em demonstrar que as notificações, não sendo um registro típico, mas ato procedimental conexo e incidental, derivado ou não de um registro principal, submetem-se aos emolumentos da *tabela 16*, nomeadamente ante a previsão do seu item 11, ao especificar, sem brecha a dubiedades, a *"notificação ou intimação"*. Conclui-se

que o silêncio da tabela 25 mais sugere coerência intra-sistemática, na medida em que seria ilógico dispor de valores diferenciados para atos idênticos ou assemelhados. Explico-me: para além dos RTDs, os oficiais de outras especialidades, por exceção – v.g., *registro de imóveis* –, também podem expedir notificações⁷, querendo parecer-me inconcebível que um mesmo ato procedimental, no desempenho de função peculiar ou anômala, possa receber tratamento emolumental diferente, na dependência do órgão da remessa, agravado, perante o Registro de Títulos e Documentos, pela consideração de ato sujeito a registro típico, enquanto que, se oriundo de Registro Imobiliário, permaneça ao nível dos *atos comuns*, insuscetível de registro ou averbação.

Recorde-se do que atrás antecipei: nas origens, o Decreto-lei 122/69 identificava as notificações aos atos dos oficiais de justiça, determinando a cobrança de *iguais* emolumentos⁸. Com o advento de novas e sucessivas leis, alterando o Decreto-lei 122/69, esse tratamento inicial foi se diluindo, até o cenário da Lei 3.350, de 29.12.1999, que *surpreendentemente* calou sobre o serviço das notificações, muito embora esteja situado entre as diligências de marcado interesse geral.

Por outro vértice, afaste-se a ortodoxia de quem recusa ao sistema de Registro de Títulos e Documentos o exercício de função alheia à tipicamente registrária. É consabido que os serviços notariais e de registro compreendem, além dos livros legais, inerentes ao ofício, todo um acervo de documentos e papéis, indispensáveis ao desempenho da própria atividade. Cogita-se, por isso mesmo, do dever de fornecer certidão do contido no *livro do registro* ou “... *documento arquivado no cartório*”⁹. Na Lei 8.935/94, o artigo 30 arrola entre os deveres dos notários e registradores “*manter em ordem os livros, papéis e documentos de sua serventia...*”. O artigo 46, ainda mais abrangente, sobremodo incisivo, reporta-

⁷ Mencione-se, a exemplo, o artigo 49, da Lei 6.766/79, sobre o parcelamento do solo urbano, e o artigo 26, § 3º, da Lei 9.514/97, que instituiu o sistema da alienação fiduciária de coisa imóvel. Nesta última, o § 3º, referido, insere até a via postal como idônea ao cumprimento das notificações.

⁸ Cfr. Introdução, nota n. 1.

⁹ Cfr. Art. 18 da Lei 6.015/73.

se a "...livros, fichas, documentos, papéis, microfimes e sistemas de computação...", tudo a indicar que os registros e averbações típicos não excluem a prática de *atos conexos* e *incidentais*, como soem ser as *notificações de registro* e as *notificações comuns*, embora podendo coexistir, por exceção, *notificações comuns registradas*¹⁰.

Aplicável, portanto, em todos os casos, a *tabela 16, nº 11*, correspondente aos *atos comuns*, e nunca a *tabela 25, nº 1*, por configurar, indubitavelmente, *excesso de exação*, vulnerando os oficiais delegatários, a fiscalização e os consumidores da diligência. A *tabela 25, nº 1*, até pode ser empregada, mas excepcionalmente, se a parte requerer *notificação comum registrada*¹¹.

Nessas condições, o valor base dos emolumentos das notificações, a partir de 1º de janeiro de 2006, no Estado do Rio de Janeiro, remete à *Tabela 16, nº 11*, fixado em R\$ 8,49 (oito reais e quarenta e nove centavos), com os acréscimos de informática, digitalização, gravação eletrônica e fundo especial, excluídas outras incidências, como aquelas ditadas pelas Leis estaduais 3.761/2002 e 590/1982. Se existir distribuidor, tal como antes explanado, exsurge viável cobrar-se, por documento, o valor de R\$ 1,52 (hum real e cinquenta e dois centavos)¹².

V. MISSÃO DO JUDICIÁRIO EM DEFESA DA EXAÇÃO DOS EMOLUMENTOS: ETICIDADE E POLITICIDADE DA FISCALIZAÇÃO

No exercício da fiscalização dos registros públicos, compete ao Judiciário, a teor do artigo 37, da Lei 8.935/94, examinar e submeter à vigilância os atos do delegatário, ele que se sujeita aos deveres éticos do artigo 30, da citada lei, até ao zelo de considerar infração disciplinar, no artigo 31, justamente a cobrança indevida ou excessiva de emolumentos, ainda sob a alegação de urgência.

Mais grave, a meu sentir, é incorrer na falta de cobrar emolumentos, indevidamente ou com excesso, a pretexto de consa-

¹⁰ Definitivamente, no caso das notificações de registro, afigura-se incompatível ao sistema, nos termos como disciplina o art. 160, da Lei 6.015/73, a admissibilidade de fazer registro de registro.

¹¹ Cfr. Item III, *supra*.

¹² Cfr. Portaria CGJ 2828, de 29.12.2005, Tabela 4.

grar interpretação favorável ao *erário*, ignorando, como se fosse possível, a *vulnerabilidade* dos usuários, consagrada no Código do Consumidor, sem se olvidar o que é elementar em Direito Tributário: qual seja o de que o mesmo fato gerador não pode servir de suporte a mais de um tributo¹³, como sucederia caso se admitissem o registro principal e o registro da notificação para complementá-lo com a cientificação direta e pessoal das partes signatárias e demais interessados.

Considere-se que o serviço de *fiscalização judiciária*, ao lado da função jurisdicional, confia aos juízes um tipo singular de gestão em prol da sociedade em geral, cujo fim é preservar a importância da atividade notarial e registrária, máxime em face à garantia constitucional de proteção e defesa do consumidor¹⁴.

Não significa desviar o Judiciário à política. Não confundir ato de gestão, atribuído ao Judiciário, com a Administração Pública afeta ao Executivo. A diferença consiste em que o Executivo, como o Legislativo, instauram e dão início a processos políticos, para cobrir os mais diversos interesses, enquanto aos juízes toca a efetividade do ordenamento jurídico, onde tem assento, no tema das notificações extrajudiciais, a *certeza jurídica* dos emolumentos.

Demais disso, ressalte-se a exigência ética do artigo 37, da Constituição, segundo o qual a Administração Pública deve honrar, dentre outros, os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade.

A toda evidência, cumpre ao Judiciário, no plano constitucional, tomar posição perante a questão dos emolumentos devidos à conta dos serviços registrais, cuidando, no limite máximo da eticidade, de conter os excessos de cobrança ou interpretações equivocadas do tabelamento¹⁵.

Recorde-se de que o direito do consumidor é pedra angular da ordem econômica!

¹³ Os emolumentos do foro extrajudicial têm natureza de taxa. Conserva-se firme essa posição desde o E.STF.

¹⁴ O Código do Consumidor assegura aos usuários de serviço público o direito à proteção dos seus direitos em face da má execução, equiparando, expressamente, o usuário ao consumidor (cfr. Artº 6º, X). O artº 22, por seu turno, considera fornecedor, além dos órgãos públicos, os concessionários, permissionários, "... ou sob qualquer outra forma de empreendimento", impondo-lhes a obrigação de fornecer serviços adequados, eficientes, seguros e, quanto aos essenciais, contínuos.

¹⁵ A Lei 3.350/99, ciosa dessas iniciativas, ordena, no seu artº 6º, § 2º, a manutenção de serviço de atendimento ao público, para consultas e informações sobre custas e emolumentos.

Nesta questão, como em tantas outras, merece destacar Cervantes, na voz de Sancho Pança, o fiel escudeiro, nomeado governador da ilha de Baratária, por certos fidalgos que desejavam rir à sua custa e que acabaram recebendo preciosa lição quando Sancho elaborou o seu plano de governo. Entre suas orientações uma poderia ser lema dos juízes: “não negar justiça aos pobres, mas não a negar também ao rico se este tiver razão”.

Convenço-me de que a excelência dos registros públicos, submetida ao Judiciário, ganhará em legitimidade e eficácia se for quebrada a algema das correições punitivas, assumindo-se o compromisso inabalável de que o serviço que os juízes podem e devem prestar à sociedade prospera sempre à luz de um princípio de justiça e segurança jurídica – justiça e segurança jurídica – que são as duas faces do Bem Comum, e sem o que nenhum sentido teria a própria fiscalização.

Não se poderá, verdadeiramente, compreender as realidades jurídicas como se derivassem de textos unívocos e assépticos, escritos por um mito a que chamamos *o legislador*. O Direito é tudo *nomeadamente* ao revés: o Direito é Direito por ser devido à personalidade de outrem, e por ser devido a outrem deve fazer-se norma *socialmente* aceita e demonstrável. Em particular, afeito ao tema dos emolumentos das notas e registros públicos, é preciso considerar que sendo *jurídica* a certeza dos cálculos, ainda que, no limite, possa suscitar correções, insta prevalecer, de imediato, um juízo *prudencial e prático*, com atenção aos interesses dos particulares de pagarem o *menor* valor ou o valor *mais favorável*, sempre.

VI. IMPERATIVOS ÉTICOS E RESPONSABILIDADE CIVIL DO REGISTRADOR

Percebe-se que a função registradora não é um ato simplório como se apregoa. Ao poder-dever de registrar títulos, documentos e papéis, fazendo-o *com independência*, somam-se os deveres do artigo 30, referido, com ênfase à observância dos emolumentos fixados para a prática dos atos da especialidade. São poucos aqueles que têm o privilégio de velar pela autenticidade e segurança dos negócios jurídicos, a gáudio do Bem Comum, de sorte que cada

delegatário deve ter *ciência* e *consciência* da eticidade radical de suas atribuições.

O ideal da *transparência* é um imperativo ético da vida de relações nesta época marcada pelo gigantismo co-existencial de massa. Eis-nos ante uma questão ética nuclear: reclamar a publicização ou a clarificação dos métodos de calcular os emolumentos, a salvo de casuísmos e equívocos.

Obsequiosos à economia popular, em defesa dos consumidores, penso que a fiscalização judiciária com os registradores vinculam-se ao rigor ético de Kant, fundado na divisa: *deves cumprir o imperativo ético, logo puedes*. Ou seja, toda liberdade de agir só é válida se for para cumprir o mandamento moral. Lembro, neste passo, a contribuição da Revolução Francesa com a chamada “Moral da Simpatia”. Realmente, bem fiscalizar e prestar os serviços públicos pressupõe a capacidade de colocar-se na posição do cidadão usuário. Juízes e registradores desincumbem-se melhor, principalmente em sede emolumental, se tiverem o sentimento, digamos quase *amoroso*, de situar-se “simpaticamente” na posição do outro, isto é, das pessoas interessadas no registro, estas que acenam, numa economia liberal, com as leis do mercado, jamais assumindo preços irrealis ou desarrazoados.

Não se perca a fecunda idéia de que notários e registradores, com os juízes da fiscalização judiciária, integram um formidável *corpo de magistratura* – a “Magistratura da Paz Jurídica” – belíssima expressão de Monastério Galli¹⁶, com as implicações de caráter *moral* que tamanha distinção inculca nos marcos deonticos da própria atividade.

Ora, se as notificações de qualquer tipo ou espécie não revestem, no sistema da Lei 6.015/73, a natureza de ato registral, mas, sim, de ato procedimental conexo, incidente e complementar, derivado ou não de um registro principal, que é a sua *causa*, parece-me já inconcebível a inércia de todos quantos se submetem ao imperativo ético de rever o *atual modelo* de calcular os emolumentos, modelo esse que projeta o valor de um notificação ao patamar mé-

¹⁶Cf. Ricardo Dip, *Registros Públicos*. Campinas, SP: Millennium editora, 2003, p. 195.

dio de R\$130,00 (cento e trinta reais), ainda que, sob nova e correta interpretação, não possa ultrapassar a soma estimativa de R\$ 30,00 (trinta reais).

Surge aqui uma outra indagação: a demora da fiscalização em adequar os cálculos exime a responsabilidade civil dos registradores? Questão certamente polêmica. Uma resposta convincente remete à norma dos artigos 28 e 41, da Lei 8.935/94. Se no artigo 28 notários e registradores gozam de *independência* no exercício de suas atribuições, no segundo são *liberados* de prévia autorização à prática dos atos organizacionais e executórios dos serviços, sendo razoável incluir, no alcance de ambos, a autonomia para fixar emolumentos. Nem será labor da Fiscalização elaborar planilhas de cálculos! Cumpre-lhe, ao contrário, propor e atualizar o tabelamento legal, aplicando penalidades aos infratores¹⁷.

Está na consciência social, positivada em lei a necessária responsabilização de quem dê causa à ilicitude, seja civil, seja criminal.

Extrai-se dos preceitos acima, instruídos de dois outros – artigos 37, § 6º, da Constituição e 22, da Lei 8.935/94 – que notários e registradores respondem por danos materiais e morais gerados ao ensejo dos serviços que lhes são cometidos, sem prejuízo das sanções disciplinares no caso de cobrança indevida ou excessiva de emolumentos, não os eximindo a prévia formulação de eventuais consultas deixadas de responder pela Administração Judiciária.

Passar do ser ao *dever ser* institucional, nos Registros de Títulos e Documentos, é atualizar, cada manhã, sua base teleológica, ou seja, a de satisfazer sua vocação – e também compromisso legal – de bem exercer as exigências de segurança jurídica na organização das relações privadas, abrindo espaço, nesse âmbito, à relevância social e jurídica dos atos de participação, onde vicejam avisos, denúncias, notificações.

Não se diga que as Instituições, como o são os registros públicos, fragilizam na *pessoa*, homem ou mulher, por serem sempre um quase anjo e demônio. Toda pessoa, em carne e osso, na historicidade

¹⁷ Cfr. Lei 3.350/99, artigos 7º a 9º.

das suas vivências, debate-se entre grandeza e miséria; acerta e erra. É moral, civilizada, digna; e pode desviar-se, com dolo ou simples lapso. Nada obstante, será dessa pessoa, agente e titular do registro, que ganhará estatura o *dever ser* dos Registros de Títulos e Documentos, podendo ser, desde hoje, o que deve ser, ou simplesmente já não ser, ou ser somente as virtudes e as fraquezas da Fiscalização, ou ainda abdicar de tudo e desaparecer.

Termino com um apelo: é preciso amar com *profissionalismo* o ofício registral, afeiçoado menos às suas *vantagens* e mais aos seus *deveres*, à sua *missão* e aos seus *fins* de garantir e certificar o Direito. É tomar e aprofundar a consciência do dever profissional. É defender a liberdade do ofício e da função.

VII. SÍNTESE CONCLUSIVA

Com tais ponderações, a mim incontestáveis, convém afirmar-se, conclusivamente, o seguinte:

1) No sistema da Lei 6.015/73, capitaneado pelo artigo 160 e §§, as notificações extrajudiciais têm a natureza de ato procedimental conexo e incidente, derivado ou não de um registro principal, que poderão complementar, a arbítrio do apresentante, sempre que ele queira, para maior efetividade dos efeitos do ato negocial, fazer notificar as partes neste figurantes e demais interessados;

2) Por decorrência, destrava um grave equívoco, *data vênia*, o entendimento de que as notificações admitem *novo registro*, independentemente do registro originário, que as legitimam e do qual derivam, como se fosse possível fazer *novo registro de registro*, cada registro sujeito à incidência dos *mesmos* emolumentos;

3) É elementar, em Direito Tributário, que *um só* fato gerador não pode servir à incidência de emolumentos *cumulativos*, ainda sob a justificativa – *e até mais grave* – de fazer registro de notificações, pois dispensável, a menos que a parte interessada, por alguma razão insular, *excepcionalmente*, também queira aquilo que poderíamos chamar de *notificação registrada*;

4) Isto explica a norma do § 1º, do art. 160, além de delimitar o seu sentido e alcance: as certificações das notificações de registro devem ser lavradas na coluna das anotações, no Livro competente,

à margem dos respectivos *registros*, a saber, aqueles registros que lhes serviram de fundamento, autorizando sua expedição;

5) No caso de *avisos, denúncias, notificações comuns, simples*, ou de *mero fato*, bem como de todo e qualquer ato de participação – *intimações, convites, interpelações* etc. – impõe adotar-se, acorde ao comando do art. 160, parte final, o mesmo procedimento das *notificações de registros*. Equivale dizer-se: para essas notificações, à falta de *prévio registro* onde lançar os certificados de entrega, a solução é criar ficha ou *pasta especiais de controle*, nos termos como permite o art. 41, da Lei 8.935/94;

6) O que não é crível, nem razoável, é pretender-se a feitura de registro *autônomo* para notificação de registro, por se tratar de mero ato procedimental, derivado ou não do referido registro, que lhe serve de *causa*. Compreenda-se o artigo 160, da Lei 6.015/73, como norma pontual: não cabe registrar notificação de registro e nem quaisquer atos de participação, assim avisos, denúncias, notificações comuns. É que, no primeiro caso, já há um registro prévio; no segundo, todo o efeito jurídico obtém-se ao cumprir a entrega da carta aos destinatários, sendo irrelevante e até inútil, na maioria das vezes, a eficácia *erga omnes* inerente à publicidade registral, e que se pode perpetuar, nas circunstâncias, pelo só lançamento em pastas ou fichas de controle;

7) É missão do Judiciário, no desempenho da Fiscalização que lhe confia a Constituição da República, agir com a maior diligência para conferir *certeza jurídica* aos cálculos de emolumentos, não significando isso, no entanto, que tenha o dever primário de elaborar algum cálculo, ainda ao ensejo de *consultas*, sabendo-se que o ato de elaborar cálculos de emolumentos é tarefa própria da *independência* de notários e registradores;

8) A *independência* dos oficiais de registro, consignada nos artigos 20, 21, 28 e 41, da Lei 8.935/94, reclama aplicarem-se de plano, no Estado do Rio de Janeiro, para o serviço das notificações, os emolumentos da Tabela 16, nº 11, anexa à Lei estadual 3.350/99, com os acréscimos de informática, digitalização, gravação eletrônica, fundo especial, e o distribuidor, onde houver. Insistir na cobrança dos valores ora em curso, ao argumento de atender à Fiscaliza-

ção Judiciária, configura um *sofisma*, na medida em que esta, em instante algum, ofereceu qualquer critério *vinculativo* de cálculo, circunstância que impõe a responsabilidade pessoal do registrador flagrado em ilícitos emolumentais.☐

A Chamada de Co-réu e a Nova Disciplina Legal do Interrogatório

SERGIO DEMORO HAMILTON

Procurador de Justiça aposentado do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro e Professor Universitário.

1. Quando da abordagem do tratamento conferido ao interrogatório do réu através da Lei 10.792, de 1º de dezembro de 2003¹, embora tenha estudado numerosos aspectos que o novo diploma legal emprestou àquele relevante ato processual, não tive a oportunidade de examinar um ponto especialmente delicado e que pode vir a suscitar dúvidas quando se faça presente, tanto mais que não se cogita de hipótese de rara ocorrência. Refiro-me ao caso em que haja dois (ou mais) acusados integrando o pólo passivo da relação processual e que um deles venha a imputar a outro (ou a outros) a autoria da infração penal.

Como se fará o interrogatório?

É na busca de uma solução para o impasse surgido que se tentará esboçar algumas considerações, tendo em conta que, agora, o interrogatório fica sujeito ao contraditório, deixando de ser, como antes, um mero diálogo havido entre o juiz e o réu.

2. Como sabido, a partir da Lei 10.792/2003, foi determinada a participação das partes (Ministério Público ou querelante e réu, os últimos através de advogado) formulando perguntas ao imputado. As inovações vêm anotadas no art. 188 do CPP, ao ditar que, quando o

¹ "O novo regime legal do interrogatório", in Revista da EMERJ, v. 8, nº 30, 2005, p. 62 e seguintes.

juiz der por encerrada a sua participação no interrogatório, isto é, quando ele concluir suas perguntas, ensinará às partes, acusação e defesa, que formulem as suas, se as entender “pertinentes e relevantes”.

Tal inovação do legislador buscou encontrar compasso com o art. 212 do CPP, que versa a respeito da inquirição das testemunhas, que, como o interrogatório, integra a chamada prova oral. Da leitura do texto, percebe-se, com tranquilidade, que fica mantido o sistema presidencial, ou seja, que as perguntas das partes serão requeridas ao juiz, que, se admiti-las, as formulará ao réu.

Infeliz, sem sombra de dúvida, a observação contida ao final do art. 188 da lei processual penal, porque ínsita ao sistema presidencial, segundo o qual o juiz só deferirá as perguntas caso as entenda “pertinentes e relevantes”. Adotou-se, de forma imperfeita, o modelo cogitado para a prova testemunhal, no art. 212 do CPP, sem, no entanto, assinalar, como acertadamente consta daquele dispositivo, que o juiz não poderá recusar as perguntas da parte, salvo quando não tiverem relação com o processo ou importarem repetição de outra já respondida. A fórmula do art. 212 do CPP é, não há negar, mais precisa, pois indica, expressamente, o que é pertinente e, ou relevante, afastando o excessivo subjetivismo contido no art. 188. Faltou também registrar que, no termo respectivo, deverão constar a pergunta formulada e a razão do seu indeferimento. Limitar-se-ia, assim, o arbítrio judicial de forma mais precisa e adequada².

3. Chega-se, agora, ao motivo do presente acréscimo ao estudo anterior³.

Sabe-se que, por força de lei (art. 191 do CPP), havendo mais de um réu, serão eles interrogados separadamente, resguardando-se, desse modo, a pureza da prova. Esta, por sinal, é uma regra posta em relevo, mais de uma vez, pela lei processual (*vide* arts. 210 e 228 do CPP).

A questão que se põe reside em saber se os defensores dos demais réus deverão atuar formulando perguntas a cada acusado, participando, assim, do interrogatório.

Aqui, no entanto, impõe-se fazer uma distinção.

² *Ob. cit.* em o nº 1 destas notas de rodapé.

³ *Ob. cit.* em o nº 1 destas notas de rodapé.

O art. 185 do CPP, no particular, faz alusão somente ao acusado e a seu defensor, constituído ou nomeado, além do juiz, como é óbvio, como participantes do interrogatório; o primeiro exercendo sua defesa material, ao passo que o segundo atuando por força da inafastável defesa técnica.

Se compulsarmos o Capítulo III, do Título VII, do Livro I do CPP, que se ocupa da Prova (Título VII) e Do Interrogatório do Acusado (Capítulo III), veremos, com facilidade, que os arts. 185 a 196 do CPP aludem, sempre, ao defensor do acusado, quando fazem referência à defesa técnica. Usam a palavra defensor no singular.

Pode-se concluir daí que cada réu será interrogado, separadamente, na presença somente de seu advogado, mesmo que, após a vigência da nova lei, vários sejam os acusados.

4. Mas a matéria não se apresenta de forma tão simples como parece neste primeiro enfoque.

Caso o réu, usando do direito a que se refere o art. 186 do CPP, permaneça calado, não respondendo às perguntas que lhe forem formuladas, torna-se evidente que não haverá qualquer problema, pois, como intuitivo, ele não poderá estar incriminando eventual co-réu.

Porém, caso ele, negando ou confessando a prática da infração penal, venha a delatar qualquer outro acusado, que, com ele, esteja respondendo ao processo, surge um fator complicador para o procedimento. Com efeito, assinala o art. 189 do CPP que se o interrogando negar a acusação, no todo ou em parte, poderá “prestar esclarecimentos e indicar provas”. Ora, se assim é, dentre elas, eventualmente far-se-ia presente a incriminação de co-réu.

Pode ainda ocorrer que o imputado venha a confessar sua responsabilidade pelo crime, mas que indique outras pessoas que concorreram para a infração penal e que estejam incluídas no mesmo pólo passivo da relação jurídica processual. Em suma: que sejam co-réus. A providência encontra-se, expressamente, contemplada no art. 190, parte final, da lei processual penal. Caso estas pessoas não sejam co-réus no mesmo processo, deverá o juiz, para evitar o tumulto processual, proceder na forma do art. 40 do CPP, embora, dependendo das circunstâncias, pudesse o Ministério Público, desde logo, aditar a denúncia para incluí-las, se, evidentemente, a de-

lação envolvesse infração penal de ação pública incondicionada. Seria hipótese de aditamento subjetivo da inicial. A providência a ser tomada vai depender do caso concreto em função do estado do processo. É medida de conveniência, ditada pelo bom senso, a escolha de uma ou outra via.

A experiência está a ditar que, em tal circunstância, melhor será aguardar o seguimento do processo, até porque a delação poderá ser destituída de fundamento, tendo como único objetivo retardar o andamento do feito criminal, gerando, como já mencionado, tumulto processual, para, ao empós, se for o caso, proceder na forma do art. 40 do CPP.

Tal situação processual, aliás, não caracteriza a chamada de co-réu, como comumente ocorre, indicando, apenas, mera delação efetivada pelo acusado por ocasião da autodefesa e que, se for o caso, será oportunamente objeto de apuração, até porque a pessoa acusada como co-autora ou partícipe não integra a relação processual em que o delator é réu.

Aqui, o problema que vimos de examinar não requer maior análise, pois, no presente estudo, estamos voltados para uma acusação em que já figuram no pólo passivo da mesma relação processual dois (ou mais) réus.

5. O chamamento de co-réu, também designado na doutrina como acusação de concurso, nomeação de sócio, delação ou chamamento de cúmplice, não mereceu regulamentação na lei processual, deixando-se, assim, à doutrina e à jurisprudência fixar-lhe os contornos em que deva ser valorado, tendo em conta o sistema da persuasão racional adotado em nossa lei processual penal (art. 157 do CPP), bem como o princípio da verdade processual.

Dessa maneira, segundo ensinamento da doutrina, costuma-se exigir a concorrência de três elementos para que a nomeação de sócio possa ser valorada de maneira influente para o processo:

- a) a confissão do delator;
- b) inexistência de objetivo de vingança;
- c) finalidade de atenuar ou até mesmo eliminar sua responsabilidade pela prática criminosa.

Esta a *communis opinio*.

Não me parece, *data venia*, que tais colocações encontradiças em grande parte da doutrina possam merecer aceitação dogmática. No meu entendimento, não há necessidade de que o réu confesse a prática da infração penal. Ele, segundo penso, pode negar a responsabilidade pela conduta criminosa, atribuindo-a somente ao co-réu.

Quanto às demais exigências, isto é, a ausência de motivo subalterno (ódio, vingança, cupidez ou outro assemelhado) para com o outro acusado, ou, ainda, a chamada feita com a finalidade de escapar da condenação ou a de atenuar sua responsabilidade, são colocações de ordem subjetiva a serem apreciadas pelo juiz de acordo com a sua livre convicção (art. 157 do CPP).

Com efeito, o art. 190 do CPP alude apenas à confissão do acusado, obrigando ao juiz indagar se “outras pessoas” concorreram para a infração, e quais sejam. Porém, o aludido dispositivo não pode ser dissociado de sistema de prova adotado em nossa lei processual como também do princípio da verdade real, informador do nosso direito positivo.

Aliás, no caso de confissão, de nada valeria para o acusado a imputação de co-réu, pois, se aceita a sua confissão pelo juiz, ele não se encontraria eximido de responsabilidade pela prática criminosa.

É de ressaltar que o próprio Código, ao versar sobre o interrogatório do réu, dispõe, expressamente, no art. 187, parágrafo 2º, II a respeito da possibilidade de o acusado, ao negar a acusação, indicar a pessoa ou pessoas a quem deva ser imputada a prática do crime, e quais sejam.

Portanto, mesmo à luz da lei processual, a chamada de co-réu pode dar-se quando o delator negar a acusação.

Não obstante isso, a doutrina, voltada, quero crer, somente para o disposto no art. 190 do CPP, exige a confissão do delator. Nesse sentido, podem ser registradas as opiniões ilustres de TOURINHO⁴, FERNANDO CAPEZ⁵, POLASTRI⁶ e outras vozes de igual valor que preceituam que o chamamento de co-réu exige a confissão do delator.

⁴TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*, v. III, p. 276 e seguintes, São Paulo: Editora Saraiva, 25ª edição, 2003.

⁵CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal*, p. 309. São Paulo: Editora Saraiva, 11ª edição, 2004.

⁶LIMA, Marcellus Polastri. *A Prova Penal*, p. 122. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2002.

Na doutrina estrangeira, FLORIAN⁷, em seu clássico Tratado, analisa a *vexata quaestio*, mostrando a antiga divergência a respeito do assunto.

6. Colocadas tais premissas, pode-se, no momento, esboçar algumas colocações básicas para que se possa aferir o valor da delação em função do novo tratamento legislativo que o interrogatório passou a partir do advento da Lei 10.792, de 1º de dezembro de 2003.

Para tanto, torna-se necessário que se faça uma apreciação prévia da expressão “chamada de co-réu”, bem assim se ela apresenta algum valor probatório, pois do contrário torna-se destituída de sentido qualquer discussão que o tema possa merecer.

7. Deve-se, mais uma vez, a TORNAGHI⁸, em um dos seus muitos momentos de grande inspiração, a correta observação que faz a propósito da expressão chamamento de co-réu, tão consagrada por toda a doutrina. Na realidade, como salienta o notável Mestre trata-se do uso impróprio feito pelos escritores de uma expressão originária do processo civil, pois, na verdade, aqui, no processo penal, não há qualquer chamamento, já que o chamamento à autoria nada mais é que uma modalidade de intervenção de terceiros, necessária para fixar os limites subjetivos da coisa julgada.

8. Qual então o valor, como prova, da chamada de co-réu?

TOURINHO⁹ fustiga de forma veemente o seu valor, partindo do princípio de que ela não passa pelo crivo do contraditório. É certo que o eminente processualista, na edição que tenho em meu poder de seu clássico *Processo Penal* (25ª, de 2003), não focaliza ainda o assunto voltado para a regência a que o interrogatório ficou submetido a partir da Lei 10.792/2003, agora sujeito a nova disciplina, que atende aos seus anseios.

⁷ FLORIAN, Eugenio. *Delle Prove Penali*, v. II, p. 36. Milano: Casa Editrice Dottor Francesco Villardi, 1924. Com efeito, em passagem constante de nota de rodapé, registra FLORIAN, um dos maiores tratadistas que versou a respeito da prova penal: “*Anche la questione se commetta calunnia l'imputato, il quale incolpi alti altri, che conosca innocente, del reato a lui ascritto, per esimere se medesimo, è antica e controversa.*”

⁸ TORNAGHI, Helio. *Instituições de Processo Penal*, v. IV, p.36. Rio de Janeiro: Saraiva, 1978.

⁹ *Apud op. cit.* em o nº 4 dessas notas de rodapé. Em prol de sua opinião, traz à colação o pensamento de copiosa e respeitabilíssima doutrina nacional e estrangeira. Assim: Adalberto José Q. T. de Camargo Aranha, Carmignani, Malatesta, Mittermayer, Manzini e Ada Pellegrini Grinover, todos fazendo sérias reservas à delação como meio de prova.

POLASTRI¹⁰, escrevendo antes da vigência da Lei 10.792/2003, não assume posição tão radical, assinalando que a chamada de co-réu, desde que ratificada por outras provas colhidas sob o crivo do contraditório, “é elemento válido para embasar o convencimento judicial”.

Quero deixar claro que, mesmo antes da vigência da nova lei, sempre considerei a chamada de co-réu como indício, seguindo os critérios pelos quais devem ser valorados aquele meio de prova (art. 239 do CPP). Ele pode ou não encontrar ressonância no conjunto probatório, cabendo ao juiz emprestar-lhe o valor que entenda cabível diante do caso concreto, segundo o sistema da persuasão racional consagrado na lei (art. 157 do CPP).

9. E agora, com a nova lei, como fica a questão?

Já ressaltara, em trabalho anterior¹¹, que o interrogatório diante do atual regime a que ficou submetido adquiriu novamente um nítido colorido de meio de prova, sem deixar de constituir o mais significativo ato de defesa material. No entanto, sempre assinei que o *thema* apresentava mais interesse acadêmico que valor prático, pois, de acordo com o sistema do livre convencimento adotado em nossa lei processual (art. 157 do CPP) caberia ao juiz dar ao ato o valor que ele devesse merecer na hipótese em exame, motivando sua decisão.

Vale o registro de que, por força da Lei 10.792/2003, o assunto, agora, apresenta algum interesse prático pelo menos para a ordem a ser observada quando da formulação das perguntas ao réu pelas partes. Explico-me melhor, através da análise da matéria que empreendi em estudo específico sobre o assunto¹²:

“18.3. Qual a ordem das perguntas?

Quem, após o juiz, pode formular indagação ao réu, uma vez mantido o sistema presidencial?

A natureza jurídica do ato seria o parâmetro definidor da ordem a ser seguida na apresentação das perguntas. Se ato de

¹⁰ *Ob. cit.* em o nº 6 destas notas de rodapé.

¹¹ *Ob. cit.* em o nº 1 destas notas de rodapé.

¹² *Ob. cit.* em o nº 1 destas notas de rodapé.

defesa, esta teria primazia; se meio de prova, a acusação ganharia precedência. Como, com a nova lei, reabriu-se a velha discussão, agora revestindo não somente interesse acadêmico, em função de permitir-se a participação das partes no interrogatório, entendo que deva ser seguida a ordem que mais favorece a defesa, deixando-se para ela a faculdade de perguntar por último.

Porém, a lei deveria ter disciplinado a matéria, evitando futura disputa doutrinária e jurisprudencial.”

Uma coisa é certa: agora não mais se poderá negar valor como meio de prova ao interrogatório do imputado, pois ele encontra-se sujeito ao crivo do contraditório.

Quando houver um só acusado ou ainda mesmo quando presentes dois ou mais réus incorrendo a chamada, penso que não se fará presente qualquer motivo de perplexidade. O acusado será interrogado pelo juiz e perguntado pelas partes (acusação e defesa técnica), estando perfeito e acabado o ato do interrogatório.

O problema surge quando houver a chamada, isto é, o acusado, negando ou confessando a prática da infração penal, vem a inculpar co-réu.

Como posto em relevo (3, *supra*), o acusado, agora também acusador, é interrogado separadamente na presença de seu advogado. No entanto, com a chamada, vem a delatar co-réu, cuja defesa não participou do interrogatório respectivo, não tendo assim oportunidade de formular perguntas ao autor do chamamento.

Ora, a chamada de co-réu pode acarretar alteração no panorama probatório, com eventuais reflexos para o acusado que não participou da colheita daquela prova que, em tese, lhe pode trazer gravame.

Como resolver o impasse?

As “Mesas de Processo Penal da USP”, através da Súmula de nº 65, conferiram à delação o valor de prova testemunhal na parte referente à imputação, admitindo reperguntas por parte de delatado¹³.

Parece-me, em tal situação, necessário que o interrogatório do delator terá que ser renovado, para que se renda ensejo a que a

¹³ *Apud op. cit.* em o nº 5 destas notas de rodapé.

defesa técnica do delatado venha, caso deseje, a ofertar perguntas. Há, porém, uma limitação: a indagação deverá cingir-se somente à imputação feita pelo delator, já que os demais fatos constantes do interrogatório do delator não dizem respeito ao delatado. Caberá, assim, ao juiz limitar as perguntas somente ao fato motivador do chamamento.

Na verdade, se fará um novo interrogatório do delator, de que participarão o juiz, a acusação e as defesas técnicas do delator e do delatado. Caberá ao juiz reperguntar por primeiro, seguindo-se a acusação e, por fim, a defesa do delator e a do delatado. Repito: este novo interrogatório deverá ater-se somente à imputação que motivou o chamamento.

Há um ponto em que, com o devido respeito, me afasto da posição assumida pela Súmula de nº 65 das “Mesas de Processo Penal da USP”. Tal se dá quando conferem o valor de prova testemunhal à palavra do delator na parte referente à imputação. A razão do oisio reside no fato de que a testemunha é terceiro imparcial que vai a juízo depor a respeito de fato objeto da acusação ou que, eventualmente, como ocorre no caso de testemunha instrumental ou instrumentária, comparece, apenas, com a finalidade de atestar a validade de um ato, como, por exemplo, acontece na hipótese contemplada no art. 226, IV do CPP.

Ora, o réu, ao contrário, é parte no processo e, como tal, sujeito parcial da demanda, havendo, dessa forma, distinção ontológica nas situações processuais dos dois personagens do processo: réu e testemunha.

Já assinalei que, mesmo antes da vigência da Lei 10.792/2003, entendia que a chamada de co-réu apresentava valor como meio de prova, subsistindo sempre como indício (art. 239 do CPP), a ser apreciado pelo juiz no momento oportuno de acordo com a sua livre convicção (art. 157 do CPP).

Li, em algum lugar, que os indícios são “testemunhas mudas” que apontam para o possível autor do fato criminoso. No manejo dos indícios, não se pode contestar, o juiz deve operar com extremo cuidado mas a cautela redobrada não deve ser motivo para que eles possam merecer excomunhão. Não se pode esquecer que o indício

é meio de prova previsto em lei (consta do Título VII, do Livro I, do CPP, que se ocupa "Da Prova"). Por tal razão seu valor, em tese, em nada difere daquele atribuído às chamadas provas diretas.

Na atualidade, diante da nova legislação, não haverá, sequer, necessidade de considerar a delação somente como prova indiciária e muito menos como prova testemunhal, como entendem as "Mensas de Processo Penal da USP".

Com efeito, seu valor decorrerá do próprio interrogatório do réu (delator), que voltou a assumir um caráter misto ou seja: meio de prova (Capítulo III do Título VII, do Livro I, arts. 185 a 196 do CPP) e, ao mesmo tempo, ato de autodefesa ou defesa material (arts. 185, § 2º e 186, parágrafo único, ambos, do CPP).

Este o valor probatório que o chamamento deverá assumir, desde que também submetido às perguntas por parte da defesa técnica do delatado na parte em que se relacione com a imputação.

10. Todas as considerações aqui feitas referem-se, evidentemente, ao interrogatório judicial (art. 185 a 196 do CPP), não guardando qualquer relação com a ouvida do indiciado na fase do inquérito policial (art. 6º, V do CPP). Esta, juntamente com outras providências indicadas nos arts. 6º e 7º do CPP, servirá apenas de suporte fático para o ajuizamento da ação penal, dado o caráter inquisitivo daquela peça de informação ordinária.

11. Outra observação que se impõe fazer está voltada para a acareação dos co-réus (art. 229 do CPP). Entendo que, persistindo a divergência entre delator e delatado, após a realização das reperguntas a respeito da imputação, impossível será a acareação entre os acusados, embora prevista expressamente no art. 229 do CPP.

É que o interrogatório, por força da Constituição Federal e do próprio Código de Processo Penal, não perde seu valor como ato de defesa material, tendo o acusado direito ao silêncio (art. 5º, LXIII da CF), que não importará em confissão nem poderá ser interpretado em prejuízo da defesa (art. 186, parágrafo único, do CPP). Aliás, o acusado pode até mentir sem que de tal atitude lhe advenha qualquer consequência penal, pois o crime contra a administração da justiça previsto no art. 342 do CP só pode ter como sujeito ativo a

testemunha, o perito, o contador, o tradutor e o intérprete, jamais o réu. É-lhe vedada, isto sim, a prática da auto-acusação falsa, envolvendo crime inexistente ou praticado por outrem (art. 341 do CPP), pela simples razão de que ao Estado somente interessa punir o verdadeiro culpado. Dessa maneira, a regra do art. 229 do CPP, no que respeita à acareação entre réus, não se viu recepcionada pela nova ordem constitucional.

12. Estendi-me, talvez, além do que pretendia na complementação do meu estudo anterior a respeito do novo tratamento legislativo que o interrogatório judicial veio a merecer por parte de Lei 10.792/2003.

É que sendo a lei bastante incompleta, deixando de abordar várias questões que não poderiam restar no olvido, acaba por obrigar o intérprete a realizar uma análise mais aprofundada a respeito de quase todo aquele diploma legislativo. ☹

O Princípio da Padronização

Eduardo Azeredo Rodrigues

Procurador do Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro. Professor da EMERJ e da Faculdade Nacional de Direito – UFRJ.

1. INTRODUÇÃO

Este estudo tem por objetivo apreciar o princípio da padronização, o procedimento necessário para sua ultimação e as consequências advindas dessa providência, especialmente no que diz respeito à eventual caracterização de inexigibilidade de licitação em virtude de tanto.

Para isso, faz-se necessária a prévia digressão acerca das características e finalidades da padronização, bem como as providências para que a mesma seja concretizada. Por fim, cumpre analisar as hipóteses nas quais, em decorrência da padronização adotada, se torne verdadeiramente inviável a realização prévia de licitação, ensejando a contratação direta por inexigibilidade.

2. O CONTEÚDO DO PRINCÍPIO DA PADRONIZAÇÃO

O princípio da padronização, insculpido no inciso I do art. 15 da Lei nº 8.666/93, que deverá ser observado pela Administração sempre que possível, tem o fito de compatibilizar especificações técnicas e de desempenho, observadas, quando for o caso, as condições de manutenção, assistência técnica e garantia¹.

¹ O art. 11 da Lei nº 8.666/93 também faz alusão à padronização de projetos de obras e serviços destinados ao mesmo fim.

Tal princípio visa a propiciar à Administração uma consecução mais econômica e vantajosa de seus fins², servindo como *“instrumento de racionalização da atividade administrativa, com redução de custos e otimização da aplicação de recursos. Significa que a padronização elimina variações tanto no tocante à seleção de produtos no momento da contratação como também na sua utilização, conservação, etc”*³.

Não se pode olvidar que, a despeito de inúmeras vantagens propiciadas pela padronização, o que deve ser alvo permanente da intenção da Administração, *não poderá haver direcionamento que contorne os princípios da igualdade e da competitividade*⁴, em afronta ao dever de licitar.

A padronização deve ser resultado da experiência da Administração nas aquisições de produtos e utilização de serviços, com vistas a repercutir nas futuras contratações, que deverão ser pautadas pelas constatações predeterminadas.

Uma das principais vantagens que a padronização pode proporcionar, sob os aspectos técnico e econômico, é o aproveitamento do *know-how* utilizado na manutenção e conservação dos novos produtos – tendo por paradigma as experiências anteriores – bem como o uso dos mesmos insumos que passarão a atender não só aos antigos equipamentos como a todos os novos, padronizados.

Deve-se destacar, entretanto, que padronização não se confunde com escolha de marca⁵, demais de que se admite apenas

² Sérgio Ferraz observa que, conquanto a lei não pareça textualmente assim determinar, o princípio da padronização deve ser adotado apenas excepcionalmente, nas hipóteses em que, em decorrência da mesma, possam ser constatadas inequívocas demonstrações de economicidade e superior interesse público, mesmo porque, em seu entender, as normas contidas no art. 11 e em alguns dispositivos do art. 15 da Lei nº 8.666/93 não têm natureza de comando geral (Informativo Licitações e Contratos – ILC, Zênite, Doutrina - 6/11/JAN/95). Por outro lado, para Toshio Mukai a padronização não é mera faculdade, mas um dever (Parecer inédito dado para a Companhia Vale do Rio Doce em 25 de novembro de 1994. Informativo Licitações e Contratos – ILC, Zênite, Consulta em Destaque - 628/66/AGO/99).

³ JUSTEN FILHO, MARÇAL. Comentários à Lei das Licitações e Contratos Administrativos. 10ª ed. São Paulo: Dialética, 2004, p. 144.

⁴ A precisa advertência é de Jessé Torres Pereira Junior. PEREIRA JUNIOR, JESSÉ TORRES. Comentários à Lei das Licitações e Contratações da Administração Pública. 5ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 174-175.

⁵ Vale o registro no sentido de que o Estatuto das Licitações é peremptório no que toca à vedação de indicação de marca, no inciso I do §7º do art. 15 verbis: *“Art. 15... § 7º Nas compras deverão ser observadas, ainda: I - a especificação completa do bem a ser adquirido sem indicação de marca; ...”*

excepcionalmente a exclusividade de marca, quando for tecnicamente justificável⁶.

A padronização tem o objetivo de definir características referentes às especificações técnicas e de desempenho de determinado gênero de produtos que são almejadas pela Administração Pública, o que pode resultar na conclusão de que determinadas marcas atendem ao tipo de padronização adotado ou, até mesmo, apenas determinado fabricante oferece o produto que se coaduna com os padrões pretendidos. Pode também haver a conclusão motivada e circunstanciada no sentido de que a homogeneidade de produtos adquiridos, ainda que existam similares no mercado, é a única solução que satisfaz ao interesse público, sob as perspectivas da economicidade e eficiência. Nessa última hipótese, óbice não há que a Administração conclua pela escolha de determinada marca, sendo esta a única que ostenta as características compatíveis com a padronização adotada, ou desde que haja justificada necessidade de adoção de apenas uma marca.

Todavia, não se pode perder de vista que o princípio da padronização deve ser compatibilizado com os demais que norteiam a matéria, especialmente os da competitividade e da isonomia. Por essa razão, só em circunstâncias especiais, precedida de estudo técnico em que se afira que apenas determinada marca ou grupo de produtos se amoldam às características necessárias, e que os demais (ou a coexistência de uma heterogeneidade de fabricantes) não atenderão, a Administração Pública poderá, em nome da padronização adotada, prescindir da realização do certame, por se tratar de hipótese de inexigibilidade⁷ de licitação. Essa foi a conclusão alcançada pelo Egrégio Tribunal de Contas da União, em decisão plenária⁸ na qual pontuou, ainda, o seguinte:

“Art. 7º... § 5º É vedada a realização de licitação cujo objeto inclua bens e serviços sem similaridade ou de marcas, características e especificações exclusivas, salvo nos casos em que for tecnicamente justificável, ou ainda quando o fornecimento de tais materiais e serviços for feito sob o regime de administração contratada, previsto e discriminado no ato convocatório.”

⁷ Há casos em que o Egrégio Tribunal de Contas da União entendeu tratar-se de hipótese de dispensa, e não de inexigibilidade.

⁸ TC-020.528/94-4, Relator Ministro Carlos Átala Álvares da Silva, DOU de 18.09.95, p. 14.434, transcrito de Jessé Torres Pereira Junior. PEREIRA JUNIOR, JESSÉ TORRES. Comentários à Lei das Licitações e Contratações da Administração Pública. 5ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 177.

“O advérbio ‘comprovadamente’ constitui condição fundamental para admitir-se tal linha de orientação. A invocação do princípio da padronização como argumento para estreitar o campo da competição licitatória, ou mesmo para declará-la inexigível, requer justificação circunstanciada e objetiva dos motivos e condições que, no caso concreto, conduzem o administrador à conclusão de que sua preservação não se compatibiliza com a realização da licitação, ou que o certame, se realizado, deva circunscrever-se a equipamentos ou produtos de determinada procedência. É indispensável exigir-se essa comprovação, formalmente aprovada pela instância decisória superior ao responsável pelo contrato, em cada hipótese, para que não se generalize nem se vulgarize a invocação, a qualquer pretexto, do princípio da padronização como fórmula corriqueira para contornar a licitação na aquisição de quaisquer bens e materiais correntes, que, pelas características técnicas, sejam de marcas e padrões de fabricação facilmente intercambiáveis”.

A mesma Corte de Contas entendeu, em outra ocasião⁹, que a padronização é causa necessária e suficiente para fundamentar dispensa de licitação. Em resposta à consulta formulada pelo Egrégio Superior Tribunal Eleitoral, o Tribunal de Contas da União manifestou-se no sentido de que, para a modernização da Justiça Eleitoral, ainda que houvesse no mercado de informática equipamentos similares, a aquisição de produtos de variadas marcas reverteria em *elevadíssimos investimentos* no que toca ao contingente de recursos humanos que necessitaria ser ampliado, em detrimento do aspecto da eficiência e da obtenção do resultado almejado pela própria modernização. Conclui, entretanto, ser necessária a elaboração prévia de estudo técnico de viabilidade no qual fatores operacionais e financeiros fossem analisados.

⁹ TCU, processo nº 20.605/91-9, Rel. Min. Homero Santos. RDA 186/299.

3. O PROCEDIMENTO PARA A PADRONIZAÇÃO

Deve-se ressaltar que à decisão administrativa no sentido da padronização de determinado produto ou serviço impõe-se procedimento especial¹⁰, mesmo porque estão potencialmente envolvidos outros princípios que regem a matéria e podem, em tese, atritar com tal providência, na medida em que, em decorrência da padronização, poderá haver casos nos quais as futuras compras ou serviços serão contratados diretamente, sem a realização do certame.

Nesse sentido, há que serem detectadas quais as características técnicas e operacionais que atendem satisfatoriamente aos interesses da Administração Pública, por meio de pareceres, estudos e justificativas técnicas, nos quais sejam identificadas as vantagens da medida, bem como os produtos que ostentam tais qualidades. Apenas eventualmente poderá se chegar à conclusão de que a padronização aponta para determinada marca.

Preceitua a melhor doutrina que a competência para decretar a padronização é da autoridade de mais elevada hierarquia, última por procedimento administrativo complexo através do qual fique constatada a utilidade e o cabimento da padronização, e que possibilite o acesso a eventuais interessados, já que futuramente poderão ocorrer, em decorrência da mesma, contratações diretas.

Marçal Justen Filho¹¹ preleciona que, para a concretização da padronização, será adequado constituir uma comissão especial que deverá *“apurar as necessidades administrativas, formular previsão acerca do montante econômico dos contratos futuros e examinar as alternativas disponíveis para a padronização. Se for o caso, deverão ser ouvidas autoridades acerca do assunto. (...) Poderão ser realizados testes das mais diversas naturezas. Será aconselhável ouvir órgãos de classe, sindicatos e representantes de usuários. Enfim, todos os dados possíveis e imagináveis deverão ser considerados.... É indispensável dar ao conhecimento público a existência de um procedimento destinado a promover a padronização”*. O referido proce-

¹⁰ Informativo Licitações e Contratos – ILC, Zênite, Perguntas e Respostas - 448/16/JUN/95 e 59/83/JAN/01.

¹¹ JUSTEN FILHO, MARÇAL. Comentários à Lei das Licitações e Contratos Administrativos. 10ª ed. São Paulo: Dialética, 2004, p. 145.

dimento, entretanto, não necessita ser revestido do mesmo formalismo do certame licitatório. Os particulares interessados não apresentam proposta, mas devem ter a oportunidade de demonstrar à Administração Pública as vantagens de seus produtos. Deverá, ainda, ser fixado um prazo dentro do qual se imporá a padronização.

Nesse sentido, indagada¹² a Procuradoria-Geral do Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro acerca da possibilidade de padronização de microcomputadores e de impressoras a jato de tinta de determinada marca, pelo fato de já haver expressivo quantitativo de equipamentos com as mesmas características, o que facilitaria o trabalho de manutenção e agilizaria o atendimento e a efetivação da garantia pelo representante da assistência técnica de uma mesma marca, recomendou aquele órgão consultivo o seguinte procedimento:

“[...]

1.1. constituição de uma comissão especial para realizar estudo técnico no qual sejam aferidos:

1.1.1. os requisitos técnicos e as características que atendem satisfatoriamente aos interesses da Administração no que se refere aos microcomputadores de mesa e portáteis, bem como às impressoras a jato de tinta;

1.1.2. quais os fabricantes que disponibilizam no mercado equipamentos com tais características;

1.1.3. na hipótese de haver outros equipamentos similares, de outras marcas, com as mesmas características, um estudo das vantagens (diretas e indiretas), sob os aspectos técnico, operacional e financeiro, que serão revertidas para a esta Corte de Contas na hipótese de adotar a padronização, passando a adquirir apenas equipamentos do fabricante HP, bem como as desvantagens na hipótese de não ser a mesma adotada;

1.1.4. estipular o prazo dentro do qual será conveniente a padronização, bem como formular a previsão do quantitativo de equipamentos que serão adquiridos por esta Corte no futuro, especialmente dentro do prazo fixado.

¹²Processo TCE-RJ nº 304.203-5/02.

1.2. seja dada publicidade ao referido procedimento, para manifestação de eventuais interessados, bem como para que possam apresentar, caso queiram, as vantagens de seus produtos;

1.3. seja, ao fim do estudo realizado, submetido o processo em epígrafe ao Excelentíssimo Conselheiro Presidente deste Egrégio Tribunal de Contas, autoridade competente para autorizar a adoção da padronização ora requerida.”

4. IMPLICAÇÕES DA PADRONIZAÇÃO NA POSSIBILIDADE DE CONTRATAÇÃO DIRETA

Ao contrário do que se poderia intuir, ultimado o procedimento de padronização, não se pode concluir, necessariamente, que esteja a Administração Pública autorizada a proceder à contratação direta, por dispensa ou inexigibilidade de licitação, muito embora tal possa ocorrer, em alguns casos, e por via oblíqua, em decorrência da impossibilidade de competição gerada pela mesma.

Com efeito, o princípio da padronização, visando à adequação de especificações técnicas e de desempenho, considerando as condições de manutenção, assistência técnica e garantia, propicia à Administração Pública uma consecução mais econômica e vantajosa de seus fins.

Nas hipóteses em que, adotada a padronização, não se imponha a adoção específica de determinada marca, não haverá que se cogitar, no primeiro momento, em circunstância que viabilize a contratação por inexigibilidade de licitação.

Mesmo quando o procedimento de padronização importe na conclusão segundo a qual apenas determinada marca atende aos anseios da Administração¹³, não há que se inferir, de imediato, tratar-se da hipótese de fornecedor exclusivo, a justificar contratação direta, com base no art. 25, I da Lei nº 8.666/93.

¹³ O que se deve dar apenas excepcionalmente, e desde que haja a devida motivação técnica, uma vez que, a princípio, a escolha de marca pode conflitar com outros dispositivos legais, comprometendo, inclusive, a competitividade e isonomia (Informativo Licitações e Contratos – ILC, Zênite, Consulta em Destaque - 628/66/AGO/99).

Vale colacionar a circunstância essencial para que se dê a contratação por inexigibilidade de licitação, na seguinte lição¹⁴ acerca do art. 25 da Lei nº 8.666/93:

*“(b) a lei descreve hipóteses que, além de ilustrativas, somente caracterizam a inexigibilidade se, no caso concreto, a competição for inviável; sendo viável, a competição é de rigor...
[...]*

A competitividade é da essência da licitação..., seguindo-se ser esta exigível sempre que presente a possibilidade daquela; licitação inexigível equivale a licitação impossível; é inexigível porque impossível; é impossível porque não há como promover-se a competição.”

Em consulta¹⁵ formulada a respeito do procedimento de padronização, concluiu-se que uma das conseqüências que advêm do mesmo é a seguinte:

“Uma vez institucionalizada a padronização, qualquer aquisição dependerá de prévia licitação se mais de uma pessoa puder fornecer o bem padronizado. Nesses casos, deve constar do edital ou carta-convite a marca e, se for o caso, o modelo do bem desejado, padronizado nos termos do decreto, da portaria ou do ato tal ou qual. Esse esclarecimento é necessário para circunscrever o universo de proponentes e indicar que se trata de aquisição de bem padronizado. Certamente, inexigível será a licitação se somente um fornecedor puder atender ao desejado pela Administração Pública interessada no bem padronizado, como se dá se o produtor, a empresa e o representante comercial for exclusivo. No caso, a licitação será inexigível por inviabilidade de competição, consoante a dicção do art. 25, I, do Estatuto Federal das Licitações e Contratos Administrativos.”

¹⁴ PEREIRA JUNIOR, JESSÉ TORRES. Comentários à Lei das Licitações e Contratações da Administração Pública. 5ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 295.

¹⁵ Informativo Licitações e Contratos – ILC, Zênite, Doutrina - 768/21/NOV/95.

Pontue-se que, como bem frisado no excerto acima, a circunstância fática que enseja a impossibilidade de realização do certame, do que decorre a inexigibilidade prevista no referido dispositivo legal, é a impossibilidade de que o material, gênero ou equipamento, padronizado ou não, seja fornecido por mais de uma pessoa. *Mutatis mutandi*, se a padronização importa na escolha da marca (do que avulta ser o fabricante específico), mas o bem pode ser adquirido no mercado de consumo, de diversos fornecedores, não estará caracterizada a inviabilidade de competição¹⁶.

Outra não foi a conclusão a que chegou a mesma consultoria jurídica Zênite:

“A padronização, seja pela eleição de uma marca, seja pela indicação de um estander próprio, não leva automática e inexoravelmente à dispensa ou à inexigibilidade da licitação. Ela será realizada entre os que podem e têm interesse em oferecer o material, equipamento ou gênero padronizado, pois, em tese, todos estão em condições de atender ao negócio desejado pela Administração Pública. A licitação, no entanto, só não será promovida se um único fornecedor (produtor, empresa ou representante) puder atender ao desejado pela Administração Pública.”¹⁷

Com base nesse entendimento é que a Procuradoria-Geral do Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro, questionada¹⁸ acerca da possibilidade de contratação direta de determinada empresa, fabricante de computadores, haja vista a padronização de equipa-

¹⁶ Vale trazer à baila a seguinte lição: “... alerte-se que a padronização (lícita) da marca, não afasta, desde logo, a realização do devido certame licitatório, posto ser comum haver no mercado mais de um particular (fornecedor) em condições de ofertá-la. Nesse sentido, a lição de Carlos Ari Sundfeld: ‘12. Importante referir o problema da padronização das compras na Administração. Ela é admitida e incentivada pela lei, em seu art. 15-I. A adoção da padronização, só por só, não inviabiliza a licitação. Isso porque o produto da marca padronizada pode estar disponível por vários fornecedores, se sua comercialização não é centralizada pelo próprio fabricante, diretamente ou por representante exclusivo’. Informativo Licitações e Contratos – ILC, Zênite, Consulta em Destaque - 628/66/AGO/99.

¹⁷ Informativo Licitações e Contratos – ILC, Zênite, Doutrina - 768/21/NOV/95.

¹⁸ Processo TCE-RJ nº 307.263-6/02.

mentos na referida marca, pronunciou-se no sentido da inaplicabilidade do mencionado inciso I do art. 25 da Lei nº 8.666/93, por não se tratar de hipótese de fornecedor exclusivo, tampouco haver outra causa que inviabilize a competição.

Noutro giro, entendeu¹⁹ aquela Procuradoria-Geral haver viabilidade legal para contratação direta de outro fabricante de computadores porque, padronizada a referida marca, ficou constatado que aquela empresa era comercializadora exclusiva de seus equipamentos, não sendo os mesmos encontrados no mercado de consumo, em lojas especializadas no ramo de informática. Nessa perspectiva, a padronização de uma marca específica só implicou a impossibilidade de competição, ensejando a inexigibilidade de licitação, porque não havia diversidade de fornecedores capazes de distribuir tais equipamentos, o que implicou a incidência do inciso I do art. 25 em comento, por se tratar o fabricante de fornecedor exclusivo.

Mesmo nas hipóteses de padronização de frota de veículos em que o fabricante ofereça um bom desconto na venda direta, entendemos que, em havendo viabilidade de competição²⁰, o dever de licitar deve ser observado²¹. Isso porque nada impede que outro concorrente, ainda que subordinado ou do mesmo *pool* de agências, tenha também interesse na contratação²², o que implica a necessidade de concessão de tratamento igualitário, por meio do certame.

Esse foi o entendimento adotado pela Procuradoria-Geral do Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro ao solicitar²³ fosse esclarecido pelo setor competente o motivo que ensejaria a inviabilidade de competição na aquisição de veículos de determinada marca.

¹⁹ Processo TCE-RJ nº 302.235-B/04.

²⁰ Em alguns há necessidade de veículos fabricados sob encomenda, com características exclusivas, não havendo possibilidade de competição em função da inexistência de similares na linha de produção, o que inviabilizará a realização do certame e ensejará a possibilidade de contratação direta do fabricante.

²¹ No mesmo sentido do entendimento firmado em orientação jurídica da Consultoria Zênite (Informativo Licitações e Contratos – ILC, Zênite, Consulta em Destaque - 384/B7/MAV/01).

²² Pode até ser que se disponha, inclusive, a oferecer condições melhores que o próprio fabricante. Suponha-se, à guisa de exemplo, que uma agência concessionária, prestes a encerrar suas atividades, esteja se desfazendo de seu estoque de veículos a preços abaixo dos praticados no mercado.

²³ Processo TCE-RJ nº 301.684-6/04.

5. CONCLUSÕES

As conclusões a que se chegou por meio do presente estudo podem ser sintetizadas nas seguintes proposições:

a) a padronização, que é um princípio a ser observado, sempre que possível, nas compras feitas pela Administração Pública, visa a assegurar a compatibilidade de especificações técnicas e de desempenho, proporcionando maior economia e uma consecução mais vantajosa dos fins colimados pela mesma;

b) o princípio da padronização deve se compatibilizar com os demais que presidem o instituto das licitações, especialmente os da competitividade e da isonomia;

c) a padronização não implica necessariamente a escolha de marca, mas a definição de características e especificações técnicas pertencentes a um gênero de produtos que atendem às necessidades da Administração Pública;

d) a padronização deve ser precedida de procedimento especial, com a devida publicidade, no qual reste demonstrada a vantagem da providência, bem como as características e padrões que atendem satisfatoriamente às expectativas e os produtos que se inserem nesse contexto;

e) a padronização, por si só, não importa na contratação direta, ainda que implique a escolha de marca, muito embora possa ser constatada excepcionalmente a inviabilidade de competição, a ensejar a inexigibilidade de licitação, em razão da mesma. ☐

Democratização da Administração Pública e o Princípio da Participação Administrativa

Rafael Carvalho Rezende Oliveira
*Procurador do Município do Rio de Janeiro.
Professor de Direito Administrativo e
Constitucional da EMERJ.*

1) INTRODUÇÃO

O direito não é estático. Ao contrário, ele está em constante evolução em razão da diuturna transformação social. Não se trata simplesmente de alterações de dispositivos legais, mas, especialmente, da forma de se pensar e interpretar o direito.

Nesse contexto de mudanças, o Direito Administrativo, concebido inicialmente sob os ventos liberais da Revolução Francesa¹, passa por uma verdadeira “crise”² em razão das novas e diversificadas tarefas do Estado.

¹ Nesse sentido: WEIL, Prosper. *Direito Administrativo*, Coimbra: Almedina, 1977, p.11. Segundo este renomado autor, não se pode falar em Direito Administrativo antes da Revolução Francesa. Outros autores, no entanto, identificam uma comunidade entre o Antigo Regime e o novo tipo de Estado. Para uma análise dessa divergência, vide: MEDAUAR, ODETE. *O Direito Administrativo em Evolução*, 2ª edição, São Paulo: RT, 2003, p.16/23.

² Na visão de Jean Rivero, o Direito Administrativo encontra-se em plena crise: “No termo desta evolução, é por demais evidente que o direito administrativo está hoje em plena crise. Muitas noções fundamentais elaboradas no quadro do Estado liberal, já não dão conta das formas tomadas pela atividade administrativa. As novas tarefas que assume - planificação econômica, gestão de um sector industrial extenso, organização do Território, urbanismo, animação cultural, proteção social, luta contra poluição, procura de uma ‘melhor qualidade de vida’ - não podem acomodar-se às estruturas nem aos métodos tradicionais.” RIVERO, Jean, *Direito Administrativo*, Coimbra: Almedina, 1981, p. 33/34

Dentre as diversas transformações do Direito Administrativo, destaca-se a necessidade de se reforçar a sua legitimidade. Deixado de lado a noção liberal do Estado de Direito, em que a lei possuía um papel de protagonista, o “Estado Democrático de Direito” atual exige, mais que o respeito à lei e ao Direito, o reforço da legitimidade administrativa.

A insuficiência do modelo de democracia representativa, típico do Estado de Direito, faz com que a participação dos administrados na gestão administrativa seja considerada uma das mais importantes formas de legitimação do Direito Administrativo moderno.

O presente trabalho pretende abordar a noção do denominado princípio da participação administrativa no Brasil e no Direito comparado.

2) TRANSFORMAÇÕES DO ESTADO E DO DIREITO ADMINISTRATIVO

Neste tópico será apresentada, em apertada síntese, a evolução dos modelos estatais e as conseqüências desta evolução no Direito Administrativo.

Conforme já assinalado, o Direito Administrativo, de lado algumas divergências doutrinárias, surgiu com a Revolução Francesa de 1789, cunhado sob dois princípios básicos: legalidade e separação de poderes. A consagração desses princípios buscava precipuamente limitar a atuação do Estado.³ De um lado, o princípio da legalidade passava a exigir a submissão do Estado à lei (Estado de Direito), deixando de lado a liberdade absoluta e arbitrária do Antigo regime (“Estado Policial”). De outro lado, o princípio da separação de poderes (*rectius*: funções), popularizada por Montesquieu, também pretendia ser um mecanismo de limitação do exercício do poder estatal.⁴

³ É importante frisar que, em momento histórico precedente, já existiam documentos jurídicos de limitação do poder estatal como, por exemplo, a Magna Carta de João Sem Terra de 1215. Não obstante isso, a sistematização dessas limitações estatais vai ser efetivada após as Revoluções Francesa e Norte-americana. Neste sentido: TÁCITO, Caio. “Poder de Polícia e Polícia do Poder” in *Temas de Direito Público (Estudos e Pareceres)*, 1º volume, Renovar, 1997, p. 546.

⁴ Em relação à necessidade de divisão de poderes, Montesquieu afirmava: “Tudo estaria perdido se o mesmo homem, ou o mesmo corpo dos principais, ou dos nobres, ou do povo, exercesse os três poderes”. MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. *O espírito das leis*, 3ª edição, São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 168.

O Estado liberal pós-revolucionário, fortemente caracterizado pelo abstencionismo estatal em favor da liberdade e da autonomia dos indivíduos, era visto como uma constante ameaça aos direitos fundamentais recentemente conquistados e reconhecidos pela Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão.

Entretanto, em razão das desigualdades geradas pelo referido abstencionismo estatal, sentiu-se a necessidade de intervenção do Poder Público nas relações econômicas e sociais, como forma de repressão aos abusos dos mais fortes sobre os mais fracos. Surge o denominado Estado Social de direito (*Welfare State*).

O traço marcante da passagem do estado Liberal para o Estado Social, de fundamental relevo para o presente estudo, é a substituição da “Administração autoritária” por uma “Administração consensual”. A administração Pública, nesta nova fase, deixa de lado os atos unilaterais de imposição e passa a utilizar-se de instrumentos consensuais, como os contratos, para a satisfação das necessidades públicas. Na lição de Maria João Estorninho:

“No fundo, um dos aspectos que aqui está em causa é o fenómeno de passagem «da Administração autoritária (“obrigkeitlichen”) à Administração soberana consensual (“schlicht-hoheitlichen”)» (...) Trata-se de uma forma de administração nova, «negociada ou contratual», em que o acordo vem substituir os tradicionais actos unilaterais da autoridade, aparecendo em relação a eles como uma verdadeira alternativa e em que os administrados deixam de ser meros destinatários passivos das decisões unilaterais da Administração Pública.”⁵

Se o abstencionismo estatal gerou problemas no período liberal, a intervenção desmedida verificada na fase social também acarretou conseqüências negativas. O enorme crescimento da Administração Pública no Estado Social acarretou o aumento da burocracia

⁵ ESTORNINHO, Maria João. *A Fuga para o Direito Privado: Contributo para o estudo da actividade de direito privado da Administração Pública*, Coimbra: Livraria Almedina, 1999, p. 44.

estatal e a ineficiência do aparelho estatal que já não mais atendia de forma esperada às constantes exigências de celeridade do mundo moderno. Instaura-se, desta forma, um processo de privatizações e de diminuição do tamanho do Estado.

Não obstante esse “retorno do pêndulo”⁶, o Estado “Pós-Social”⁷ valoriza a sociedade civil e incrementa a utilização de mecanismos jurídico-privados no seio da Administração Pública. Por esta razão, percebe-se um crescente abrandamento da dicotomia entre o campo público e privado, especialmente após o reconhecimento da normatividade dos princípios constitucionais e da centralidade da Constituição no ordenamento jurídico.

A preocupação da Administração Pública moderna deve ser a efetivação dos princípios e direitos fundamentais consagrados na Constituição.⁸ Com a consagração do Estado Democrático de Direito e de princípios, por vezes, contrapostos, típicos de uma sociedade pluralista, a ponderação de interesses, efetivada pela Administração Pública na consecução de suas finalidades, passa ser legitimada pela participação administrativa.

3) NEOCONSTITUCIONALISMO E CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO ADMINISTRATIVO

As transformações ocorridas no seio do Estado, citadas anteriormente, estão intimamente ligadas às alterações do constitucionalismo nos últimos anos, notadamente após a II Guerra Mundial quando o Direito foi usado como instrumento legitimador de práticas autoritárias. A passagem do “Estado Legislativo” para o “Estado Constitucional”⁹, consagrado pelas Constituições europeias do pós-guerra, representa, sobretudo, uma nova forma de pensar o Direito.

⁶ A devolução de diversas tarefas aos particulares é vista por Caio Tácito como o “retorno do pêndulo”. TÁCITO, Caio. “O Retorno do Pêndulo: Serviço Público e Empresa Privada. O Exemplo Brasileiro”, *Revista de Direito Administrativo*, nº 202, 1-10.

⁷ Expressão utilizada por Maria João Estorninho. *Op. cit.* p. 47 e segs.

⁸ Marçal Justen Filho é categórico em afirmar que o “direito administrativo se vincula à realização dos direitos fundamentais, definidos a partir da dignidade da pessoa humana.” JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*, São Paulo: Saraiva, 2005, p. 3.

⁹ Sobre a evolução do Estado de Direito vide: FERRAJOLI, Luigi “Pasado y futuro Del Estado de Derecho”, in *Neoconstitucionalismo(s)*, edição de Miguel Carbonell, 2ª ed, editorial Trotta, 2005.

A aproximação entre o Direito e a moral¹⁰, entre o Direito Constitucional e a Filosofia do Direito¹¹, dentre outras transformações do constitucionalismo, são estudadas, hodiernamente, pelo denominado “neoconstitucionalismo” que, não obstante a ausência de um sentido unívoco¹², pode ser compreendido como “não positivismo principialista”¹³, superador, como visto, da célebre divisão jusfilosófica entre o jusnaturalismo e o positivismo.

Dentre as diversas acepções do neoconstitucionalismo¹⁴, verifica-se que o ponto central desta nova forma de pensar o Direito encontra-se na idéia da “constitucionalização do ordenamento jurídico”¹⁵, compreendida como a transformação do ordenamento jurídico que passa a ser impregnado pelas normas constitucionais, dotadas de superioridade hierárquica¹⁶.

É importante ressaltar que a constitucionalização do ordenamento jurídico não significa apenas a introdução de uma Constituição em determinado ordenamento jurídico ou de verificar a adequação formal (estática) da legislação infraconstitucional às normas constitucionais, mas sim da tendência dinâmica de descri-

¹⁰ Neste sentido: DWORKIN, Ronald. *Freedom's Law – The moral reading of the American Constitution*. Cambridge, Harvard University Press, 1996.

¹¹ Nas palavras de ALFONSO GARCIA FIGUEROA, existem cada vez mais “filósofos del Derecho con vocación de constitucionalistas y de constitucionalistas con vocación de filósofos del Derecho.”. GARCIA FIGUEROA, Alfonso. “La teoría del Derecho en tiempos de constitucionalismo”, in *Neoconstitucionalismo(s)*, edição de Miguel Carbonell, 2ª ed, editorial Trotta, 2005, p. 161.

¹² A expressão “neoconstitucionalismo” não possui um significado unívoco. Alguns autores abordam o neoconstitucionalismo como um forma de superar a célebre dicotomia jusnaturalismo e positivismo, através da aproximação entre direito e moral. Outros encaram o neoconstitucionalismo como um positivismo renovado (neopositivismo). A tendência doutrinária que prevalece, no entanto, é a primeira concepção. Para uma análise detalhada desse debate, vide: *Neoconstitucionalismo(s)*, edição de Miguel Carbonell, 2ª ed, editorial Trotta, 2005.

¹³ GARCIA FIGUEROA, Alfonso. *Op. cit.*, p. 179.

¹⁴ PAOLO COMANDUCCI, utilizando-se da consagrada distinção de tipos de positivismo de NOBERTO BOBBIO, aponta três espécies de neoconstitucionalismo: teórico, ideológico e metodológico. Vide: COMANDUCCI, Paolo. “Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico”, in *Neoconstitucionalismo(s)*, edição de Miguel Carbonell, 2ª ed, editorial Trotta, 2005, p. 82 e segs.

¹⁵ GUASTINI, Ricardo. “La ‘constitucionalización’ del ordenamiento jurídico: el caso italiano”, in *Neoconstitucionalismo(s)*, edição de Miguel Carbonell, 2ª ed, editorial Trotta, 2005, p. 49. Vide, ainda, o nosso trabalho: OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende, “A constitucionalização do ordenamento jurídico e os princípios constitucionais” in *Teoria constitucional contemporânea e seus impasses*, Org: José Ribas Vieira e outros, Caderno de Estudos Constitucionais, ano XI, nº 1, Rio de Janeiro: PUC, Programa de Pós-Graduação em Direito, 2005.

¹⁶ HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*, trad: Gilmar Ferreira Mendes, Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

ção do processo de transformação do ordenamento jurídico à luz da Constituição.¹⁷

A constitucionalização do ordenamento jurídico, segundo Ricardo Guastini¹⁸, depende da satisfação de uma série de condições, apontadas exemplificadamente pelo autor: a) Constituição rígida; b) garantia jurisdicional da Constituição (controle de constitucionalidade das leis); c) força vinculante da Constituição (a Constituição é encarada como norma jurídica e não apenas como mera declaração programática); d) “sobreinterpretação” da Constituição (os princípios constitucionais, ao invés de normas – *rectius*: regras – precisas, permite solucionar todas as controvérsias porventura existentes); e) aplicação direta das normas constitucionais (*Drittwirkung*); f) interpretação conforme da legislação ordinária; e g) influência da Constituição sobre as relações políticas.

Alfonso Garcia Figueroa destaca três aspectos implícitos no referido processo de constitucionalização: o aspecto material, o estrutural-funcional e o político.¹⁹

O aspecto material da constitucionalização do ordenamento consiste na aproximação da moral ao Direito.²⁰ Há uma tendência hoje entre os juristas de adoção de uma visão não-positivista do Direito.

Quanto ao aspecto estrutural-funcional, o fenômeno da constitucionalização acarreta a alteração da estrutura das normas constitucionais. As Constituições procuram se valer cada vez mais dos princípios como forma de amoldar nos seus textos interesses conflitantes existentes em uma sociedade pluralista.²¹

¹⁷ Segundo Ricardo Guastini: “Un ordenamiento jurídico constitucionalizado se caracteriza por una Constitución extremadamente invasora, entrometida (pervasiva, invadente), capaz de condicionar tanto la legislación como la jurisprudencia y el estilo doctrinal, la acción de los actores políticos, así como las relaciones sociales.” GUASTINI, Ricardo. *Op. cit.*, p. 49.

¹⁸ GUASTINI, Ricardo. *Op. cit.*, p. 49/73

¹⁹ GARCIA FIGUEROA, Alfonso. *Op. cit.*, p. 164 e ss.

²⁰ Neste sentido: DWORKIN, Ronald. *Op. cit.*

²¹ Frise-se, neste ponto, que a juridicidade dos princípios constitucionais, segundo o ilustre professor Paulo Bonavides, passou por três fases distintas: a jusnaturalista, a positivista e a pós-positivista. Na fase jusnaturalista, os princípios possuíam apenas dimensão ético-valorativa, sem qualquer normatividade, constituindo-se em “axiomas jurídicos” encontrados no Direito Natural. Na fase positivista, os princípios ingressam nos Códigos como fonte normativa subsidiária. Por fim, com a ascensão do pós-positivismo, foi reconhecida a normatividade dos princípios e estes passaram a ser considerados um “pedestal normativo sobre o qual se assenta todo o edifício jurídico dos novos sistemas constitucionais”. BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*, Malheiros, 13ª ed, 2003, p. 259 e segs.

Os princípios constitucionais permitem uma expansão da incidência da Constituição, uma vez que os seus comandos normativos são abertos e imprecisos (trata-se da “sobreinterpretação” da Constituição citada por Ricardo Guastini).

De outro lado, os princípios constitucionais são aplicados de forma distinta das regras. A aplicação oitocentista (positivista) das regras jurídicas através de um processo lógico-formal de subsunção não é adequada à nova estrutura principiológica das atuais Constituições.²² Surge a necessidade de aplicação da ponderação aos conflitos entre princípios constitucionais.

O terceiro aspecto (político), mencionado por Alfonso Garcia Figueroa, consiste no deslocamento do protagonismo do Legislativo para o Judiciário. Os princípios constitucionais ampliam a margem de discricionariedade judicial

Pode-se afirmar, resumidamente, que a constitucionalização do ordenamento jurídico obriga o operador do Direito a interpretar a legislação à luz da Constituição. Este fenómeno, segundo Paulo Ricardo Schier, é denominado de “filtragem constitucional”.

“Filtragem Constitucional” (...) denota a idéia de um processo em que toda a ordem jurídica, sob a perspectiva formal e material, e assim os seus procedimentos e valores, devem passar sempre e necessariamente pelo filtro axiológico da Constituição Federal, impondo, a cada momento de aplicação do Direito, uma releitura e atualização de suas normas.”²³

O processo de constitucionalização, na lição de Louis Favoreu, acarreta dois efeitos importantes: a) unificação da ordem jurídica (a

²² As regras, na concepção de Ronald Dworkin, seriam aplicadas segundo o critério do “all-or-nothing”, enquanto a aplicação dos princípios admite gradações (“dimension of weight”). DWORKIN, Ronald. *Taking rights seriously*, Cambridge, Harvard University Press, 1977, p. 24 e ss. Segundo Robert Alexy, os princípios seriam “*mandatos de optimización*”, que están caracterizados por el hecho de que pueden ser cumplidos en diferente grado y que la medida debida de su cumplimiento no sólo depende de las posibilidades reales sino también de las jurídicas.” ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997, p. 86.

²³ SCHIER, Paulo Ricardo. *Filtragem Constitucional: Construindo uma nova dogmática jurídica*, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999, p. 104, nota 5.

Constituição torna-se o fundamento de validade dos diversos ramos do Direito e a dicotomia entre direito público e privado é relativizada²⁴) e b) simplificação da ordem jurídica (a lei deixa de exercer o papel central e a Constituição passa a ser a “norma de referência” do ordenamento jurídico).²⁵

Nesse processo de constitucionalização do ordenamento jurídico, o Direito Administrativo passa por uma verdadeira releitura constitucional.

A concepção liberal do Direito Administrativo, cunhada sob os ideais burgueses de separação absoluta entre o Estado e a sociedade²⁶, cede lugar para o ideal democrático das sociedades plurais contemporâneas, em que a atuação da Administração Pública deve não só respeitar como promover os direitos e valores constitucionais através de procedimentos abertos à participação dos cidadãos.

No Brasil, a promulgação da Constituição de 1988 representa um momento de ascensão e concretização da democracia. Através da consagração de princípios e valores éticos, o atual texto constitucional possui caráter aberto de forma a atender às diferentes demandas encontradas em uma sociedade pluralista.

A Constituição da República, ao tratar da organização do Estado (Título III), reservou um capítulo especial à Administração Pública (Capítulo VII).

Não obstante isso, o que merece ser ressaltado não é a mera inserção de dispositivos relativos a alguns institutos específicos do Direito Administrativo no texto constitucional, mas sim a consagra-

²⁴ Na lição de Teresa Negreiros: “Fica claro, portanto, que num sistema de proeminência da dignidade da pessoa humana, perde eficácia legitimante a oposição entre o público e o privado, já que, contrariamente ao que preside a uma relação dicotômica, o uso axiológico destas duas esferas não mais admite a sua conceituação como esferas reciprocamente exclusivas e impermeáveis”. NEGREIROS, Teresa. “A dicotomia público-privado frente ao problema da colisão de princípios”, in *Teoria dos direitos fundamentais*, Ricardo Lobo Torres (org.), 2ª. ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 370

²⁵ Louis Favoreu, “la constitutionnalisation du droit” in Jean-Bernard Auby et al., *L’unité du droit: mélange en hommage à Roland Drago*, Paris, Economica, 1996 apud AFONSO DA SILVA, Virgílio. *A Constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações privadas*, Malheiros, 2005, p. 49.

²⁶ Essa é a constatação da professora MARIA JOÃO ESTORNINHO: “Este nascimento do Direito Administrativo insere-se perfeitamente no contexto da ‘visão liberal do mundo’, assente na separação entre o Estado e a Sociedade, por forma a garantir a propriedade e a intimidade, valores fundamentais que o liberalismo procura preservar a todo o custo.” ESTORNINHO, Maria João. *Op. cit.*, 1999, p. 31.

ção de princípios administrativos (princípios setoriais²⁷), tais como os previstos no art. 37, *caput* da CRFB/88 (legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência) que funcionam como um norte na interpretação dos institutos jurídico-administrativos.

Ademais, o Direito Administrativo deve ser atualizado à luz da cláusula do Estado Democrático de Direito, consagrada no art. 1º da Constituição da República.

Enquanto no Estado de Direito, a Administração Pública submetia-se à legalidade, hoje, no Estado Democrático de Direito, além do respeito à lei e à Constituição, deve a atividade administrativa pautar-se por uma legitimidade reforçada. O Direito Administrativo que outrora se satisfazia com o princípio da legalidade, hoje requer, ainda, o respeito à legitimidade.

Esse é o enfoque central do presente trabalho: a análise da legitimidade reforçada do Direito Administrativo ou, em outras palavras, a aplicação do princípio democrático em sede administrativa.

A legitimidade do Direito Administrativo, além de exigir o respeito aos direitos fundamentais, relaciona-se com a democratização da atuação administrativa.

Supera-se o modelo liberal “agressivo”²⁸ de atuação da Administração por mecanismos consensuais de satisfação do interesse público. Em outras palavras: a Administração Pública deixa de ser vista como um perigo para a sociedade e passa a ser vista como parceira para garantia e efetividade dos direitos fundamentais.

O “princípio da supremacia do interesse público”²⁹, fortemente questionado atualmente, cede espaço para a ponderação dos

²⁷ Luis Roberto Barroso divide os princípios constitucionais em fundamentais, gerais e setoriais. Os princípios fundamentais são aqueles que revelam decisões políticas estruturais do Estado (ex: princípio federativo, do Estado democrático de direito, etc.). Já os princípios gerais são importantes especificações dos princípios fundamentais (ex: princípio da legalidade, da isonomia, etc.). Por fim, os princípios setoriais referem-se a determinado tema constitucional (ex: princípios da Administração Pública, etc.). BARROSO, Luis Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*, 3ª edição, São Paulo: Saraiva, 1999, p. 150 e segs.

²⁸ Segundo VASCO MANUEL PASCOAL DIAS PEREIRA DA SILVA: “O modelo normal (praticamente exclusivo) de actuação da Administração Pública era o acto administrativo. Ele era visto como uma manifestação autoritária do poder estadual relativamente a um particular determinado.” SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da. *Em busca do acto administrativo perdido*, Coimbra: Livraria Almedina, 2003, P. 40.

²⁹ Com relação à desconstrução do princípio da supremacia do interesse público, vide: SARMENTO, Daniel (org.). *Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

interesses envolvidos na atuação administrativa (“Estado pluriclasse”³⁰), seja pelo fato de existirem vários “interesses públicos”, seja pelo fato de a Constituição da República consagrar direitos fundamentais que devem ser respeitados e promovidos pelo Estado. Nas palavras de Diogo de Figueiredo Moreira Neto ocorre a “passagem de uma viciosa relação de supremacia a uma virtuosa relação de ponderação”.³¹

4) O PRINCÍPIO DA PARTICIPAÇÃO ADMINISTRATIVA NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO: ASPECTOS FILOSÓFICOS, JURÍDICOS E A SUA CONSAGRAÇÃO NA CONSTITUIÇÃO DE 1988

Quando se fala em democracia, logo surge a idéia de convergência da atuação estatal com os anseios sociais. Ocorre que o modelo de democracia representativa (indireta), exercida por representantes eleitos, passa por uma profunda crise e cede espaço para a institucionalização de instrumentos de democracia direta ou semi-direta.

No âmbito do Direito Administrativo, a participação do cidadão na atuação administrativa é a forma de se concretizar o princípio do Estado Democrático de Direito, conferindo uma legitimidade renovada à Administração.

A teoria do discurso de Jürgen Habermas, nesse contexto, serve como fundamento filosófico para a defesa do princípio da participação administrativa. Segundo essa teoria, a legitimação do Direito passa pela adesão dos cidadãos aos procedimentos de sua criação, uma vez que o ordenamento não pode subsistir apenas pelo uso (potencial) da força. A racionalidade comunicativa habermasiana é essencialmente procedimental e reflexiva, na medida em que as pessoas devem obedecer às regras do discurso e as suas idéias devem ser defensáveis através de argumentos.³²

³⁰ GIANNINI, Massimo Severo. *Derecho Administrativo*, vol. I, Madrid: Ministerio para las Administraciones Publicas (MAP), 1991, p. 76 e segs.

³¹ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. “Novos institutos consensuais da ação administrativa”, *in Revista de Direito Administrativo*, vol. 231, 2003, p. 142.

³² “A justificada pretensão de verdade de um proponente deve ser defensável, através de argumentos, contra objeções de possíveis oponentes e, no final, deve poder contar com um acordo racional da comunidade de interpretação em geral.” HABERMAS, Jürgen, *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*, Vol. I, 2ª edição, Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p.32.

A teoria do discurso defendida por Habermas tem inspiração kantiana e resgata a razão prática, mas acrescenta regras procedimentais que irão regular a interação comunicativa.³³ Extrai-se da lição deste autor o seguinte imperativo categórico: “são válidas as normas de ação às quais todos os possíveis atingidos poderiam dar o seu assentimento, na qualidade de participantes de discursos racionais.”³⁴ Em razão da impossibilidade de auto-reprodução, o Direito legítimo precisa estar aberto para as manifestações do espaço público.³⁵

Nesse contexto, a autonomia pública e a privada caminham de mãos dadas, uma vez que somente com a garantia desta última (autonomia privada) permite-se uma efetiva liberdade de participação no processo democrático para tomada de decisões políticas (autonomia pública). Os cidadãos são, ao mesmo tempo, autores e destinatários dos direitos.³⁶

O Direito encontra a sua legitimidade no procedimento (deliberativo) e não nos critérios valorativos (conteúdo da norma). Em outras palavras: as normas nas sociedades pluralistas atuais (sociedades pós-convencionais) mais que aceitas devem ser justificadas através do procedimento democrático.

Por esta razão, Habermas, superando os modelos liberal e republicano de democracia, propõe a noção de “democracia deliberativa”, fundamentada no procedimento discursivo. Revela-se fundamental para a efetivação deste modelo democrático a

³³ Neste sentido: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Jurisdição constitucional, democracia e racionalidade prática*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p.282.

³⁴ HABERMAS, Jürgen, *Op.cit.*, p.142.

³⁵ Cláudio Pereira Souza Neto define espaço público como um “canal de transmissão dos impulsos comunicativos gerados no mundo da vida às instâncias formais de tomada das decisões.” SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Op.cit.*, p.300

³⁶ Afirma Habermas: “Todavia, se discursos (e, como veremos, negociações, cujos procedimentos são fundamentados discursivamente) constituem o lugar no qual se pode formar uma vontade racional, a legitimidade do direito apóia-se, em última instância, num arranjo comunicativo: enquanto participantes de discursos racionais, os parceiros do direito devem poder examinar se uma norma controvertida encontra ou poderia encontrar o assentimento de todos os possíveis atingidos. (...) A co-originalidade da autonomia privada e pública somente se mostra, quando conseguimos decifrar o modelo da autolegislação através da teoria do discurso, que ensina serem os destinatários simultaneamente os autores de seus direitos.” HABERMAS, Jürgen, *Op.cit.*, p. 138 e 139.

institucionalização de processos e condições de comunicação que permitam um discurso entre cidadãos livres e iguais.³⁷

Da mesma forma, a teoria de Robert Alexy, influenciada por Habermas³⁸, relativa à argumentação jurídica como discurso racional, encaixa-se no substrato legitimador da participação do cidadão na formação do Direito.

Alexy aponta uma série de regras monológicas e dialógicas que garantem a racionalidade do procedimento argumentativo e dos seus respectivos resultados.³⁹ O discurso jurídico seria um caso especial do discurso prático geral.

O ponto em comum das concepções defendidas por Habermas e Alexy, para as finalidades do presente trabalho, reside na defesa de uma legitimação do Direito através de um procedimento discursivo-argumentativo, o que fundamenta a defesa da participação popular no processo de tomada de decisões político-administrativas.

Com relação aos contornos jurídicos da participação administrativa, percebe-se uma tendência de se retirar dos ordenamentos jurídicos dos diversos países a consagração, por vezes implícita, do princípio da participação na Administração Pública como forma de superar o descrédito gerado pela ineficiência do modelo representativo de democracia.

Intimamente ligada à crise da democracia representativa, a crise da noção liberal da lei demonstra a necessidade de adoção de meios eficazes de legitimação do Direito. Isto porque os representantes eleitos representam cada vez menos os interesses do povo e, conseqüentemente, a lei, fruto da atuação desses legisladores, não corresponde suficientemente aos anseios sociais.

³⁷ "Todavia, a idéia de democracia, apoiada no conceito de discurso, parte da imagem de uma sociedade descentrada, a qual constitui - ao lado da esfera pública política - uma arena para a percepção, a identificação e o tratamento de problemas de toda a sociedade.(...) Com isso, não se desmente a intuição que se encontra na base da idéia da soberania popular: ela simplesmente passa a ser interpretada de modo intersubjetivista." HABERMAS, Jürgen, *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*, Vol. II, 2ª edição, Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 24.

³⁸ Segundo Manuel Atienza, "a teoria de Alexy significa, por um lado, uma sistematização e reinterpretção da teoria do discurso prático habermasiana e, por outro lado, uma extensão dessa tese para o campo específico do Direito." ATIENZA, Manuel. *As razões do Direito: teorias da argumentação jurídica*, São Paulo: Landy Editora, 2003, p.160.

³⁹ Sobre as regras do discurso prático geral, vide: ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica*, 2ª edição, São Paulo: Landy Editora, 2005, p. 190 e segs.

Mas a crise não é uma exclusividade do exercício do Poder Legislativo. Essa “legitimidade decrescente” também contamina a Administração Pública que, deixando de lado a idéia de executora mecanizada da lei, diuturnamente tem que acomodar interesses constitucionais, por vezes conflitantes.

Uma conseqüência importante do fenômeno de constitucionalização do Direito Administrativo é superação da idéia positivista da vinculação positiva⁴⁰ da Administração Pública ao princípio da legalidade, conforme constatação de Gustavo Zagrebelsky:

“En la actualidad, ya no vale como antes la distinción entre la posición de los particulares y la de la Administración frente a la ley. Hoy sería problemático proponer de nuevo con carácter general la doble regla que constituía el sentido del principio de legalidad: libertad del particular en línea de principio, poder limitado del Estado en línea de principio. Esta regla está ya erosionada en ambas direcciones, en relación con particulares y con la Administración.”⁴¹

Não se pode exigir que a lei predetermine de forma completa toda a atuação da Administração em uma sociedade pluralista. Neste passo, a Constituição é erigida ao centro do ordenamento jurídico e os diversos princípios nela previstos devem ser ponderados no processo de concretização dos valores constitucionais.

Ao lado da ampliação do rol complexo de atividades administrativas e de liberdade de decisões, a procedimentalização da participação dos cidadãos na Administração serve como meio eficaz de controle e limitação do poder administrativo. Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da Silva defende de forma precisa a participação popular no procedimento administrativo como forma de democratização da Administração:

⁴⁰A idéia de legalidade como vinculação positiva à lei corresponde à definição clássica do princípio da legalidade administrativa, segundo o qual a Administração Pública somente pode fazer aquilo que a lei expressamente autorizar.

⁴¹ZAGREBELSKY, Gustavo. El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia. Editora Trotta, 2003, p.34

*"Isto porque a participação dos privados no procedimento, ao permitir a ponderação pelas autoridades administrativas dos interesses de que são portadores, não só se traduz numa melhoria de qualidade das decisões administrativas, possibilitando à Administração uma mais correta configuração dos problemas e das diferentes perspectivas possíveis da sua solução, como também torna as decisões administrativas mais facilmente aceites pelos seus destinatários. Pelo que a participação no procedimento constitui um importante factor de legitimação e de democraticidade de actuação da Administração Pública."*⁴²

No Direito comparado, o princípio da participação administrativa encontra-se consagrado, ainda que de forma implícita, em diversos documentos constitucionais, como, por exemplo, na Constituições espanhola (arts. 9º.2 e 105)⁴³ e portuguesa (art. 267, I)⁴⁴. A Constituição italiana (art. 3º)⁴⁵, por sua vez, estabelece de forma genérica o princípio da participação.

Da mesma forma, o tratado que estabelece uma Constituição para a União Européia, ao lado da democracia representativa, prevê expressamente o objetivo de efetivação do princípio da democracia participativa (art. I-47).⁴⁶

⁴² SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da. *Op. cit.*, p. 402.

⁴³ Art. 9º.2 "Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social."; Art. 105. "La ley regulará: a) La audiencia de los ciudadanos, directamente o a través de las organizaciones y asociaciones reconocidas por la ley, en el procedimiento de elaboración de las disposiciones administrativas que les afecten. b) El acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos, salvo en lo que afecte a la seguridad y defensa del Estado, la averiguación de los delitos y la intimidad de las personas. c) El procedimiento a través del cual deben producirse los actos administrativos, garantizando, cuando proceda, la audiencia del interesado." Fonte: www.planalto.gov.br, acesso em 14/11/2005.

⁴⁴ Art. 267, I. "A Administração Pública será estruturada de modo a evitar a burocratização, a aproximar os serviços das populações e a assegurar a participação dos interessados na sua gestão efectiva, designadamente por intermédio de associações públicas, organizações de moradores e outras formas de representação democrática." Fonte: www.planalto.gov.br, acesso em 14/11/2005.

⁴⁵ Art. 3º. "È compito della Repubblica rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale, che, limitando di fatto la libertà e l'eguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana e l'effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese." Fonte: www.planalto.gov.br, acesso em 14/11/2005.

⁴⁶ Art. I-47. Artigo I-47º. "Princípio da democracia participativa 1. As instituições, recorrendo aos meios adequados, dão aos cidadãos e às associações representativas a possibilidade de expressarem e partilharem publicamente os

Em que pese a consagração nos documentos constitucionais acima referidos, o princípio da participação administrativa vem sendo alvo de críticas doutrinárias em razão de seu conteúdo excessivamente impreciso e pelo risco de se transformar o Estado em um “Estado total”.⁴⁷ Agustín Gordillo critica a formulação que se tem emprestado ao princípio da participação: *“El tema de la participación, según queda dicho, pareciera que en nuestros países se ha manejado a un nivel principalmente abstracto e teórico, antes que práctico y concreto, ni siquiera como base fundante de la construcción teórica”*.⁴⁸

Críticas à parte, há uma tendência na doutrina e nos ordenamentos dos diversos países em se efetivar o princípio da participação como forma de manifestação consensual da Administração Pública. Nesse sentido, Luciano Parejo Alfonso, ao tratar dos atos administrativos consensuais no direito espanhol, deixa claro que o vínculo entre o consenso e a participação:

“la participación directa de la voluntad de sujetos distintos a la Administración (incluso privados) en el resultado del ejercicio de las potestades administrativas. El quid novum de esta forma alternativa de actividad administrativa radica justamente en

seus pontos de vista sobre todos os domínios de acção da União. 2. As instituições estabelecem um diálogo aberto, transparente e regular com as associações representativas e com a sociedade civil. 3. A fim de assegurar a coerência e a transparência das acções da União, a Comissão procede a amplas consultas às partes interessadas. 4. Um milhão, pelo menos, de cidadãos da União, nacionais de um número significativo de Estados-Membros, pode tomar a iniciativa de convidar a Comissão a, no âmbito das suas atribuições, apresentar uma proposta adequada em matérias sobre as quais esses cidadãos considerem necessário um acto jurídico da União para aplicar a Consolidação. As normas processuais e as condições para a apresentação de tal iniciativa pelos cidadãos, incluindo o número mínimo de Estados-Membros de que aqueles devem provir, são estabelecidas por lei europeia.” Fonte: <http://europa.eu.int/eur-lex/lex/pt/treaties/index.htm>, acesso em 14/11/2005.

⁴⁷ A expressão é utilizada por Norberto Bobbio: “O cidadão total e o Estado total são as duas faces da mesma moeda; consideradas uma vez do ponto de vista do povo e outra vez do ponto de vista do príncipe, têm em comum o mesmo princípio: que tudo é política, ou seja, a redução de todos os interesses humanos aos interesses da polis, a politização integral do homem, a resolução do homem no cidadão, a completa eliminação da esfera privada na esfera pública, e assim por diante.” BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia*, 9ª edição, Editora Paz e Terra, 2004, p. 55.

⁴⁸ GORDILLO, Agustín. Participación administrativa, *Revista de Direito Público*, vol. 74, 1985, p. 16. Em sentido análogo, Juan Alfonso Santamaría Pastor entende que o denominado princípio da participação não constitui verdadeiramente uma diretriz constitucional de alcance geral e conclui que *“La participación es, pues, una línea de actuación posible y lícita en el marco de un Estado democrático, pero en absoluto un precepto constitucional vinculante y de eficacia genérica.”* SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso. *Principios de Derecho Administrativo General*, vol. 1, 1ª edición, Iustel, 2004, p. 113.

que la voluntad de los ciudadanos contribuye directamente, como tal, a establecer los términos y condiciones de las relaciones jurídico-administrativas concretas, haciendo emerger éstas al primer plano del Derecho administrativo."⁴⁹

Eduardo García de Enterría, no entanto, alerta para a impossibilidade de se garantir a participação em todas as atividades administrativas, uma vez que a Administração "participada" é subalterna à lei. A participação administrativa não se justifica na tomada da decisão justa, vez que esta já estaria delimitada pelos valores jurídicos finais consagrados pela lei, mas sim na busca da decisão oportuna dentro do exercício da discricionariedade administrativa. Vale dizer: a participação administrativa tem aplicação no campo da discricionariedade.⁵⁰

As formas de participação administrativa, na concepção de Eduardo García de Enterría, seriam: a) orgânica (cunhada sob o modelo corporativo, na atuação orgânica o cidadão se insere em um órgão da Administração); b) funcional (exercício de funções administrativas pelos cidadãos, sem que estes ingressem na estrutura orgânica da Administração); cooperativa (o administrado, sem deixar de atuar como tal e sem exercer funções materialmente públicas, colabora com o atendimento do interesse público).⁵¹

A participação administrativa, é oportuno ressaltar, não deve ser interpretada de forma absoluta. Isto porque, ao lado do princípio da participação, convivem outros princípios constitucionais que também devem ser observados. Dessa maneira, a participação não pode prevalecer quando o mínimo de eficiência administrativa estiver ameaçado e a sua efetivação deve ocorrer, na medida do possível, por previsão legal que estabelecerá o procedimento respectivo.

⁴⁹ PAREJO ALFONSO, Luciano. Los Actos Administrativos Consensuales en el Derecho Español, in *Revista de Direito Administrativo e Constitucional*, Belo Horizonte, nº 13, 2003, p. 17.

⁵⁰ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *Curso de Derecho Administrativo*, vol. II, novena edición, Madrid: Civitas Ediciones, 2004, p. 86.

⁵¹ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *Op. cit.*, p. 86 e segs.

No Brasil, a discussão em torno do princípio da participação administrativa é embrionária, o que talvez possa ser explicado pela ausência de consagração expressa deste princípio no texto constitucional.⁵²

Em verdade, encontra-se apenas uma referência expressa à participação administrativa no capítulo relativo à Administração Pública: trata-se do art. 37, § 3º da Constituição da República, com redação dada pela Emenda Constitucional nº 19/98, que prevê a participação do usuário na Administração Pública, mas a regulação ficou a cargo da legislação ordinária.⁵³

Malgrado a falta de menção expressa do “princípio da participação” no texto constitucional, pode-se apontar como fundamento do referido princípio a própria cláusula do Estado Democrático de Direito inserida no art. 1º da Constituição da República.

Conforme anteriormente assinalado, a evolução do Estado de Direito para o Estado Democrático de Direito, longe de se restringir a uma questão puramente de nomenclatura, demonstra a necessidade de se evoluir no pensamento jurídico e nas suas instituições. O acréscimo do adjetivo “democrático” não pretende afirmar que o Estado de Direito era necessariamente autoritário, mesmo porque o poder era exercido por representantes democraticamente eleitos e a Administração submetia-se à legalidade.

Em verdade, a consagração do Estado Democrático de Direito reforça a democracia nos Estados contemporâneos e, em especial, no ordenamento jurídico brasileiro, abalada pelas crises da democracia representativa e do mito liberal de completude da lei. É justamente em razão disso que a participação administrativa ganha força e consubstancia-se em verdadeiro princípio, cujo fundamento constitucional é o art. 1º da Constituição da República.

⁵² Algumas obras nacionais, no entanto, tratam do referido princípio, destacando-se, dentre outras: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Participação popular na Administração Pública, *Revista Trimestral de Direito Público*, vol. 1, 1993, p. 127-39; MEDAUAR, Odete. O Direito Administrativo em evolução, São Paulo: RT, 2003; MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Direito da participação política (legislativa, administrativa e judicial), Rio de Janeiro: Renovar, 1992; SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. A participação popular na Administração Pública: o direito de reclamação, Rio de Janeiro: Renovar, 2002; SOARES, Fabiana de Menezes. Direito Administrativo de participação, Belo Horizonte: Del Rey, 1997; e TÁCITO, Caio. “Direito Administrativo participativo”, *Revista de Direito Administrativo*, vol. 209, 1997, p.1-6.

⁵³ Todavia, a Constituição da República faz alusão à participação dos cidadãos na Administração em diversos dispositivos: arts. 5º, XXXIII; XXXIV, a, 10; 198, III; 204, II; 216, §1º.

A crescente previsão de mecanismos de participação administrativa pelos diplomas legais reforça a tendência de efetivação da participação administrativa.

A Lei nº 10.257/01, ao instituir o denominado Estatuto da Cidade, consagrou uma série de normas relativas à participação administrativa, revelando um dos mais importantes diplomas legais de efetivação da democracia.⁵⁴

Da mesma forma, a Lei nº 10.079/04, que trata das denominadas parcerias público-privadas, prevê em seu art. 10, inciso VI, a realização de consulta pública para análise da minuta do edital de licitação e do contrato de concessão.

As leis criadoras das denominadas agências reguladoras procuram estabelecer instrumentos de participação do cidadão (usuário) na regulação do respectivo setor como forma de reforçar a legitimação democrática da regulação abalada pela deslegalização.⁵⁵ Diogo de Figueiredo Moreira Neto afirma com precisão:

*“é através da participação, como requisito inarredável da democracia material, que se satisfaz a condição de legitimidade indispensável aos processos de produção e de aplicação de normas deslegalizadas, uma vez que ocorrida a deslegalização, aquela condição já não mais poderá ser satisfeita pela legitimação representativa, própria da democracia indireta.”*⁵⁶

Aliás, entre os três princípios regulatórios citados pelo professor Diogo de Figueiredo Moreira Neto, encontra-se o princípio da participação regulatória.⁵⁷

⁵⁴ Arts. 2º, II, XIII; 4º, III, /e § 3º; 40, § 4º, I; 44; 45 da Lei nº 10.257/01.

⁵⁵ Podem ser citados exemplificadamente: art. 4º, §3º da Lei nº 9.427/96 (ANEEL); art. 3º, X e XI da lei nº 9.472/97 (ANATEL).

⁵⁶ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Direito Regulatório*, Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 182.

⁵⁷ Diogo de Figueiredo Moreira Neto cita três princípios regulatórios: competência regulatória, independência regulatória e participação regulatória. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Op.Cit.*, p. 192.

Existem, ainda, outros diplomas legais no ordenamento pátrio que estabelecem a participação administrativa, de forma a corroborar a tese principiológica da participação.⁵⁸

5) CONCLUSÃO

Buscou-se, com este trabalho, apontar alguns fundamentos de base filosófica e jurídica para a defesa do princípio da participação administrativa.

As profundas transformações e a constitucionalização do Direito Administrativo demonstram a necessidade de sua releitura à luz dos princípios constitucionais. Cunhado sob os interesses de uma determinada classe social (burguesia), o Direito Administrativo atual deve atender aos diversos interesses típicos das sociedades pluralistas e democráticas do mundo moderno.

A força de ontem é substituída pela predominância do consenso; a imposição (ou a mera subsunção) pela ponderação. As crises da democracia representativa e da concepção liberal do princípio da legalidade demonstram a necessidade de institucionalização de mecanismos efetivos de salvaguarda dos interesses da sociedade. A democratização do Estado passa necessariamente pela abertura procedimental da Administração Pública.

Não basta a legalidade, exigência intrínseca ao Estado de Direito; hoje deve haver legitimidade nas decisões administrativas. O Estado Democrático (legitimidade) de Direito (legalidade) só pode ser entendido corretamente se houver a conscientização da importância da sociedade civil na satisfação dos interesses públicos. Pode-se falar em verdadeiro processo evolutivo de democratização da Administração Pública.

Conclui-se, portanto, que o princípio da participação administrativa traduz a concretização do Estado Democrático de Direito e reforça (renova) a legitimidade do Direito Administrativo. ◻

⁵⁸ Dentre outros, destacam-se: Lei Complementar 101/2000 (Lei de Responsabilidade Fiscal) – arts. 9º, §4º e 48; Lei nº 9.784/99 (Processo administrativo federal) – arts. 3º, 9º, 31, 32; etc.

Reserva de Vagas no Ensino Público Brasileiro

Claudio de Mello Tavares

Desembargador da 11ª Câmara Cível do TJ/RJ

Depois de muitas articulações na Câmara dos Deputados, anuncia-se agora a votação do Projeto de Lei 73/99, que implementa o sistema de reserva de vagas no ensino público brasileiro.

O tema, *per si* polêmico, concentra o debate em torno de dois pontos, ou argumentos principais: o primeiro, fundado na idéia de que a inovação proposta importa em privilégio incompatível com o princípio republicano da igualdade. E privilegiar, como dizem os seus opositores mais intolerantes, significa tratar, com regalias excepcionais, pessoas já muitas vezes contempladas na área privada, ou através de benesses do próprio Poder Público, inserindo no ensino superior minorias beneficiárias de uma política injustificadamente protecionista.

Tal linha de argumentação, todavia, não resiste a maior exame, porquanto o Projeto de Lei 73/99 visa apenas transformar em política nacional os legítimos anseios da sociedade brasileira, no sentido de construir uma universidade mais democrática, por isso mesmo acessível a maior número dos excluídos sociais, e capaz de resgatar jovens de classes, raças, ideologias, crenças religiosas e outros confinamentos econômicos e sociais, preparando-os para o mercado de trabalho e o pleno exercício da cidadania.

Esse, aliás, é um dos mais nobres objetivos na Nova República, inaugurada, ou preconizada pela festejada Constituição de 1988. Sob tal inspiração, o Projeto pode se transformar em instrumento valioso no esforço de superação do problema do não cidadão, da-

quele que não participa política e democraticamente dos bens sociais, como lhes assegura a letra da Carta Magna. E isso ocorre exatamente por falta de oportunidade e de meios efetivos para se igualar com os demais. Por isso, é mister lembrar que cidadania não combina com desigualdades, república não combina com preconceito e democracia não combina com discriminação.

Em verdade, a política de reserva de vagas no ensino superior atende, nesse particular, ao objetivo fundamental da própria República, da nação brasileira. Objetivo que consiste em promover a justiça social e alcançar uma sociedade solidária, facultando-se o acesso aos bens públicos, sobretudo para os que mais necessitam dessa almejada igualação. Ainda que, para tanto, o Estado tenha que redistribuir oportunidades, recursos, bens e direitos de modo desigual com a finalidade de possibilitar entre os cidadãos, uma distribuição paritária e mais justa de seus benefícios sociais.

O segundo argumento está em se prequestionar, desde logo, a constitucionalidade do Projeto.

Ora, isso seria o mesmo que afirmar que o controle preventivo de constitucionalidade exercido no processo político de elaboração das leis, pela Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania, é ilegítimo, ou inútil. Além do que, no sistema jurídico brasileiro, é o Supremo Tribunal Federal que decide sobre a constitucionalidade, ou não, das normas legais em vigor. Decisão essa que tem efeito vinculante, geral e obrigatório. Enquanto essa manifestação do STF não ocorre, todas as normas gozam da presunção de constitucionalidade. Portanto, a aprovação do Projeto de Lei 73/99 manifestada nas Comissões Temáticas e na Comissão de Justiça e Cidadania da Câmara dos Deputados, já o reveste de constitucionalidade prévia para refutar os posicionamentos mais conservadores, e subsidiar a decisão final do STF com a força constitucional que se traduz também na necessidade de implementação de políticas de diversidade e diferenças no acesso ao ensino superior, como forma de se chegar mais próximo da igualdade constitucional.

Assim, o preceito constante do art. 5º da CF/88 não difere dos contidos nos incisos I, III e IV, do art. 206 da mesma Carta Política.

Pensar o inverso é prender-se a uma exegese cega, meramente formal, ou seja, a uma exegese de igualação dita estática, negativa, na contramão com a eficaz dinâmica, apontada pelo Constituinte de 1988 ao traçar os objetivos fundamentais da República Brasileira.

Nesse cenário político-institucional, não seria efetivamente democrática a leitura sem profundidade e preconceituosa da Constituição, nem seria cidadão o leitor que não buscasse nela o verdadeiro sentido, apregoando o discurso fácil dos bens posicionados, ou superiormente posicionados, quase sempre pelas mãos calejadas dos discriminados. É preciso enfatizar que a correção das desigualdades é possível, mas para isso é necessário que façamos o que está a nosso alcance, o que está previsto na Constituição Federal, pois somente construiremos uma sociedade livre, justa e solidária, quando conseguirmos uma igualdade escolar entre brancos e negros, resgatando essa parcela significativa dos que ainda se desesperam por vencer as dificuldades criadas pelo preconceito e pela incompreensão da própria sociedade brasileira. ◻

Quilombos: da Insurreição à Propriedade Constitucional

Marco Aurélio Bezerra de Melo
Defensor Público do Estado do Rio de Janeiro. Professor de Direito Civil da EMERJ.

1. INTRODUÇÃO

Este modesto trabalho objetiva apresentar o fundamento do reconhecimento do direito de propriedade para as comunidades remanescentes de quilombos.

Desse modo, serão apresentados argumentos para o convencimento de que a norma constitucional do artigo 68 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, que assegura o direito de propriedade às comunidades remanescentes de quilombos, é justa e exige a sua efetivação.

2. AS POSSES DAS ÁREAS DE QUILOMBOS NO PERÍODO DA ESCRAVIDÃO

A palavra quilombo sugere vários significados, dentre os quais uma espécie de dança que se realiza numa praça ou largo em que se localizam os negros e que é enfeitada de bandeiras de papel de seda e cercada por um sítio ou jardim, assim como um *“valhacouto de escravos fugidos; unidade básica da resistência negra”*¹. Esse último sentido também se encontra no verbete *“quilombo”* contido no dicionário Aurélio Buarque de Holanda:

¹ Scisínio, Alôor Eduardo. *Dicionário da Escravidão*. Leo Christiano Editorial Ltda., p. 281.

"2. Bras. Estado de tipo africano formado, nos sertões brasileiros, por escravos fugidos." ²

No sítio da agência de informação Frei Tito para a América Latina há uma definição bastante precisa de quilombo prescrevendo que *"os quilombos são comunidades negras rurais que se distinguem de outros setores da coletividade nacional devido aos seus costumes, tradições e condições sociais, culturais e econômicas específicos. Essas comunidades constituem territórios étnicos, originados principalmente a partir de fugas de negros africanos que se rebelavam contra a escravidão iniciada a partir do século XVII, pela colonização portuguesa. O quilombo marcou sua presença durante todo o período escravista em praticamente todo o território nacional."*³

A norma constitucional acima transcrita indica que efetivamente o sentido da palavra quilombo seja o de uma fortificação composta de negros fugitivos que, desafiando o direito estatal, formaram um núcleo populacional que buscava manter a cultura e a estratificação social trazida da África.

Os quilombos que se formaram e se espalharam pelo território brasileiro traziam duas práticas insurrecionais. A primeira, relativa à ocupação da terra, que não se fazia dentro do modelo estatal da compra e venda ou da sucessão hereditária, e, a segunda, que guarda relação com o próprio questionamento do regime servil e que contribuiu para a sua derrocada.

Com efeito, o apossamento de um território quilombola significava uma medida duplamente insurgente e aí se encontra a grandeza da luta histórica dos escravos fugidos que lograram trazer, a despeito da distância continental, um pedaço da África para o Brasil no tocante ao território e cultura, ajudando a que o país se livrasse da maldição de manter pessoas cativas sem liberdade, servindo a outras, mas também foi a primeira demonstração de que a posse da terra como instituto independente da propriedade podia ser utilizado

² Ferreira, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo Aurélio*. Século XXI. Editora Nova Fronteira. P. 1.686.

³ www.adital.com.br - Campanha nacional pressionará a regularização de territórios quilombolas.

em sua função social para afirmar a moradia, produção e trabalho dos rebeldes do sistema escravagista.

Nesse exato ponto, impende situar, ainda que brevemente, o cenário jurídico de aquisição da propriedade de terras no período que antecedeu a abolição da escravidão. Em um primeiro momento a terra era concedida por Cartas de Sesmarias⁴, que eram concessões outorgadas por Portugal a determinadas pessoas da família real ou que mantivesse amizade com o reino português, sendo talvez uma das primeiras manifestações de nepotismo no cenário político do Brasil. Após esse período, e com o reconhecimento da independência do Brasil, não se verificou uma modificação no sistema fundiário pátrio e o regramento mais importante dessa fase foi a Lei nº 601, de 18 de setembro de 1850, conhecida como Lei de Terras.

A lei de terras data do mesmo ano da Lei Eusébio de Queirós, que foi decretada no dia 4 de setembro de 1850, reprimindo o tráfico de africanos e punindo com rigor os selvagens contrabandistas de gente. Isto nos conduz a uma conclusão lógica: o país que se preparava para abolir a escravidão, consolidava os latifúndios nas mãos da oligarquia rural tomando cuidado para que o escravo, ao se deparar com a liberdade, não tivesse acesso à propriedade pelo obstáculo do preço e pela proibição de legítimar posses posteriores à referida lei de terras. Prestigiu-se a propriedade, ainda que estivesse em detrimento da função social da posse⁵ que afirma a dignidade da pessoa humana por assegurar, por exemplo, o direito ao trabalho e à moradia que são valores constitucionais inderrogáveis.

Os artigos 1º, 4º e 5º da vetusta lei de terras demonstram como era impossível reconhecer a situação proprietária nas áreas de quilombos⁶. Sobre o tema, ensina o professor titular de direito pro-

⁴ Sesmarias são propriamente as datas de terras, casais ou pardieiros, que foram ou são de alguns senhores e que, já em outro tempo, foram lavradas e aproveitadas e agora o não são (Ordenações Manuelinas, Livro IV, Tt. 67).

⁵ Ver o excelente trabalho de Albuquerque, Ana Rita Vieira. Da função Social da Posse e sua consequência frente à situação proprietária. Editora Lumen Juris.

⁶ Art. 1º Ficam proibidas as aquisições de terras devolutas por outro título que não seja o de compra. Exceptuam-se as terras situadas nos limites do Império com paizes estrangeiros em uma zona de 10 leguas, as quaes poderão ser concedidas gratuitamente.

Art. 4º Serão revalidadas as sesmarias, ou outras concessões do Governo Geral ou Provincial, que se acharem cultivadas, ou com principios de cultura, e morada habitual do respectivo sesmeiro ou concessionário, ou de quem os represente, embora não tenha sido cumprida qualquer das outras condições, com que foram concedidas.

cessual civil da Universidade Cândido Mendes, Miguel Lanzellotti Baldez, que a terra formal sempre foi inacessível ao trabalhador e tal constatação remonta ao modo de produção escravagista, nos modos de aquisição e formação da propriedade durante o regime colonial e que, depois com a Lei 601, de 1850, houve a *“adoção da venda e compra como modalidade principal de aquisição da propriedade, além do fato de que a lei de terras consolidou os latifúndios através da medição e demarcação das sesmarias outorgadas e ocupações havidas enquanto vigorava o colonialato”*⁷.

Com efeito, vê-se com clareza que as áreas de posse de quilombos não encontraram mecanismos jurídicos para se legitimar no direito positivo vigente após a abolição da escravidão, permanecendo à margem da titularidade formal dos imóveis, que com a lei de terras passou a ser a situação proprietária, sendo a posse um instituto de categorização inferior, tido como estado provisório e, portanto, inseguro, que funcionava como uma mera exteriorização da propriedade.

Além de os quilombos ocupados pelos negros insurretos retratarem a afirmação da posse social frente à situação proprietária, a luta dos escravos é também apontada por especialistas na matéria como uma das causas para a abolição da escravidão ocorrida em 13 de maio de 1888 com a publicação da Lei Áurea.

O saudoso professor Alôor Eduardo Scisínio indica como causas internas da abolição da escravidão as que se seguem: “1) abolição do tráfico de escravos africanos com a Lei Eusébio de Queirós; 2) queda da produção e crise estrutural da área açucareira nordestina e conseqüente decadência do trabalho escravo; 3) aparecimento das primeiras indústrias de transformação que exigiam mão-de-obra livre; 4) mínima rentabilidade do trabalho escravo; em comparação com o livre; 5) surto do café, cuja unidade produtora – a fazenda – não se adaptava ao trabalho escravo e se desenvolvia com uma dinâmica interna de absorver a mão-de-obra livre, inclusive a importada; 6) chegada de imigrantes estrangeiros para os trabalhos

Art. 5º Serão legitimadas as posses mansas e pacíficas, adquiridas por ocupação primária, ou havidas do primeiro ocupante, que se acharem cultivadas, ou com princípio de cultura, e morada, habitual do respectivo posseiro, ou de quem o represente, guardadas as seguintes regras:

..... omissis....

⁷ Ainda a Reforma Urbana: notas sobre algumas conquistas institucionais, p. 5, Editora CDDH/Petrópolis.

agrícolas; 7) campanha abolicionista com a participação da intelectualidade e da classe média; 8) lutas dos próprios escravos.⁸

Em texto escrito pela professora de história da Universidade Federal Fluminense Hebe Maria Mattos há uma preocupação constante de contextualizar a ambiência do país no período que antecedeu a abolição da escravidão e a referida historiadora defende a tese de que a luta dos escravos pela liberdade também foi decisiva para a promulgação da Lei Áurea: *“A poesia revela também que os cativos eram depreciativamente chamados de “negros”, embora cerca de 95% dos descendentes de africanos do país já fossem livres. Era regra de etiqueta silenciar sobre a cor dessas pessoas quando em situação formal de igualdade. Esse racismo ‘à brasileira’ tornou pouco nítido, para a posteridade, a importância da população afro-brasileira livre antes mesmo da Abolição, além de não realçar os esforços dos últimos cativos na conquista de sua liberdade. Na última década da escravidão, eles apelaram para fugas em massa por quase toda a Região Sudeste, no maior movimento de desobediência civil de nossa história”*⁹

Segundo dados recentes da Universidade Nacional de Brasília, da Fundação Cultural Palmares e do Projeto Vida de Negro, há no Brasil cerca de 1.098 territórios quilombolas e destes apenas 29 foram regularizados.

3. A POSSE E O POSTERIOR DIREITO DE PROPRIEDADE DAS TERRAS REMANESCENTES DE QUILOMBOS DE ACORDO COM OS POSTULADOS FILOSÓFICOS DE IMMANUEL KANT

Kant sustenta ser legítima a primeira posse de um pedaço de terra, sendo um direito natural ter algo, cuja utilização por outrem possa se traduzir em um prejuízo a quem exerce a posse sensível sobre o bem. Diz o autor que esse postulado está ligado a uma lei permissiva da razão prática que confere ao possuidor direito de exigir de todas as outras pessoas um dever geral de abstenção frente a aquele que primeiro exerceu a posse sobre o bem.

⁸ *Op. cit. ant.*, p. 95 – grifos nossos

⁹ “A face negra da Abolição”, *Revista Nossa História*, Ano 2, nº 19, maio de 2005, p. 14/20 – grifos nossos.

O indigitado filósofo ensina que o estado de posse é um fenómeno da natureza que confere proteção jurídica ao primeiro possuidor, pois é também direito natural não ser obrigado a certificar sua posse, além do que, é correto formular a proposição de que tudo que uma pessoa submete ao seu controle de acordo com as leis da liberdade externa, manifestando a vontade de que seja o titular, realmente o será. Nessa ótica, aduz o autor que: *“realizar a primeira tomada de posse tem, portanto, uma base jurídica (titulus possessionis), que é posse original em comum; e o brocardo “Felizes são aqueles que tem a posse” (beati possidentes), porque ninguém ser obrigado a certificar sua posse é um princípio básico de direito natural, o qual estabelece o tomar a primeira posse como uma base jurídica de aquisição com a qual pode contar todo primeiro possuidor.”*¹⁰

A posse de terras no solo brasileiro para a formação de quilombos pelos escravos equivale à posse no estado de natureza e justifica a sua defesa pelo título conferido pelo próprio apossamento *ab origine*. Nessa linha de raciocínio, as áreas utilizadas para a formação de quilombos eram terras de ninguém (*res nullius*), que foram possuídas pelos escravos que fugiam do cativo e cujos descendentes continuam exercendo posse, passados mais de cem anos de abolição da escravidão.

A idéia acima de apreensão originária se encontra também em autores clássicos como o Doutor Spencer Vampré¹¹, J.M. Carvalho Santos¹², Pontes de Miranda¹³, Martinho Garcez¹⁴ e Lafayette¹⁵.

¹⁰ Kant, Immanuel. *A Metafísica dos Costumes*. – p. 96/97

¹¹ “Essa forma, na posse, tem o nome de apprehensão. Podemos defini-la: todo facto, que cria, para o adquirente, a possibilidade imediata, e actual, de dispor, physicamente da coisa, e de excluir della a acção de terceiros (LAFAYETTE, *Direito das Coisas*, § 10; SAVIGNY, *Traité de la Possession*, §§14 a 18.” (Vampré, Dr. Spencer. *Manual de Direito Civil Brasileiro*, vol. II – F. Briguier & C. Editores, p. 12/13).

¹² “Dissemos que a apreensão de que fala este artigo pressupõe: recaia sobre uma coisa que não fora objeto de posse de ninguém.” (Santos, J. M. Carvalho. *Código Civil Brasileiro Interpretado*, vol. VII, Editora Freitas Bastos, p. 54).

¹³ “A posse imediata nasce com a obtenção do poder fáctico, sem nenhum outro possuidor abaixo (= mais perto da coisa). A vontade, o *animus*, não é pressuposto necessário. Abstrai-se disso, no Código Civil.” (Miranda, Pontes. *Tratado de Direito Privado*, vol. 10. Editora Borsoi, p. 147).

¹⁴ “A apprehensão consiste em todo fato que para o adquirente cria possibilidade imediata e actual de dispor physicamente da coisa ou do direito, de excluir della a acção de terceiros.” (Garcez, Martinho. *Do Direito das Coisas Segundo o Projecto de Código Civil Brasileiro*, p. 28).

¹⁵ “A apreensão consiste em todo fato que cria para o adquirente a possibilidade imediata e actual de dispor, fisicamente, da coisa e de excluir della a acção de terceiros” (Rodrigues, Lafayette. *Direito das Coisas*, vol. I, § 10).

Entretanto, para Kant a defesa fulcrada em uma legítima apreensão, como fora a que historicamente se verificou nos territórios quilombolas, não basta, pois há a necessidade de uma legitimação estatal com o reconhecimento de uma titularidade definitiva sobre o bem possuído.

Nesse sentido, afirma Kant que: *“Desta forma, por exemplo, tomar posse de um pedaço de terra separado é um ato de escolha particular sem ser, por isso, arbitrário. O possuidor funda seu ato numa posse inata em comum da superfície da terra e numa vontade geral que corresponde a priori, que permite sua posse privada (de outra maneira, coisas desocupadas seriam tornadas em si mesmas, e de acordo com uma lei, coisas que a ninguém pertencem). Por ser o primeiro a tomar posse, ele originariamente adquire um definido pedaço de terra e resiste mediante o direito (iure) a qualquer outra pessoa que lhe barrasse fazer uso privado dele. Contudo, posto que ele se acha num estado de natureza, não pode fazê-lo por meio de procedimentos legais (de iure) porque realmente não existe qualquer lei pública nesse estado.”*¹⁶

Verifica-se também nas lições de Kant que é necessário que, do estado de natureza em que se acha a posse, haja a conversão para o estado de direito, que à luz do ordenamento pátrio seria o reconhecimento da propriedade como direito definitivo. Dizia o mestre que: *“Em síntese, o modo de ter alguma coisa externa como sua num estado de natureza é posse física que tem a seu favor a presunção jurídica de que será convertida em posse jurídica através de sua união com a vontade de todos numa legislação pública, e em antecipação a isto é válida comparativamente como posse jurídica.”*¹⁷ E falando sobre a propriedade, o apontado filósofo alemão ratifica a aludida afirmação prescrevendo que: *“alguma coisa pode ser adquirida definitivamente sob uma constituição civil. Em um estado de natureza também pode ser adquirida, mas somente provisoriamente.”* E conclui dizendo que: *“a consequência é poder a aquisição original*

¹⁶ *Op. cit. ant.*, p. 96/97

¹⁷ *Op. cit. ant.*, p. 102

ser apenas provisória. A aquisição definitiva ocorre somente na condição civil."¹⁸

Assim, é de importância vital para a segurança jurídica dos descendentes dos escravos africanos e para a afirmação cultural e étnica das comunidades remanescentes de quilombos a atestação da propriedade sobre os territórios quilombolas e que do reconhecimento unilateral de afirmação da titularidade sobre o bem – posse em estado natural – se chegue ao reconhecimento da sociedade acerca do direito de propriedade dessas terras promovendo, por conseguinte, a aceitação de todos de um direito definitivo assentado em uma legislação de ordem pública.

Conclui-se, de logo, o quão importante é conferir efetividade ao comando normativo do artigo 68 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, identificando as áreas remanescentes de quilombos e conferindo o título de propriedade na forma da lei civil pátria.¹⁹ Releve-se o fato de que o aludido dispositivo constitucional trilha a idéia kantiana quando prescreve que o estado deverá reconhecer a "*propriedade definitiva*" das comunidades remanescentes de quilombos, ou seja, o texto constitucional não faz referência à posse, tendo em vista a simples constatação de que esta já estava mais do que solidificada por ocasião da promulgação da Lei Maior em outubro de 1988.

4. O SENTIDO E ALCANCE DO ARTIGO 68 DO ATO DAS DISPOSIÇÕES CONSTITUCIONAIS TRANSITÓRIAS

O artigo 68 do ADCT prescreve que: "*aos remanescentes das comunidades dos quilombos que estejam ocupando suas terras é reconhecida a propriedade definitiva, devendo o Estado emitir-lhes o respectivo título*".

A palavra "remanescente" no autorizado dicionário de Aurélio Buarque de Holanda significa: "*1. que remanesce; restante, remanente. 2. Aquilo que sobeja ou resta*."²⁰ . Esse dado presente no

¹⁸ *Op. cit. ant.*, p. 108

¹⁹ Para Kant a aquisição original somente pode ser *provisória*, pois a aquisição *definitiva* ocorre somente respeitando-se a condição civil estabelecida pelo direito *a priori*. (*op. cit.*, ant. p.109).

²⁰ *Obra cit. ant.*, p. 1.738

texto legal informa que o reconhecimento da propriedade exige um estado permanente de posse desde os idos da época do Brasil escravagista. Vê-se, de plano, que há uma conotação rica em historicismo²¹ e cultura, na medida em que é exigido, para que haja o reconhecimento da propriedade, que as comunidades permaneçam nas áreas de quilombos, persistindo na luta pela posse de suas áreas e mantendo os seus aspectos culturais herdados dos antepassados escravos até a data de promulgação da Carta Política Federal.

Forçoso reconhecer que o reconhecimento da propriedade constitucional das áreas remanescentes de quilombos é originário por não se fundamentar em relação jurídica anterior que lhe dê suporte. Nesse passo, há uma semelhança muito grande com a usucapião²², sendo certo que, como sucede com o instituto análogo, a eventual sentença judicial que o reconhecer também será declaratória como parece sugerir a lei²³, a jurisprudência²⁴ e doutrina²⁵ na hipótese da usucapião. Entretanto, a prescrição aquisitiva conta com um termo inicial – *a quo* – e um termo final – *ad quem* –, e após a sua configuração o possuidor se faz proprietário, ou seja, o usucapiente não precisa continuar possuindo para que seja reconhecido o seu direito de propriedade, valendo lembrar a denominada ação publiciana que municia o usucapiente de pretensão reivindicatória sem título e posse atual.

O termo inicial para que a posse de um quilombo seja reconhecida na atualidade como propriedade é o momento da instalação da comunidade de escravos africanos e o termo final coincidirá com a promulgação da Constituição, momento em que o direito de propriedade se incorporou definitivamente ao patrimônio dos quilombolas que reconhecerem sua própria história de descendentes.

²¹ A acepção que se confere à palavra é a de uma “Doutrina segundo a qual a realidade é história (desenvolvimento, racionalidade e necessidade) e que todo conhecimento é conhecimento histórico” (Abbagnano, Nicola. *Dicionário de Filosofia*. Editora Martins Fontes, p. 508).

²² Nesse sentido, confira-se o excelente texto: “*O usucapião singular disciplinado no art. 68 do ato das disposições constitucionais transitórias*”. Publicado na *Revista de Direito Privado*, vol. 11, p. 79/83.

²³ Art. 1.241 do CCB, e 167, I, item 28, da Lei 6.015/73.

²⁴ Súmula 263 do STF: “O possuidor deve ser citado, pessoalmente, para a ação de usucapião”.

²⁵ Por todos: Salles, José Carlos de Moraes. *Usucapião de bens imóveis e móveis*. 2ª ed. Editora RT, p. 171/173.

tes de escravos africanos que foram residir nos quilombos antes da decretação da Lei Áurea, merecendo destaque que tal direito pode ser usado como defesa em eventual ação reivindicatória proposta pela pessoa, cujo título se encontra registrado no cartório imobiliário.

Com redobrada vênia, se a propriedade a que se refere a norma do artigo 68 do ADCT fosse por meio da usucapião, teríamos que imaginar que a usucapião do afrodescendente quilombola teria que ser por um prazo maior do que cem anos, sendo evidente que a prescrição mais longa, atualmente, no direito brasileiro, é a da usucapião extraordinária prevista no art. 1.238 do Código Civil Brasileiro, que é de quinze anos. Se o Poder Constituinte Originário quisesse disciplinar o direito de propriedade das áreas de quilombos pela árdua via da usucapião teria feito, como aconteceu, por exemplo, com a usucapião especial urbana (art. 183, CRFB) e rural (art. 191, CRFB).

A última parte do dispositivo legal assegura um direito subjetivo para as comunidades remanescentes de quilombos, acarretando ao Estado um dever jurídico prestacional, pois a Lei das Leis prescreve que o Estado deve emitir os títulos de propriedade. A grande dificuldade está em definir como o Estado poderá atestar a propriedade. Como esse direito, disciplinado nas disposições transitórias e que, portanto, já deveria ter exaurido o seu poder normativo com as titulações, poderá se efetivar. Será necessária a edição de uma norma jurídica complementar ou o artigo 68 do ADCT já é dotado de efetividade? Far-se-á por meio de desapropriação? Como será o reconhecimento de que a comunidade é remanescente de quilombo? Caberá ação declaratória? Poderá o Estado emitir título, ainda que o imóvel esteja registrado no cartório imobiliário em nome de particular? Essas são apenas algumas questões que enfrentaremos a seguir.

5. A NORMA DO ARTIGO 68 DO ADCT É DE EFICÁCIA PLENA

A norma jurídica constitucional que se encontra nas disposições transitórias, por óbvio, tende a perder a sua importância social

na medida em que o seu comando se efetiva²⁶, mas enquanto isso não acontece, deve ser encarada como parte integrante do texto constitucional, ao qual se deve conferir a máxima efetividade.²⁷

Pela simples leitura do artigo 68 do ADCT observa-se que o tipo legal contém todos os requisitos de sua auto-aplicabilidade, sendo norma de eficácia plena na lição do eminente constitucionalista José Afonso da Silva por não indicar processos especiais de sua execução e não exigir *“a elaboração de novas normas legislativas que lhes completem o alcance e o sentido, ou lhes fixem o conteúdo, porque já se apresentam suficientemente explícitas na definição dos interesses nelas regulados”*.²⁸

A despeito de a norma do artigo 68 do ADCT conter todos os requisitos para a sua auto-aplicabilidade, o Governo Federal editou o Decreto Federal nº 4.887, de 20 de novembro de 2003, visando regulamentar a identificação, reconhecimento, delimitação, demarcação e titulação das terras ocupadas por remanescentes das comunidades dos quilombos.

O aludido decreto estatui que *“consideram-se remanescentes das comunidades dos quilombos, para os fins deste Decreto, os grupos étnico-raciais, segundo critérios de auto-atribuição, com trajetória histórica própria, dotados de relações territoriais específicas, com presunção de ancestralidade negra relacionada com a resistência à opressão histórica sofrida”*.

Em síntese apertadíssima, o referido decreto federal estabelece que: a) a caracterização dos remanescentes será feita mediante auto-atribuição, circunstância que vai ao encontro dos mais recentes estudos de antropologia; b) são terras de quilombos aquelas que foram ocupadas e são utilizadas para a garantia da reprodução físi-

²⁶ Moraes, Alexandre. *Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional*. “O ato das Disposições Constitucionais Transitórias, previsão tradicional na história constitucional brasileira desde a 1ª Constituição Republicana de 1891, destina-se a regulamentar a transição entre a antiga Carta e a nova ordem constitucional, com previsões que se extinguirão com o cumprimento de sua finalidade, qual seja, harmonizar as situações jurídicas pretéritas. Assim, a natureza do ADCT é de norma constitucional transitória e de eficácia exaurida, pois a eficácia de suas normas exaure com o cumprimento de suas finalidades, sendo impossível revitalizá-las por emendas constitucionais”.

²⁷ Moraes, Guilherme Pena. *Direito constitucional. Teoria da Constituição*. “O princípio da máxima efetividade impõe que à norma constitucional, sujeita à atividade hermenêutica, deve ser atribuído o sentido que maior eficácia lhe conceda, sendo vedada a interpretação que lhe suprima ou diminua a finalidade”.

²⁸ Silva, José Afonso. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. 4ª ed., Editora Malheiros, p. 101.

ca, social, econômica e cultural dos quilombolas; c) confere competência ao INCRA para fazer a titulação, mas não afasta a competência concorrente dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal; d) assegura aos quilombolas a participação democrática em todas as fases do procedimento de titulação; e) prevê que se a terra de quilombo estiver situada em áreas públicas, o próprio ente federativo deverá atestar o domínio; f) prevê que se o imóvel estiver situado em área registrada no cartório imobiliário em nome de particular, será realizada vistoria e avaliação do imóvel, objetivando a adoção dos atos necessários à sua desapropriação.

6. O EQUÍVOCO DA VIA EXPROPRIATÓRIA QUANDO SE TRATAR DE IMÓVEIS REGISTRADOS EM NOME DE PARTICULARES

Nos imóveis registrados em nome do Estado, o próprio ente federativo deverá emitir o título respectivo, reconhecendo o direito de propriedade para as comunidades remanescentes de quilombos, na forma do que estabelece o artigo 12 do Decreto Federal nº 4.887/2003.²⁹

Estando o imóvel registrado em nome de particular, o artigo 13 do Decreto Federal nº 4.887/2003 prevê que a política governamental para a efetivação do direito de propriedade para as áreas de quilombos será a desapropriação dos imóveis com o consequente pagamento de verba indenizatória à pessoa em cujo nome estiver registrada a terra ocupada pelo quilombo. Tal opção do encimado dispositivo regulamentar padece de flagrante inconstitucionalidade por afrontar diretamente a norma contida no artigo 68 do ADCT.

Além da inconstitucionalidade, parece-nos que a opção de desapropriar o imóvel mediante pagamento de indenização incorre em desvio de finalidade. Em primeiro lugar, comprometer-se-ia o erário com o pagamento de uma indenização para quem já perdeu a titularidade da propriedade por força de um comando constitucional dirigido a uma posse que conta com mais de cem anos de longevidade.

²⁹ Precedente interessante é o caso do quilombo Campinho da Independência, no Município de Paraty, para o qual o Estado do Rio de Janeiro lavrou escritura pública de atestação de domínio já devidamente registrada no Cartório de Imóveis local em nome da associação de moradores (Livro nº 2-A, folhas 2.960 e 2.961; Registro nº 1, Matrícula nº 2.159, em 23 de março de 1999).

Como visto anteriormente, o artigo 68 do ADCT não dá margem a dúvidas com relação à sua auto-aplicabilidade e eficácia no tocante à aquisição da propriedade pelos quilombolas, que poderão ser representados pela respectiva associação de moradores³⁰ na titulação feita pelo Estado, se o bem for público, ou na proposição de ação declaratória, se o bem for particular.³¹

Insta acentuar, outrossim, que a desapropriação ensejará a que o estado outorgue títulos de concessão de uso como direito real resolúvel, fato que se afasta completamente da intenção social e política do instituto trazido pela Lei Maior, que objetiva, em última análise, fazer justiça histórica àqueles que após a abolição da escravidão viram-se sem o reconhecimento da propriedade e conseguiram manter-se na posse até outubro de 1988, resistindo ao cerco jurídico da terra que foi imposto à população negra. O fato é que a grande maioria dos descendentes de escravos foram expulsos de suas áreas de posse, sendo compelidos a formar guetos e bolsões de miséria em torno das cidades, o que comumente chamamos de “favelas”.

Por outro lado, o reconhecimento da propriedade sem a necessidade de desapropriação cumprirá também o comando constitucional da proteção dos valores culturais, preservando-se a memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira (arts. 215 e 216 da CRFB). Registre-se o fato de que existem quilombos que têm o compromisso de manter o patrimônio imaterial histórico do Jongo que é uma espécie de dança de roda trazida dos ancestrais africanos e este fato se consubstancia em inexcusável interesse público que prevalece sobre outros interesses particulares.

De fato, como o estado “expropriará” e “concederá” título a quem, a bem da verdade, já é o verdadeiro proprietário na forma do que disciplina o artigo 68 do ADCT? Será que os próprios

³⁰ Art. 5º, XVIII, da CRFB/88 – “a criação de associações e, na forma da lei, a de cooperativas independem de autorização, sendo vedadas a interferência estatal em seu funcionamento”.

Art. 5º, XXI, CRFB – “as entidades associativas, quando expressamente autorizadas, têm legitimidade para representar seus filiados judicial ou extrajudicialmente”.

³¹ Sobre a possibilidade de uma coletividade exercer posse de terras, registre-se elucidativo enunciado encaminhado pelo Juiz Federal Julier Sebastião da Silva e que foi aprovado por unanimidade pela Comissão de Direito das Coisas na III Jornada de Direito Civil, realizada no Superior Tribunal de Justiça, sob a promoção do Conselho da Justiça Federal: “Considera-se possuidor, para todos os efeitos legais, também a coletividade desprovida de personalidade jurídica”.

quilombolas receberão indenização? Qualquer solução nesse sentido é absurda.

O fato é que os recursos que seriam destinados a “comprar” a terra de quem já não é mais o titular serão melhor alocados para dotar os quilombos de infra-estrutura, promovendo a sua emancipação, proporcionando uma justiça, ainda que tardia, aos africanos que foram trazidos violentamente para o Brasil e aqui contribuíram para a formação do povo brasileiro.

7. A AÇÃO DECLARATÓRIA COMO A VIA ADEQUADA PARA A EFETIVIDADE DO DIREITO DE PROPRIEDADE

A Constituição de 1988 garantiu o direito material de propriedade, mas não é o seu papel definir o instrumento processual para fazer valer o referido direito. O sistema registral brasileiro disciplinado pela Lei 6.015/73 não permite que o registrador realize a transferência documental de ofício e, muito menos, sem um título que legitime a transferência.

Dessa forma, nos parece mais adequada a medida processual da ação declaratória principal, prevista no artigo 4º, I, do Código de Processo Civil, e que, nas sábias palavras de João Batista Lopes, *“será declaratória (e não constitutiva) porque sua eficácia preponderante não é a criação ou constituição de ato jurídico já existente, mas sim o reconhecimento judicial de sua existência”*³².

Na referida ação declaratória, de conteúdo real, serão citados eventuais interessados e, se for a hipótese, a pessoa em cujo nome esteja registrado o imóvel. O pedido deverá conter requerimento de extração de Carta de Sentença para que o imóvel seja registrado em nome da associação de moradores ou, se for o caso, dos litisconsortes que provarem a descendência inerentes aos quilombolas.

Algumas providências preliminares devem ser observadas, dentre as quais: Laudo antropológico reconhecido como autêntico pela Fundação Cultural Palmares (Ministério da Cultura), Certidão atualizada do Cartório de Imóveis da cidade em que se situa o

³² Lopes, João Batista. *Ação Declaratória*. Editora, RT. 4ª ed., p. 59.

quilombo, Cadastro socioeconômico dos moradores, Planta de situação do imóvel em que a comunidade está localizada, Memorial Descritivo, Estatuto da Associação de Moradores na forma da atual lei civil e devidamente registrado, Ata de Assembléia da associação de moradores autorizando o ingresso com a ação declaratória de reconhecimento de propriedade.

Augurando que o singelo texto sirva para que os operadores do direito busquem caminhos jurídicos razoáveis para a titulação definitiva das comunidades remanescentes de quilombos, como imperativo de um resgate de justiça e como afirmação de valores culturais e étnicos que sirvam de base para a formação da história desse país.☞

A Reforma do Processo de Execução - Comentários à Lei nº 11.232/2005

Marcelo Pereira de Almeida
Advogado no Rio de Janeiro – Professor de Direito Processual Civil da UNESA e da EMERJ.

1) INTRODUÇÃO

O presente estudo tem por objetivo fazer uma análise crítica da Lei nº 11.232/05, que proporcionou relevantes alterações no Código de Processo Civil, principalmente no que tange ao procedimento de execução por quantia, quando fundada em título executivo judicial.

A maior preocupação dos estudiosos do Direito Processual na atualidade, tem sido com a efetividade da prestação jurisdicional, de modo a proporcionar ao cidadão uma tutela tempestiva e eficiente. Por este motivo, estão sendo realizados vários movimentos na comunidade jurídica para atingir tal escopo.

Em 1994, realizou-se a primeira grande reforma que realizou grandes inovações. Podem ser citados, como exemplo, o novo regime do recurso de agravo, a nova sistematização da tutela antecipada, da tutela específica das obrigações de fazer e não fazer, entre outras.

A segunda etapa da reforma deu-se em 2001/2002, alterando sensivelmente o sistema recursal, estendeu o sincretismo processual na tutela das obrigações para entrega de coisa, deu maior efetividade à execução provisória, e, principalmente, extirpou o processo autônomo de execução nas obrigações de

fazer e não fazer, além da própria entrega de coisa antes mencionada.

Estas modificações realizadas não foram suficientes, persistindo a necessidade de se continuar o árduo trabalho de reformas. Neste sentido, vários projetos foram encaminhados ao Congresso Nacional, principalmente pelo Instituto Brasileiro de Direito Processual Civil, originando outras alterações, dentre as quais a Lei 11.187/05, que alterou novamente o regime do agravo e a Lei nº 11.232/05, que representa o objeto deste estudo.

Para atingir o fim almejado, o presente texto foi dividido em oito itens.

Após estas notas introdutórias, no item dois é abordada a evolução do Direito Processual, enfocando as principais passagens no movimento de acesso à justiça.

A partir do terceiro item, passam-se a comentar as alterações efetuadas pela lei em comento, iniciando com o novo conceito de sentença.

No quarto, faz-se a abordagem do deslocamento das disposições referentes às obrigações de declaração de vontade para o livro I do Código de Processo Civil, pois estava topograficamente alocada no livro que trata do processo de execução.

O quinto item foi reservado para as novas disposições da liquidação de sentença, que passou a ser parte do mesmo procedimento cognitivo, perdendo sua natureza de procedimento autônomo.

O item número seis trata do ponto mais relevante da lei em tela, pois está voltado ao procedimento de cumprimento de sentença quando a demanda versar sobre obrigação por quantia, terminando com a retrógrada dicotomia entre processo de conhecimento e de execução, e expurgando do ordenamento processual os embargos do executado nesta modalidade de execução, que beneficiava os maus pagadores.

Em seguida são analisadas as novas regras referentes à execução provisória, a possibilidade de deslocamento da competência da execução por quantia fundada em sentença para o foro onde se encontram os bens do devedor, e por derradeiro, as disposições referentes aos embargos à execução contra a Fazenda Pública.

Não se pretende, de forma alguma, esgotar o tema, até por que a legislação é muito recente, e neste momento não há condições de verificar o seu impacto na prática forense, o que obviamente demanda maior amadurecimento. Almeja-se deflagrar os debates nas mesas de Direito Processual, com o intuito de chegar a melhor hermenêutica dos dispositivos alterados, e assim contribuir para a efetividade da norma.

2) A EVOLUÇÃO DO ACESSO À JUSTIÇA

O estudo da atividade jurisdicional ganhou novos contornos a partir do final do século passado quando o Direito Processual Civil começou a ser visto como um ramo autônomo do direito.

Em 1868, o jurista alemão Oskar Von Bülow publicou uma obra denominada *A Teoria das Exceções Processuais e os Pressupostos Processuais*, iniciando-se o desenvolvimento do processo como relação jurídica, passando a ser considerado ramo autônomo do direito. Nesse momento se inicia a denominada fase científica do Direito Processual, assim denominada pelo predomínio dos estudos voltados para a fixação dos conceitos essenciais que compõem a ciência processual.

A partir daí, os alicerces de uma nova ciência foram sendo construídos, tais como o estudo da autonomia do direito de ação, os conceitos de processo e coisa julgada.

Esse momento do estudo da atividade jurisdicional foi de extrema relevância, pois foram traçadas as principais diretrizes do Direito Processual e se formou a estrutura do Processo. É nessa fase que surgem os maiores nomes do Direito processual Civil de todos os tempos como Giuseppe Chiovenda, Francesco Carnelutti, Piero Calamandrei, Enrico Tullio Liebman, Adof Wach, James Goldschmidt, Alfredo Buzaid, Lopes da Costa e Moacyr Amaral Santos, que desenvolveram teorias essenciais para a afirmação da autonomia científica deste ramo do direito.

No momento em que não se pôde mais negar a autonomia científica do Direito Processual, passou-se à fase em que se vive hoje, voltada à efetividade do processo, pois se constatou que a atividade jurisdicional não estava alcançando o seu fim, qual seja, en-

tregar ao cidadão, de forma satisfatória o que ele foi buscar desta atividade estatal.

Assim, inaugurou-se a fase denominada instrumentalista do Direito Processual, onde os estudiosos desta ciência voltam seus esforços para descobrir mecanismos que melhorem a prestação jurisdicional, tornando-a mais segura e mais célere, ou seja, o mais justa possível. O processo deixa de ser visto como mero instrumento de atuação do direito material e passa a ser encarado como um instrumento de que se serve o Estado a fim de alcançar seus escopos sociais, jurídicos e políticos, passando a privilegiar o consumidor desta atividade estatal, buscando-se meios de administração da justiça que sejam capazes de assegurar ao titular de uma posição jurídica de vantagem uma tutela adequada e efetiva. Desta sorte, os pensadores do Direito Processual apontaram suas baterias para o problema do acesso à justiça. É conveniente esclarecer que este acesso não pode ser tido como mero acesso formal, em que se afirmasse a possibilidade de chegar ao Judiciário através do direito de ação, bastando para isso a contratação de um advogado. Esta garantia deve ser vista como uma garantia de acesso a uma ordem jurídica justa.

Esta denominação retrata, com mais propriedade, o que se pretende da prestação jurisdicional. Isto porque não se pode ver como acesso à justiça mera garantia formal, pois já se constatou que a possibilidade de poder o cidadão bater às portas do Judiciário sem a entrega efetiva do que ele foi buscar, se tornou totalmente ineficaz. Esta garantia de acesso à justiça deve ser substancial, assegurando-se assim a todos aqueles que se encontrem como titulares de uma posição jurídica de vantagem que possam obter uma verdadeira e efetiva tutela jurídica a ser prestada pelo Poder Judiciário.

Com o desiderato de buscar um verdadeiro acesso à ordem jurídica justa, a doutrina influenciada pelo jurista italiano Mauro Cappelletti, reconhece três grandes fases de desenvolvimento deste tema que foram denominadas de "as três ondas renovatórias do acesso à justiça".

Inicialmente, fez-se necessário lutar pela assistência judiciária gratuita, pois é notório que a prestação desta atividade é dispendiosa, o que dificulta o acesso a este serviço dos economicamente vulneráveis.

mente necessitados. Este obstáculo sempre dificultou a maioria da população a buscar a prestação jurisdicional, o que lhe retirava qualquer expectativa de acesso a uma ordem jurídica. Então, o primeiro obstáculo a ser ultrapassado na busca do pleno acesso à justiça era, justamente, permitir que todos, tenham ou não condições econômicas, possam demandar perante os órgãos do Poder Judiciário.

No segundo momento se constatou que, apesar da possibilidade de todos poderem levar suas demandas ao Poder Judiciário, independentemente da sua situação econômica, nem todos os interesses e posições jurídicas de vantagem eram ainda passíveis de proteção através da prestação jurisdicional, em virtude de o Direito Processual ter sido construído com base em um sistema filosófico e político dominante na Europa continental dos séculos passados, no qual se instituiu um culto ao individualismo. Por este motivo é que, pela estrutura tradicional do Direito Processual europeu, só se permite que alguém vá a juízo na defesa de seus próprios interesses.

Pareceria que pelo fato de todos terem acesso ao Poder Judiciário, independentemente da sua situação econômica, o objetivo alcançado pela primeira onda do acesso à justiça poderia ter resolvido este problema. Mas não foi bem assim, pois persistia o problema com referência a interesses que pudessem ser considerados supra-individuais, já que estes por estarem acima dos indivíduos, não são próprios de ninguém, o que impedia que qualquer pessoa levasse a juízo demanda em que manifestasse a pretensão de defendê-los. Assim sendo, permaneciam desprotegidos os denominados interesses coletivos e difusos, os quais não podem ser adequadamente tutelados por intermédio dos mesmos instrumentos de tutela dos interesses individuais. Desta sorte, a proteção dos interesses transindividuais foi o escopo da segunda onda do acesso à justiça, com a tentativa de descobrir mecanismos de proteção dos interesses difusos e coletivos.

Esta proteção dos interesses transindividuais se torna fundamental para a adequada garantia de acesso à ordem jurídica justa numa época como a que vivemos, quando surgem novos direitos, sem caráter patrimonial. Podemos citar como exemplo destes a pre-

servação do meio ambiente, do patrimônio cultural, histórico e artístico, a garantia da moralidade administrativa e muitos outros.

Ultrapassados estes pontos, foi indagado pelos estudiosos do Direito Processual se o consumidor da atividade jurisdicional estava satisfeito com a prestação deste serviço. A indagação obriga o jurista a examinar a questão do acesso à justiça sob um novo enfoque, não mais do Estado, mas o do jurisdicionado, o que fez surgir a "Terceira Onda", com os novos enfoques do processo.

Sob este aspecto, o processualista deve se ater a encontrar instrumentos capazes de assegurar uma prestação jurisdicional satisfatória ao cidadão, o que requer um longo caminho a ser percorrido.

A reforma do Poder Judiciário se coloca como um primeiro ponto a ser abordado. Aspectos controvertidos como o do controle externo da magistratura e a criação das súmulas vinculantes são temas bem debatidos, e devem ser bem amadurecidos para que possamos atingir um modelo de estrutura do Poder Judiciário mais democrático e mais justo.

É relevante também buscar-se maior informalidade nos procedimentos em juízo, uma vez que o exagero formalista impede uma prestação jurisdicional tempestiva. Deve ficar consignado que a forma não deve ser abolida totalmente, não é esta a proposta, pois o processo judicial é formal, para que não se percam as garantias pelas quais as formas processuais são responsáveis. O que deve ser abolido é o formalismo exacerbado que frustra uma prestação jurisdicional efetiva.

O bom exemplo, no nosso ordenamento da busca de procedimentos mais simples e céleres é a criação dos Juizados Especiais Cíveis no âmbito estadual pela Lei 9.099/95, e no âmbito federal pela Lei nº 10.259/01. Não podemos esquecer também o esforço do legislador processual, nas constantes reformas do Código de Processo Civil, instituídas a partir de 1994, com o escopo de proporcionar maior efetividade no processo, que representa o ponto principal do nosso estudo.

Questão de grande relevância a ser abordada neste novo enfoque do acesso à justiça é o prestígio aos mecanismos alternati-

vos de solução de conflitos, como a arbitragem, a mediação e a conciliação que são de extrema importância para que se torne possível a completa satisfação do jurisdicionado.

Verifica-se, assim, que os processualistas de todo o mundo têm-se preocupado em encontrar soluções para possibilitar a maior satisfação do consumidor da prestação jurisdicional, a qual deve ser efetiva e adequada a garantir verdadeira proteção às posições jurídicas de vantagem lesadas ou ameaçadas de lesão.

Este árduo trabalho dos estudiosos do Direito Processual depende necessariamente da apresentação de propostas que contêm elementos a informar as novas bases do Processo Civil a possibilitar um pleno acesso a uma ordem jurídica justa.

Neste contexto, podemos considerar que as várias reformas efetivadas no CPC, de iniciativa da Escola Nacional de Magistratura e do Instituto Brasileiro de Direito Processual já trouxeram resultados satisfatórios.

Citamos como exemplo a sistematização da tutela antecipada, o novo procedimento para o agravo de instrumento, a maior eficiência dada à ação de consignação em pagamento, a introdução da ação monitória, a ampliação do elenco dos títulos executivos extrajudiciais e o início do sincretismo entre processo de conhecimento e de execução com a nova redação dada ao artigo 461, estabelecendo novos contornos para tutela específica das obrigações de fazer e não fazer.

Nos anos de 2001 e 2002, com a entrada em vigor das Leis nº 10.352/01, 10.358/01 e 10.444/02, concretizou-se a segunda grande reforma do Código de Processo Civil, que teve como pontos mais relevantes a limitação dos casos de reexame necessário e permitiu a fungibilidade entre as providências antecipatórias e as medidas cautelares incidentais, foi reforçada a execução provisória com a permissão de alienação de bens sob caução idônea, atribuída força executiva à sentença condenatória de entrega de bens com a criação do artigo 461-A, permitiu-se ao relator a conversão de agravo de instrumento em agravo retido, limitaram-se os casos de cabimento de embargos infringentes, a audiência preliminar foi melhor disciplinada etc.

Apesar dos satisfatórios resultados advindos das várias alterações legislativas que acabamos de ver, ainda existem pontos no

sistema processual que precisam ser modificados, pois embarçam a prestação jurisdicional, e o legislador está atento a esta necessidade.

Um destes pontos é o procedimento de execução por quantia com base em sentença condenatória, que precisava sofrer alterações para que o cidadão que busca a prestação jurisdicional consiga efetivamente a satisfação do seu crédito.

Como se sabe, o Direito Processual Civil Brasileiro sofreu uma grande influência européia, principalmente da doutrina italiana. Essa doutrina sustenta uma nítida distinção entre a atividade jurisdicional de conhecimento e de execução e com isso o Código de Processo Civil Brasileiro foi construído nestes contornos, ou seja, com um processo de conhecimento e um processo de execução como atividades distintas do Poder Judiciário.

Essa dogmática começou a ser superada com a modificação do sistema para o cumprimento das obrigações de fazer e não fazer, primeiro com Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90), no seu artigo 84, e depois com a nova redação dada ao artigo 461 do CPC com o advento da Lei 8.952/94. Nesse momento, iniciou-se o sincretismo entre processo de conhecimento e de execução, ou seja, quando a sentença tenha por objeto obrigação de fazer ou não fazer, não se instaura um procedimento autônomo de execução, a atividade executiva é um mero desdobramento de um processo único.

Este sincretismo se estendeu às ações que tenham por objeto a entrega de coisa com a entrada em vigor da Lei nº 10.444/02, inserindo o artigo 461-A no texto do Código de Processo Civil.

Faltava apenas estender este sistema para as execuções por quantia, que ainda seguia uma dicotomia entre cognição e execução.

Com vistas a essa necessidade foi encaminhado ao Congresso Nacional pelo Instituto Brasileiro de Direito Processual o Projeto de Lei 3.253/04, que objetivava implementar as alterações necessárias no Código de Processo Civil para tornar mais efetiva esta modalidade de execução.

Segundo a melhor doutrina, a dicotomia existente entre cognição e execução importa em paralisação da prestação

jurisdicional, pois logo após a sentença o vencedor não vê desde logo a satisfação dos seus interesses, ocorrendo um intervalo injustificado, em virtude da necessidade de instaurar o processo de execução.¹

Após aproximadamente um ano de tramitação no Congresso Nacional, o Projeto de Lei nº 3.253/04 adquiriu nova numeração e algumas emendas. Passou a ter o nº 52/04, e deu origem a Lei nº 11.232 de 22/12/2005. A seguir serão analisadas as alterações mais relevantes implementadas no Código de Processo Civil, trazidas pela Lei nº 11.232/05.

3) O NOVO CONCEITO DE SENTENÇA

O conceito de sentença está insculpido no artigo 162, § 1º do CPC no qual se diz que “é o ato pelo qual o juiz põe termo ao processo, decidindo ou não o mérito da causa”. Esse enunciado, sempre foi muito criticado pela doutrina, em virtude da sua imperfeição, já que com este ato, o juiz termina sua função jurisdicional em primeiro grau, e o processo, na maioria dos casos prossegue na via recursal ou na execução.

Conforme se verifica, a lei não levou em consideração o conteúdo do ato para traçar o seu conceito, mas sim a sua finalidade. Não é relevante, neste caso, que o juiz tenha ou não apreciado o mérito, bastando que dele tenha resultado a extinção do procedimento, na primeira instância.

Foi salutar a técnica legislativa de utilizar a finalidade e não conteúdo para definir sentença, em virtude das dificuldades em que se defrontavam os juristas na vigência do Código de Processo Civil de 1939, que utilizava como critério o conteúdo.

O legislador ofereceu uma definição que deixa claro o emprego do critério teleológico, e sendo assim, o que caracteriza a sentença é a posição que ela ocupa no procedimento, extinguindo-o no primeiro grau de jurisdição.²

A lei em comento traçou um novo conceito de sentença de acordo como a nova redação dada ao § 1º do artigo 162 do CPC.

¹Exposição de motivos- Projeto de Lei nº 3.253/04.

²LIEBMAN, Enrico Tullio. Eficácia e Autoridade da Sentença. 3ª.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p.110.

A doutrina era unânime ao comentar o dispositivo revogado, pois trazia uma falsa disposição a respeito do que seria a sentença, uma vez que neste ato processual o juiz não põe termo ao processo, mais apenas à sua função de julgar.

Para corrigir esta impropriedade, o legislador, na nova redação dada ao parágrafo em tela diz que “sentença é o ato do juiz que implica algumas das situações previstas nos artigos 267 e 269 do CPC”, dando maior tecnicismo ao nosso sistema processual.

Outra impropriedade técnica foi sanada com a referida legislação, na redação dada aos artigos 267 e 269 do CPC.

Os referidos dispositivos faziam menção à extinção do processo sem julgamento do mérito e com julgamento do mérito, respectivamente. Só que, como se sabe, nem toda sentença tem o condão de julgar o mérito. Em alguns casos, resolve-se o mérito, mas não com julgamento. Isto por que, no julgamento propriamente dito, o juiz substitui a vontade das partes, aplicando o ordenamento jurídico vigente naquele momento. Casos como o de homologação de transação, reconhecimento da procedência do pedido, por exemplo, resolve-se o mérito, mas sem propriamente um julgamento. Sendo assim, a reforma tratou de corrigir esses defeitos, proporcionando uma leitura correta deste ato processual.

4) PRESTAÇÃO DE DECLARAÇÃO DE VONTADE

As prestações de declaração de vontade estavam dispostas nos artigos 639, 640 e 641 do Código de Processo Civil. Estes dispositivos têm por finalidade tutelar situações que envolvem os denominados contratos preliminares, que necessitam de uma manifestação de vontade das partes em momento seguinte, com vistas a que sejam consumados os seus efeitos no plano do direito material e pela leitura do artigo 463 do CPC.³

Essas regras dizem respeito, principalmente, ao compromisso de compra e venda, qualificando-se em contrato pelo qual as partes ajustam a intenção de ser a propriedade de bem imóvel transferida de forma definitiva ao promissário comprador em momento poste-

³ SILVA, Ovídio Baptista. *Sentença e coisa julgada*. 3ª ed. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1988, p. 85.

rior, desde que sejam satisfeitas todas as obrigações dispostas no contrato firmado entre as partes.

São freqüentes, no mercado imobiliário, situações desta natureza, em virtude da impossibilidade de o comprador efetuar o pagamento do preço do imóvel à vista, reclamando o reembolso de parcelas mensais, o que às vezes se prolonga por muitos anos. Ao integralizar o valor total do preço, o promissário comprador pretende obter escritura pública de compra e venda, aperfeiçoando o ato em todos os seus termos, o que se dará por intermédio de registro do instrumento translativo junto ao cartório de imóveis competente.

Porém, na hipótese de o promitente vendedor se negar a outorgar a escritura definitiva do imóvel, pode o promitente comprador ingressar em juízo com o escopo de obter sentença judicial que substitua declaração de vontade não manifestada pelo vendedor. Neste caso, a sentença produzirá os mesmos efeitos da declaração não emitida.⁴

Acontece que os artigos 639, 640 e 641 encontravam-se topograficamente dispostos em local impróprio no Código, no Livro II, que regula o processo de execução. Para fins de ser requerida a manifestação judicial que surta os mesmos efeitos da manifestação não externada pela parte, o interessado deve ingressar com uma ação de cunho cognitivo e não com ação de execução. Obtida a sentença favorável, procede-se à sua inscrição junto ao Registro de Imóveis competente, sem necessidade de se propor ação de execução.

A lei em tela corrigiu essa inadequada disposição dos providimentos que regulam a prestação de declaração de vontade, com seu deslocamento do Livro II (artigos 639,640 e 641) para o Livro I, com a criação dos artigos 466 - A, 466- B e 466 - C.

5) A LIQUIDAÇÃO DE SENTENÇA

Ao estudar o título executivo, verifica-se que este tem como pressupostos a liquidez, a certeza e a exigibilidade, sendo que a falta de um destes pressupostos acarreta sua ineficácia executiva, o

⁴ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Comentários ao Código de Processo Civil. Vol. 5. 3ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 420.

que torna inadequada a utilização do processo de execução, devendo o credor, neste caso, valer-se da via cognitiva para tutelar seus interesses.

Não obstante este fato, existem situações em que a decisão judicial, apesar de apresentar uma obrigação certa, não se reveste de liquidez, ou seja, define uma obrigação (*an debeatur*), mas não estabelece o seu quantitativo (*quantum debeatur*), são os casos de condenação genérica⁵.

5.1 Sentença ilíquida

A sentença pode conter condenação genérica, isto é, ser ilíquida, apesar de ser excepcional esta hipótese pois, como se sabe, a sentença consiste na resposta ao pedido articulado pelo autor, devendo ser certo e determinado, conforme estabelece o artigo 286 do CPC, ou seja, a legislação exige que se identifique na demanda além do bem pretendido, o seu quantitativo.

Apesar disso, o próprio artigo 286, nos seus incisos I, II e III, prevê casos em que o autor pode elaborar pedidos genéricos, ou seja, formular seu pedido sem estabelecer o quantitativo do bem da vida pretendido. Sendo assim, ao prolatar a sentença, se for reconhecida a pretensão do autor, o juiz impõe o cumprimento de uma obrigação, mas não estabelece o seu quantitativo, devendo o autor instaurar um processo de liquidação de sentença para fixar o *quantum debeatur* e, assim, promover a execução do julgado.

Convém destacar ainda, outra hipótese legal de condenação genérica, a prevista no artigo 95 do Código de Defesa do Consumidor, que trata da sentença proferida nas demandas coletivas para tutelar os direitos individuais homogêneos.

5.2 Casos de iliquidez

Pode ser genérica ou ilíquida a condenação quando, no momento da sentença, não for possível determinar definitivamente as conseqüências do ato ou fato ilícito, ou quando o valor da condenação depender de ato que deva ser praticado pelo réu. Diante do

⁵ DINAMARCO. Candido Rangel. Execução Cível, Malheiros, São Paulo, 2003, p. 235.

princípio da congruência, a iliquidez da condenação está relacionada com a iliquidez do pedido, e deve ser excepcional, porque, como foi visto, a regra é de que o pedido deva ser certo e determinado.

A condenação genérica, que implica falta de liquidez, refere-se à quantidade, à coisa ou ao fato.

Em relação ao quantitativo, verifica-se a iliquidez da sentença em casos como: o de condenação ao pagamento de perdas e danos sem fixar o valor; condenação em juros de forma genérica; condenação à restituição de frutos, naturais ou civis; condenação do devedor a restituir o equivalente da coisa devida; quando do não cumprimento de obrigação de fazer, se o credor preferir executar o correspondente em pecúnia ainda não apurada.

A sentença é ilíquida no que concerne à coisa devida em casos como o de restituição de uma universalidade de bens, como a herança; nos casos de obrigação alternativa, por exemplo.

No que pertine à obrigação de fazer, a sentença é considerada ilíquida quando não específica, de forma precisa e individualizada, a atividade a ser realizada pelo réu, como por exemplo a que condena a realização de obras não individualizadas, medidas para evitar ruínas, poluição, entre outras.

5.3 Natureza jurídica

A sentença condenatória genérica não permite que o credor instaure o processo de execução para ver satisfeita a obrigação sem que antes sejam definidos os seus limites por meio da liquidação de sentença. Portanto, a liquidação de sentença é o instrumento processual apto a tornar adequada a tutela jurisdicional executiva, uma vez que insere o atributo da liquidez à sentença que era genérica.

No que concerne à natureza jurídica, conforme autorizada doutrina, a liquidação de sentença sempre foi considerada como processo autônomo de cognição, que se colocava entre o processo de conhecimento condenatório e o processo de execução.

E, assim, constata-se com muita facilidade a autonomia deste procedimento pelo fato de o legislador processual exigir a citação do réu, formando uma nova relação processual.

Outra característica que marcava a autonomia do processo de liquidação é que o julgamento se dava por sentença, o que desafiava o recurso de apelação.

Diante, porém, do movimento de reformulação do processo em busca de uma prestação jurisdicional mais tempestiva e justa, esta característica se modificou, pois a nova reforma do Código de Processo Civil levada a efeito pela Lei nº 11.232/05, prevê a extinção do processo autônomo de liquidação, e passa a considerar a liquidação como uma fase do processo, tornando mais palpável a satisfação dos interesses do demandante.

Sob este aspecto, prevê a lei em tela alterações importantes, pois a liquidação não mais será implementada na forma de um procedimento autônomo, mais sim de mero incidente iniciado logo após ser proferida a sentença.

Desta sorte, a liquidação de sentença é colocada como Título do Livro I do CPC, onde sempre deveria estar, e vem regulada nos artigos 475-A a 475-H, e se caracteriza como um procedimento incidental, deixando de ser uma ação cognitiva autônoma; sendo assim, a decisão que fixa o *quantum debeatur* será interlocutória, passando a ser impugnável por agravo de instrumento e não mais por apelação, permanecendo a possibilidade de liquidação provisória na pendência de recurso recebido apenas no efeito devolutivo.

A ação autônoma de liquidação de sentença terá lugar apenas nos casos de liquidação dos danos individualmente sofridos nas ações coletivas e também na liquidação da sentença penal condenatória.⁶

Com isso, o Capítulo VI, do Título I do Livro II do CPC foi revogado, onde estava previsto o procedimento de liquidação, além do inciso III do artigo 520 do mesmo diploma, que previa o recebimento da apelação somente no efeito devolutivo nos casos de sentença de liquidação.

É criticável a revogação do inciso III do artigo 520 do CPC, pois a liquidação de sentença como procedimento autônomo não desapareceu, conforme se destacou anteriormente.

⁶ Exposição de motivos - Projeto de Lei nº 3.253/04.

Sendo assim, quando se tratar de liquidação de sentença penal condenatória e liquidação dos danos individuais nas ações coletivas, a liquidação seguirá um procedimento autônomo, e por conseguinte, resolvida por sentença, que será impugnável, como é óbvio, por intermédio de apelação. Com a supressão do citado dispositivo, a apelação será recebida no duplo efeito, e não apenas no devolutivo, como era possível antes da revogação.

Houve, *data venia*, manifesto cochilo do legislador que não atentou para os reflexos das alterações nessas hipóteses, e ocasionou um retrocesso processual.

Quando se formula reforma em legislação que implica em alterar um sistema procedimental macro, aplicado subsidiariamente nas lacunas de procedimentos específicos, deve-se observar os reflexos que estas alterações irão ocasionar nestes microssistemas, como é o caso dos procedimentos de tutela coletiva.

Percebe-se que o legislador não enfrentou este problema ao elaborar o projeto que deu ensejo a legislação em tela, ocasionando uma desarmonia procedimental.

Andou bem o legislador, quando vedou que as sentenças nas ações que seguem o rito sumário, previstas no inciso II, alíneas 'd' e 'e', sejam proferidas de forma genérica, o que proporciona maior adequação aos fins almejados para este rito.

6) EXECUÇÃO DE OBRIGAÇÃO POR QUANTIA

Como se sabe, o Direito Processual Civil brasileiro sofreu grande influência da doutrina italiana. O Código de 1939 foi influenciado, principalmente por Chiovenda, e o Código de Processo Civil de 1973 teve seu alicerce nos ensinamentos de Liebman.

Uma das características marcantes do Código de Processo Civil de 1973 (na sua redação originária) é a dicotomia existente entre o processo de conhecimento e o processo de execução, e esta característica fica muito clara quando se observa o Livro I, voltado ao processo de cognição, e o Livro II, que dispõe sobre a execução.

Um dos principais destaques da primeira grande reforma do Código de Processo Civil, que se deu em 1994, foi a instituição da nova técnica para a execução referente às obrigações de fazer ou de não fazer, contida na nova redação dada ao artigo 461. O legisla-

dor tinha a consciência de que essas obrigações são mais difíceis de serem satisfeitas por imposição do Estado, porque seu cumprimento depende muito da disposição do obrigado, e como se sabe, é muito difícil sem sua vontade, obter o resultado a que tem direito o credor. Torna-se mais evidente essa dificuldade, quanto mais os resultados almejados dependam de uma conduta pessoal do obrigado, nas denominadas obrigações personalíssimas e mesmo naquelas que podem ser cumpridas por atos de terceiros. Na prática, quando o obrigado não deseja, é difícil obtenção do resultado satisfatório.

A resistência do devedor, nessa modalidade de obrigação, sempre foi respeitada, ao longo dos tempos, como óbice intransponível à efetivação das obrigações de fazer ou não fazer, pelos órgãos do Poder Judiciário. Esta dogmática, referente à intangibilidade da vontade humana, parecia imutável nas tradições do direito europeu. No Brasil, assim era a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que inadmitia a adjudicação compulsória de imóvel prometido à venda, quando a promessa não tinha sido registrada, com fundamento na inadequada alegação de que o direito era pessoal e não real.

Graças à sapiência de juristas como Chiovenda⁷ e Calamandrei⁸, especificamente referindo-se às obrigações de prestar declaração de vontade, para que viesse a ter curso a distinção entre infungibilidade natural e infungibilidade jurídica. Hoje considera-se integrada em nossa cultura a idéia de que em nada interfere na dignidade da pessoa, ou em sua liberdade de querer ou não querer, qualquer mecanismo consistente na produção, mediante atividades estatais imperativas, da situação jurídica final a que o cumprimento da obrigação de fazer ou de não fazer deveria ter conduzido. Têm sido aceitas, também, medidas de pressão psicológica, como as multas periódicas, com o escopo de compelir o devedor recalcitrante a cumprir a obrigação *in natura*.

Assim, pôde ser desenvolvida a técnica processual capaz de, prescindindo da vontade do obrigado, produzir a mesma situação

⁷ CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*. Trad. J. Guimarães Menegale. São Paulo: Saraiva, 3ª Edição, 1969, p. 136.

⁸ CALAMANDREI, Piero. *Direito Processual Civil: estudos sobre o processo civil*. Traduzido por Luiz Abezia e Sandra Drina Fernandez. Campinas: Bookseller, 1999, p. 237.

almejada pelo credor. Paralelamente, foi sendo reduzida a necessidade de converter a obrigação específica em obrigação por perdas e danos. A resignação por esta solução insatisfatória só pôde ser uma constante enquanto a ordem jurídica não tinha a coragem de impor ao obrigado o resultado final que deveria ter sido produzido por ato voluntário. O aperfeiçoamento das técnicas processuais permitiu inverter a situação para generalizar a dispensa daquela operação de direito material que, por frustrar a expectativa do credor em torno da situação final a que o obrigado estaria vinculado, não fazia uma verdadeira justiça.

Neste aspecto, ou seja, no que concerne às obrigações de fazer diretamente voltadas às prestações de declarações de vontade, o Direito Processual brasileiro já reconhecia a possibilidade de efetivação satisfatória destes julgados nas previsões dos artigos 639/641, que hoje foram transferidas para o Livro I do CPC, conforme antes citado.

Foi sob esta influência que o legislador, na reforma de 1994, deu novo tratamento à forma de cumprimento de sentença que tivesse por objeto obrigações de fazer ou de não fazer, com a nova redação dada ao artigo 461.

Nesse momento, iniciou-se uma importante fase de transição do processo civil brasileiro, pois começou a cair o dogma tradicional da dicotomia entre o processo cognitivo e o executivo. Fala-se em sincretismo processual, pois a execução se instaura no mesmo procedimento como uma fase deste, dispensando-se a formal instauração de um processo executivo para a execução de sentenças condenando a um fazer ou a uma abstenção. Autoriza, ainda, que o juiz imponha meios para compelir o devedor a cumprir a obrigação. Além disso, rompe-se com outro dogma tradicional insculpido no artigo 460 do CPC, que consiste no princípio da congruência, pois o juiz está autorizado a alterar a decisão com vistas a proporcionar ao credor um resultado equivalente ao do adimplemento, sem contar com a ampliação dos poderes do juiz para permitir a efetividade do processo, consistente nas medidas de sub-rogação, como busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas e etc.

Sem dúvida alguma, o novo sistema insculpido no artigo 461 do CPC representou um dos maiores avanços na legislação proces-

sual, permitindo que a pessoa que busca a tutela jurisdicional possa obter o resultado satisfatório e, portanto, alcançar o acesso a uma ordem jurisdicional justa.

A necessidade desta alteração ocorreu em virtude da inefetividade da sentença condenatória tradicional, porque esta, como se sabe, tem o condão de impor um dever jurídico e possibilitar a instauração de um processo de execução, que tradicionalmente se dá por meios de sub-rogação.

O princípio da intangibilidade da vontade humana sempre foi um problema enfrentado pelos processualistas contemporâneos.

Dentre eles, pode ser citado Andrea Proto Pisani⁹, que, em estudo memorável na Itália, denominando de “Crise da sentença condenatória”, buscou uma reconstrução do conceito de sentença para o direito processual italiano, pois não há no Código de Processo Civil italiano norma similar à do artigo 461 do CPC brasileiro, que permite a imposição de multa para convencer o obrigado recalcitrante a adimplir.

A sentença que tem por objeto um direito de conteúdo negativo, ou um direito a um fazer infungível, seria, no entendimento de parte da doutrina italiana, meramente declaratória, justamente porque insuscetível de atuação¹⁰.

Nesse sentido pode ser citado o entendimento de Aldo Attardi¹¹, no qual fica claro que, para essa doutrina, a única forma de tutela viável para esses direitos seria a declaratória.

O Código de Processo Civil italiano, na realidade, não admite que alguém obtenha a tutela específica de um direito que dependa de prestação infungível. E sendo assim, o processo civil italiano acaba aceitando a impotência das sentenças tradicionais para tutela específica e, o que é mais grave, para a tutela dos direitos que não se compadecem com a ressarcitória. Percebe-se, então, claramente, que aí o processo não está a serviço do direito material, mas sim impedindo a tutela jurisdicional do direito.

⁹ PISANI, Andrea Proto. “Sulla tutela giurisdizionale differenziata”. *Rivista di Diritto Processuale*. Milano: Giuffrè, 1993, p. 132.

¹⁰ CHIARLONI, Sergio. *Introduzione allo studio del diritto processuale civile*. Torino: Giappichelli, 1975, p. 135/136.

¹¹ ATTARDI, Aldo. *L'interesse ad agire*. Padova: Cedam, 1958, p. 89.

Essa inefetividade da sentença condenatória levou Pisani¹² a lembrar o célebre princípio de Chiovenda, no sentido de que o processo deve dar a quem tem um direito tudo aquilo e exatamente aquilo que tem o direito de obter, para evidenciar a necessidade de reconstrução do conceito de sentença condenatória.

Tentando contornar a problemática da ineficiência da legislação processual italiana, no que concerne à sentença condenatória, que somente prevê meios de coerção para hipóteses específicas, Proto Pisani elaborou uma tese reconstruindo o conceito de sentença condenatória para suprir esta lacuna, propugnando o emprego de prisão como meio de coerção, para o caso de descumprimento de sentença que imponha um não fazer ou um fazer infungível.

Para esse autor, a compreensão da problemática da sentença condenatória deve levar em conta o bem objeto da obrigação, o caráter dos efeitos da violação e a fungibilidade ou infungibilidade da prestação¹³.

Proto Pisani demonstra que, no caso de violação de obrigação de fazer, é de grande importância saber se a obrigação é fungível ou não. Apenas no caso de fungibilidade a condenação poderá atuar por intermédio da técnica da execução forçada, e no caso de infungibilidade, a atuação da obrigação deve ser garantida pela predisposição de um adequado sistema de medidas coercitivas dirigidas a pressionar o obrigado a cumprir espontaneamente.¹⁴

Como se pode observar, o Direito Processual Civil brasileiro está bem à frente do italiano, pois já prevê, há mais de uma década um sistema eficiente de cumprimento de sentença que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer e não fazer.

Percebe-se, que a sentença condenatória tradicional é totalmente ineficiente para entregar ao destinatário da atividade jurisdicional o que efetivamente foi buscar. Nessa esteira de raciocí-

¹² PISANI, Andrea Proto. *"Sulla tutela giurisdizionale differenziata"*. Rivista di Diritto Processuale. Milano: Giuffrè, 1993, p. 140.

¹³ PISANI, Andrea Proto. *"Sulla tutela giurisdizionale differenziata"*. Rivista di Diritto Processuale. Milano: Giuffrè, 1993, p. 132.

¹⁴ PISANI, Andrea Proto. *"Sulla tutela giurisdizionale differenziata"*. Rivista di Diritto Processuale. Milano: Giuffrè, 1993, p. 132.

nio, o legislador brasileiro estendeu o sincretismo processual às obrigações de entrega de coisa, com o advento da Lei nº 10.444/2002.

A referida lei inseriu no CPC o artigo 461 - A, pelo qual a execução das obrigações de entregar coisa certa ou determinada pelo gênero ou quantidade se subordina ao regime dos parágrafos do artigo 461. Com essa alteração, toda e qualquer obrigação específica amparada por título judicial comporta essa espécie de execução que, sem sombra de dúvida, é mais eficiente, dispensada a instauração formal de processo executivo. Somente as obrigações pecuniárias é que prosseguiram sob o antigo regime, representado pelo processo de execução por quantia certa em face de devedor solvente¹⁵.

Com o advento da Lei nº 11.232/05, finalmente, nossa legislação passou a um regime de relação processual única para a solução de controvérsias que tenham por objeto obrigação por quantia, pon-do termo à tradicional e inoperante dicotomia entre as tutelas de conhecimento e execução.

As alterações trazidas por essa legislação, regulam a efetivação forçada da sentença condenatória como etapa final do processo de conhecimento, sem a necessidade de se instaurar um processo autônomo de execução, pela inserção do artigo 475 - I, que diz o seguinte: "O cumprimento da sentença far-se-á conforme os artigos 461 e 461 - A, ou tratando-se de obrigação por quantia certa, por execução, nos termos dos demais artigos deste capítulo."

Importante inovação está inserida no artigo 475 - J, que confere um prazo de 15 dias ao devedor para cumprir a obrigação, e prevê uma multa de dez por cento sobre o valor da condenação em caso de descumprimento, justamente, para compelir o devedor recalcitrante a cumprir a obrigação no prazo estipulado. Em seguida será expedido mandado de penhora e avaliação e intimado o devedor na pessoa do seu advogado, que poderá oferecer impugnação no prazo de quinze dias.

O fim dos embargos do executado pode ser considerado uma das mais relevantes alterações trazidas por essa lei, pois, por intermédio daquele instrumento se instaurava uma injustificada cognição

¹⁵ MARINONI, Luiz Guilherme, Tutela Inibitória. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 267.

no momento de satisfação do crédito, o que frustra demasiadamente o credor que, após o desgaste do processo de conhecimento, ainda se submete ao procedimento dos embargos, que só beneficiava os maus pagadores.

A nova legislação prevê para o devedor uma simples impugnação que está regulada nos artigos 475 - J, § 1º, com a matéria restrita às hipóteses do 475 - L, e, de acordo com o artigo 475 - M, não é atribuído à impugnação, em regra, efeito suspensivo, o que torna muito mais provável a satisfação do crédito.

Mesmo sendo atribuído efeito suspensivo, permite o § 1º do artigo 475- M que o exequente prossiga com a execução, desde que preste caução idônea, dando boa oportunidade para satisfazer o crédito de forma mais tempestiva.

Vale consignar que essa impugnação, uma vez sendo deferido efeito suspensivo, será processada nos próprios autos, na dicção do § 2º do artigo 475 - M, o que evita acúmulo desnecessário de papéis. Só será, entretanto, processada em autos apartados se, por ventura, não for atribuído efeito suspensivo, pois neste caso a execução irá prosseguir.

A decisão que resolve a impugnação desafia recurso de agravo por instrumento, a não ser que desta impugnação resulte extinção da execução, caso em que será cabível o recurso de apelação (artigo 475 - M, § 3º).

A lei sob exame revogou o artigo 584 do CPC, deslocando o rol dos títulos executivos judiciais para o Livro I do CPC, criando o artigo 475 - N, com uma observação importante, disposta no parágrafo único, que determina a citação do devedor nas hipóteses dos incisos II, IV e VI, que são, justamente, os casos de sentença penal condenatória, sentença arbitral e sentença estrangeira homologada pelo Superior Tribunal de Justiça, pois os processos que ensejaram as obrigações a serem executadas tramitaram em juízos distintos do que irá proceder à execução.

Em relação às hipóteses dos outros incisos, não há de se falar em nova citação.

É inadmissível, que, mesmo sendo necessária nova citação nas hipóteses referidas, se leve a uma errônea interpretação de se possibilitar oposição de embargos do devedor, pois a citação nestes

casos só se justifica, como foi visto, pelo fato de as ações terem tramitado perante órgãos jurisdicionais distintos do que irá proceder a execução, e não para justificar a oposição de embargos. No sistema processual vigente, os embargos do executado foram reduzidos às hipóteses de execução fundada em título executivo extrajudicial e na execução em face da Fazenda Pública.

Se por ventura o devedor desejar se insurgir contra a execução proposta, deverá se utilizar da impugnação prevista no § 1º do artigo 475 - J.

Outro ponto importante a ser abordado é o reflexo da Lei nº 11.232/05 no procedimento dos Juizados Especiais. Isso por que a Lei nº 9.099/95, no artigo 52, IX, prevê a possibilidade de oposição de embargos na execução fundada em sentença.

Apesar de a Lei nº 9.099 ser norma especial, o novo sistema levado a efeito pela Lei nº 11.232 atende mais aos ditames do microsistema dos Juizados, que é norteado pelos princípios elencados no artigo 2º dessa lei.

Portanto, a melhor interpretação a ser dada ao procedimento de execução, no âmbito dos Juizados Especiais, é no sentido de se afastar a incidência do inciso IX do artigo 52 da Lei nº 9.099/95, vedando a possibilidade de oposição de embargos na execução fundada em sentença.

Essa interpretação é a mais salutar pois atende aos fins almejados pelo legislador na criação dos Juizados Especiais, e está em consonância com o princípio da tempestividade, previsto no artigo 5º, LXXVIII, da Constituição Federal.

7) EXECUÇÃO PROVISÓRIA

A execução provisória se dá quando o título executivo é sentença condenatória ainda não transitada em julgado, ou seja, sujeita a recurso desprovido de efeito suspensivo. Fora desta hipótese, outro título dará origem à execução definitiva (art. 587 do CPC).

Portanto, é facultado ao credor promover a execução do julgado antes do trânsito em julgado da sentença condenatória, mas fica responsável a reparar os danos causados ao executado, caso seja reformada a sentença que deu origem à execução.

Trata o artigo 574 da responsabilidade do credor nestes casos, a qual, segundo Assis¹⁶, justifica-se uma vez que, como qualquer direito, a pretensão executória também pode ser empregada de modo injustificável e abusivo, pois a apresentação do título executivo não é garantia da existência do crédito.

As normas que regem a execução provisória em seu modelo brasileiro passaram por uma grande revisão, com vários aperfeiçoamentos de fundo e alguns puramente redacionais. Em 2002, com o advento da Lei nº 10.444, buscou-se um equilíbrio entre a facilitação da execução provisória, para a efetividade da tutela oferecida ao credor, e a segurança do devedor ameaçado por uma execução que depois pode revelar-se injusta.

Com esta preocupação, a referida lei centrou grandes cuidados na caução a ser prestada em certos casos, mitigando em boa medida de exigência, e chegando a dispensá-la em casos de necessidade. Para beneficiar o executado, e com o escopo de possibilitar a efetivação de sua possível indenização em caso de execução desfeita, permitiu-se a liquidação dos possíveis danos no mesmo processo.

Com o advento da Lei nº 11.232/05, o artigo 588 do CPC foi revogado, e as regras pertinentes à execução provisória foram deslocadas também para o Livro I do mesmo Código com a criação do artigo 475 - O, que basicamente manteve as mesmas regras, valendo consignar que a dispensa da caução idônea possível nos casos de prestação de natureza alimentar foi estendida às hipóteses de obrigação decorrente de ato ilícito e, também, nos casos em que estiver pendente recurso de agravo por instrumento interposto com fundamento no artigo 544 do CPC, dando maior efetividade ao procedimento de satisfação dos créditos.

A dispensa de caução nos casos de indenização por ato ilícito é muito louvável, pois, em casos desta natureza, muitas vezes o credor, em decorrência do dano, fica impossibilitado de realizar suas atividades laborais e, por conta disso, tem necessidade imediata da satisfação do seu crédito.

¹⁶ ASSIS, Araken de. *Manual da Execução*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 374.

O § 2º, do artigo 475 - O, prevê, ainda, a dispensa de caução, quando a decisão que fundamentou a execução estiver pendente de recurso de agravo de instrumento interposto contra decisão que não conheceu recurso especial ou extraordinário, o que a torna praticamente definitiva.

Isso por que, nesses casos, a probabilidade de reforma da decisão exequenda é muito remota, em virtude do fato de os recursos excepcionais não terem sido conhecidos, e não seria justo ao credor que ficasse aguardando o período de julgamento deste agravo para a satisfação do seu crédito, pois geralmente é muito demorado, diante da demanda de recursos que tramitam nos tribunais de cúpula.

8) A COMPETÊNCIA PARA O CUMPRIMENTO DE SENTENÇA

A regra referente à competência do órgão jurisdicional para o cumprimento de sentença está disposta no artigo 475 - P, ou seja, nos tribunais será processado nos casos de sua competência originária, no juízo cível que conheceu a causa em primeiro grau de jurisdição, e no juízo cível competente quando se tratar de sentença penal condenatória, sentença arbitral e sentença estrangeira.

Alteração relevante foi a inserida pelo parágrafo único, do artigo em comento, pois traz a possibilidade de deslocamento de competência do cumprimento da sentença para o foro do local onde se encontram os bens do executado ou para o seu último domicílio.

Com relação à primeira hipótese, realmente, se prestigia a efetividade, pois evita a burocrática execução por carta, possibilitando a apropriação de bens com mais eficiência. Com relação à opção pelo atual domicílio do devedor, não se vislumbra a mesma eficiência prática.

9) DOS EMBARGOS À EXECUÇÃO CONTRA A FAZENDA PÚBLICA

Com o novo sistema de cumprimento de sentença, os embargos do executado foram reduzidos às hipóteses de execução fundada em título extrajudicial, o que não foi alterado (pelo menos por enquanto, uma vez que o Projeto de Lei nº 4.497/04 prevê alterações sensíveis no sistema dos embargos) e na execução contra a Fazenda Pública.

Diante disso, o artigo 741 ganhou nova roupagem, prevendo apenas as hipóteses de cabimento dos embargos quando a Fazenda Pública é devedora.

Sob este aspecto, *data venia*, andou mal o legislador, ao prever, ainda, possibilidade de oposição de embargos por parte da Fazenda Pública. Não se justifica este tratamento privilegiado ao ente fazendário, pois teve todas as oportunidades no bojo do processo cognitivo para realizar a defesa, que foi submetido ao reexame necessário, e ainda terá oportunidade de opor embargos.

Não podemos esquecer que o procedimento de execução em face da Fazenda Pública, na realidade, não disciplina uma execução propriamente dita, em virtude da impenhorabilidade dos bens públicos.

Portanto, a nova regra do artigo 741 do CPC, trazida pela Lei nº 11.232/05, representa um verdadeiro retrocesso, pois desprestigia a celeridade processual, e viola a igualdade de tratamento que deve ser atribuída às partes, sendo, assim, flagrantemente inconstitucional.

10) CONCLUSÕES

Diante do exposto, podemos concluir que a reforma do processo de execução, trazida pela Lei nº 11.232/2005, representa um grande avanço para tornar mais tempestiva a prestação jurisdicional, pois a efetividade do processo que tem por objeto o cumprimento de uma obrigação depende de meios eficientes de execução.

O modelo tradicional do Direito Processual Civil brasileiro, alicerçado na doutrina italiana, se tornou totalmente ultrapassado diante da ineficiência da sentença condenatória, que possibilitava apenas a instauração de um processo de execução. Além disso, após este ser instaurado, o devedor, ainda, poderia valer-se dos embargos do executado que, uma vez oferecidos, suspendem o curso da execução.

Viu-se que, apenas com meios de coerção eficientes, se pode fazer com que o devedor recalcitrante cumpra a obrigação, e, por isso, a experiência adquirida com a tutela que tem por objeto obrigações de fazer, não fazer e entrega de coisa foi estendida às obrigações pecuniárias, e assim passou-se a ter um sistema harmônico de cumprimento de sentença.

É notório, que não existe uma fórmula milagrosa para acabar com as mazelas do Judiciário, mas o legislador, os pensadores e os aplicadores do direito devem trabalhar incessantemente para tentar fazer com que o processo dure o tempo suficiente para a solução da controvérsia. Uma vez solucionada, o bem jurídico deve ser entregue imediatamente a quem foi contemplado, só assim estará sendo cumprido o mandamento constitucional disposto no artigo 5º, LXXVIII.

Este princípio, denominado por alguns de “Princípio da tempestividade da prestação jurisdicional”, não preconiza celeridade a qualquer preço, mas sim, que as dilações desnecessárias sejam afastadas, só assim estar-se-à diante de uma ordem jurisdicional justa.☐

Os Mais Importantes Princípios que Regem o Processo Penal Brasileiro

Alexandre Guimarães Gavião Pinto
Juiz de Direito do TJ/RJ.

É cediço que os princípios sempre marcaram a ciência jurídica. Isto se justifica pelo fato de que se fundam em premissas éticas extraídas do material legislativo, funcionando como um foco de luz, capaz de iluminar e orientar o intérprete da lei, ajudando, assim, na expansão lógica do direito.

Como não poderia deixar de ser, o processo penal, assim como as demais ciências jurídicas, também é regido por vários princípios, que refletem o momento político em que vive a sociedade.

É inegável que o Código de Processo Penal brasileiro, promulgado em 1942, refletia o totalitarismo do Estado vigente à época, e, por isso, deve ser hoje interpretado e compatibilizado com o Estado democrático, a fim de que seja amparada a tutela dos direitos e interesses do acusado.

O primeiro princípio que norteia o Processo Penal é o *princípio da verdade real*. Isto porque, indubitavelmente, a função punitiva estatal deve ser dirigida unicamente àquele que, de fato, tenha perpetrado uma infração penal.

É importante notar que, na seara penal, em que se vislumbra a existência de direitos indisponíveis, o Magistrado não pode se contentar com a verdade formal, sendo imposta ao Estado a busca pela verdade real, já que o ordenamento possibilita a colheita de todos os dados necessários a elucidação do crime investigado.

O princípio da verdade real é o antônimo do princípio dispositivo, que se contenta com a verdade formal.

Observe-se que, no princípio dispositivo, o Magistrado, na instrução da causa, depende muito da iniciativa das partes, no que se refere à produção das provas que servirão, ao final, de fundamentação da decisão proferida.

Aponta a doutrina, como fundamento do princípio dispositivo, a necessidade de preservar a imparcialidade do Juiz, o que procura explicar o ônus atribuído a cada uma das partes de provar as alegações feitas, ao longo do curso processual, incumbindo às mesmas a análise da conveniência de demonstrar a veracidade dos fatos.

É bem verdade que, hodiernamente, o Juiz não deve se portar como mero espectador do litígio travado entre as partes, já que, diante da autonomia do direito processual, que se enquadra como ramificação do direito público, a função jurisdicional constitui um poder-dever do Estado, não se podendo mais admitir como ideal o Juiz espectador inerte.

De qualquer sorte, no processo penal, sempre predominou o sistema da livre investigação das provas, já que, ao contrário do processo civil, em que se confiava exclusivamente no interesse das partes para o descobrimento da verdade, no processo penal o Juiz deve, como fundamento da sentença, lutar pelo estabelecimento da verdade real, em razão da natureza pública do interesse repressivo tutelado.

Apesar de, no campo do processo civil, o Juiz não mais se limitar a assistir inerte à produção das provas, já que tal ramo processual não é mais eminentemente dispositivo, como era antigamente, na maioria dos casos, em decorrência de se discutirem direitos disponíveis em seu seio, pode o Magistrado se satisfazer com a verdade formal.

No processo penal, contudo, é tão absoluto o princípio da verdade real, que o artigo 197 do Código de Processo Penal dispõe que o valor da confissão se aferirá pelos critérios adotados para os outros elementos de prova, e para a sua apreciação o Juiz deverá confrontá-la com as demais provas do processo, verificando se entre ela e estas existe compatibilidade ou concordância.

Na realidade, por serem a verdade e a certeza conceitos absolutos, dificilmente são atingíveis, no processo ou fora dele.

Entretanto, o Processo Penal deve buscar o descobrimento da verdade real, como fundamento da sentença.

Insta salientar, contudo, que, em casos de extrema excepcionalidade, o Juiz penal se curva à verdade formal, quando não dispõe de meios para assegurar a verdade real, absolvendo o réu com fundamento no artigo 386, inciso VI, do Código de Processo Penal, ou seja, quando inexistir prova suficiente para a condenação.

O *princípio da imparcialidade do Juiz* representa o mais importante princípio que norteia a teoria geral do processo, eis que serve de alicerce para o Estado Democrático de Direito, possibilitando a aplicação de todos os demais princípios.

Com efeito, tendo o Estado atraído para si a relevante tarefa de dar a cada um o que é seu, não se pode admitir a existência de um Juiz parcial, que comprometa a aplicação do direito e a legitimidade do Poder Judiciário.

Para que possa exercer a sua função dentro do processo, o Juiz se coloca entre as partes e acima delas, para que a relação processual se instaure validamente e não seja afetada.

Vale destacar que a imparcialidade do Magistrado é uma garantia de justiça para as partes, já que, tendo o Estado reservado para si o exercício da função jurisdicional, tem o dever de fazer com que seus agentes ajam com imparcialidade no julgamento das causas a eles submetidas.

A fim de assegurar a indispensável imparcialidade, são conferidas aos Juízes garantias constitucionais.

As garantias que cercam a Magistratura se revelam necessárias para assegurar a independência jurídica e funcional dos Juízes, a fim de que possam exercer suas relevantes funções sem temor ou receio; caso contrário, poderiam ser comprometidas a imparcialidade e a coragem ao decidir.

A independência dos Juízes implica a segurança da legitimidade dos julgamentos realizados.

A Constituição da República de 1988 reforçou as condições mantenedoras da imparcialidade das pessoas que exercem a jurisdição ao prestigiar, em seu artigo 95, a tríplice garantia da vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de subsídios.

Outro princípio de suma importância no processo é o da *igualdade das partes*.

Da norma prevista no artigo 5º, *caput*, da Lei Maior se infere o princípio da igualdade processual.

Embora se coloquem em pólos opostos, as partes, no processo, encontram-se no mesmo plano, o que significa dizer que possuem iguais direitos, ônus, obrigações e faculdades processuais.

Conforme é sabido, o processo acusatório é marcado pela separação das funções de acusar, defender e julgar.

Desta feita, deve ser assegurada a igualdade de direitos às partes, que devem merecer tratamento isonômico, possuindo as mesmas oportunidades de comprovar suas alegações no processo.

O princípio da igualdade nos ensina que deve ser assegurada absoluta paridade às partes, a fim de que seja garantida, ao longo da lide, uma válida e eficaz contraposição dialética entre elas.

Resumindo: o princípio da igualdade processual nada mais é do que o princípio da *par conditio*, a indicar que os direitos conferidos à acusação não podem ser negados à defesa, e vice-versa.

O *princípio do contraditório* é de inegável relevância em um Estado Democrático de Direito.

Conforme anteriormente exposto, quando da análise do princípio da imparcialidade, o Juiz deve se colocar entre as partes e equidistante delas, somente aplicando o direito à hipótese que se descortina nos autos, quando, ouvida uma parte, for dado à outra o direito de se manifestar, em seguida.

De acordo com o artigo 5º, inciso LV, da Constituição da República, aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral, são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.

O princípio do contraditório está intimamente ligado ao princípio da audiência bilateral. Isto porque, somente pela soma da parcialidade das partes, uma delas representando a tese e a outra a antítese, o Magistrado, em um processo dialético, corporifica a síntese, o que implica o reconhecimento de que o contraditório é constituído por dois elementos: informação e reação.

Em um processo acusatório é indispensável que o acusado não seja privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo

legal, conforme determina expressamente o artigo 5º, inciso LIV, da Carta Magna.

O princípio do contraditório, no processo penal, traz em seu bojo a idéia de que a defesa possui o direito inafastável de se pronunciar sobre todas as alegações e provas produzidas pela acusação, ou seja, a todo ato processual realizado por uma das partes caberá igual direito à parte contrária, que poderá manifestar-se sobre o ato concretizado, dando-lhe outra versão ou interpretação jurídica, a fim de alcançar o acolhimento de sua pretensão, decorrendo de tal princípio a necessidade de que se dê ciência a cada litigante dos atos praticados pelo Juiz e pelo adversário.

O *princípio da ampla defesa*, que mantém uma íntima relação com o princípio do contraditório, confere à defesa a prerrogativa de produzir todas as provas necessárias para o exercício do seu direito, desde que não sejam proibidas, tais como, contraditar testemunhas; recorrer das decisões que contrariem os interesses do acusado; direito de opor exceções e de argüir questões prejudiciais; direito de conduzir para o processo todos os elementos que contradigam a acusação e favoreçam o acusado; direito à defesa técnica, entre outros tantos direitos.

Em decorrência do princípio da ampla defesa, por exemplo, assegura-se ao acusado o direito de trazer para o processo todas as provas suficientes para esclarecer a verdade dos fatos, na tentativa de obter uma absolvição, ou mesmo uma redução da pena eventualmente imposta, podendo calar-se, se necessário for, para favorecer a sua defesa plena.

A fim de que seja preservada a ampla defesa, é imperioso destacar a necessidade de defesa técnica no processo, suficiente para garantir a paridade de armas entre as partes, evitando, destarte, o desequilíbrio processual.

O *princípio do devido processo legal* foi alçado à categoria de dogma constitucional, tendo em vista que o artigo 5º, inciso LIV, da Constituição da República estabelece que ninguém será privado da sua liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal.

Na realidade, o devido processo legal, que tem como corolários a ampla defesa e o contraditório, protege duplamente o indivíduo,

amparando não só o direito de liberdade e propriedade, quanto o direito a paridade total de condições com o Estado e plenitude de defesa.

Ressalte-se que a submissão de um indivíduo à jurisdição penal evidencia a relação de marcante conflito que se estabelece entre a pretensão punitiva estatal e a proteção do direito à liberdade, titularizado pelo acusado. Em razão desse fato, a persecução penal, que constitui uma atividade estatal juridicamente vinculada, deve ser regida por padrões normativos previamente delineados e consagrados pela Carta Magna e pelas demais leis, a fim de que seja limitado o poder punitivo do Estado, evitando, com isso, o arbítrio.

A garantia ao devido processo legal configura, portanto, um instrumento de salvaguarda da liberdade do acusado, estreitamente ligado com a noção de razoabilidade, já que visa a proteger os direitos fundamentais dos indivíduos contra condutas estatais viciadas pela arbitrariedade e desproporcionalidade.

O *princípio da publicidade* representa uma notável garantia do indivíduo no que tange ao exercício da jurisdição.

Segundo o princípio supramencionado, os atos processuais são públicos, já que as audiências, sessões e a realização de outros atos processuais são franqueados ao público, o que representa um seguro instrumento de fiscalização do povo sobre a obra realizada pelos Juízes, Promotores Públicos e Advogados.

Com efeito, o princípio da publicidade dos atos processuais coloca-se entre as mais importantes garantias de independência, imparcialidade e responsabilidade judicial.

Não se pode perder de perspectiva, contudo, que a regra geral da publicidade é excepcionada pelos casos em que o decoro ou o interesse social aconselhem que não sejam divulgados, conforme disposto nos artigos 483 e 792, § 1º, do Código de Processo Penal.

Algumas limitações à publicidade também são impostas nos processos de competência do Tribunal do Júri, como se depreende da simples leitura dos artigos 476, 481 e 486 do Código de Processo Penal, mas, em regra, vigora o princípio da publicidade geral, previsto no artigo 792 do Código de Processo Penal, o que faz com que o Poder Judiciário seja um Poder transparente, não sendo a justiça realizada entre quatro paredes.

Já os atos realizados durante o inquérito policial, em geral, não são atingidos pela publicidade, em razão da natureza inquisitiva dessa peça informativa, e pelo fato do artigo 20 do Código de Processo Penal dispor que a autoridade policial deverá assegurar o sigilo necessário à elucidação do fato objeto de investigação.

É preciso se ter presente que não há qualquer ilegalidade ou inconstitucionalidade no fato da publicidade não atingir, *grosso modo*, os atos realizados no inquérito policial, eis que a Constituição da República fala em publicidade dos atos processuais e em litigante, o que não há no inquérito policial, o que, obviamente, não significa que os direitos do investigado possam ser desrespeitados.

Vale lembrar que a Lei nº 8.906/94 confere ao advogado, entre outros direitos, o de se comunicar com seus clientes, pessoal e reservadamente, mesmo sem procuração, quando estes se acharem presos, detidos ou recolhidos em estabelecimentos civis e militares, podendo, inclusive, examinar, em qualquer repartição policial, mesmo sem procuração, autos de flagrante e de inquérito, findos ou em andamento, podendo copiar peças e fazer apontamentos.

O *princípio da persuasão racional do Juiz* tem por finalidade regular a análise das provas produzidas nos autos, indicando que o Magistrado deve formar livremente o seu convencimento, desde que fundamente todas as suas decisões, na forma prevista no artigo 93, inciso IX, da Lei Maior.

Releva notar que o Juiz não é desvinculado dos elementos probatórios produzidos nos autos, devendo avaliar as provas segundo critérios críticos e racionais.

Por seu turno, o artigo 157 do Código de Processo Penal impede que o Magistrado julgue com base no conhecimento que eventualmente tenha extra-autos.

Ressoa evidente, entretanto, que a liberdade de convicção do Juiz não constitui uma licença arbitrária, já que o convencimento deve ser motivado, o que visa a impedir julgamentos parciais.

O *princípio da ação ou demanda* nos revela que incumbe à parte a atribuição de provocar a atuação da função jurisdicional, já que os órgãos incumbidos de prestar a jurisdição são inertes.

Trata-se do princípio da iniciativa das partes, que possui embasamento no velho aforismo *nemo iudex sine actore* ou *ne procedat iudex ex officio*.

Decorre da regra anteriormente colacionada a impossibilidade de o Magistrado adotar providências que superem ou sejam estranhas aos limites do pedido.

Forçoso salientar algumas exceções à regra exposta, previstas no Código de Processo Penal, tais como, a norma que permite ao Magistrado conceder *habeas corpus* de ofício, ou mesmo decretar, de ofício, a prisão preventiva, que possui natureza jurídica de ação cautelar.

Outro importante princípio, que também pode ser considerado harmoniosamente ligado ao princípio da iniciativa das partes, é o princípio do *ne eat iudex ultra petita partium*, que significa que o Magistrado não pode ir além dos pedidos das partes.

Com o início da ação são fixados os contornos da relação jurídica deduzida no processo, fazendo com que o Magistrado somente possa se manifestar sobre aquilo que foi postulado e exposto na inicial.

Não é permitido ao Juiz pronunciar-se, senão sobre o pedido e nos precisos limites do mesmo, sob pena de prolatar uma sentença nula.

Deve ser ressaltado que o fato de o Juiz dar definição jurídica diversa ao fato delituoso, ainda que enseje a aplicação de pena mais grave, ou mesmo altere a configuração dos fatos, não vulnera, em hipótese alguma, o princípio acima analisado, já que tais situações são previstas pela lei processual, mais precisamente nos artigos 383 e 384 do Código de Processo Penal, não havendo que se falar em julgamento *ultra petita*, já, nesses casos, o Juiz se limita a aplicar a lei, em virtude do princípio *jura novit curia*.

Cumpra observar que, na hipótese do artigo 383 do Código de Processo Penal, o réu defende-se dos fatos a ele imputados e não da capitulação jurídica a estes atribuídas.

Por outro lado, no que tange ao artigo 384 do mesmo diploma legal, tendo o Juiz, antes de prolatar sua sentença, tomado as providências previstas na norma, não há qualquer ofensa ao princípio em exame.

Passamos a analisar o *princípio da inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos*.

De acordo com o artigo 5º, inciso LVI da Constituição da República, são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos, o que importa no reconhecimento de que todo meio de coleição de prova que vulnere as normas do direito material deve ser combatido, o que configura, indubitavelmente, importante garantia em relação a ação persecutória do Estado.

A regra da inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos se encontra albergada no capítulo da Carta Magna referente aos direitos e garantias individuais, se harmonizando ao Estado de Direito, no qual o Estado é subordinado à lei, ficando submetido, ainda, ao controle do Poder Judiciário.

Forçoso convir que a inadmissibilidade das provas ilícitas, no processo, decorre da posição de supremacia dos direitos fundamentais no ordenamento jurídico, o que significa asseverar ser impossível, a princípio, a violação de uma liberdade pública, no intuito de obter provas no processo.

A prova ilícita nada mais é do que uma espécie da denominada prova proibida, que deve ser entendida como toda aquela que não pode ser valorada no processo.

Existem duas espécies de provas proibidas, que são: as provas ilícitas e as provas ilegítimas.

As provas ilícitas são aquelas alcançadas com a violação do direito material, enquanto as provas ilegítimas são as obtidas em desrespeito ao direito processual.

A prova ilícita não pode ser considerada idônea para formar o convencimento do Magistrado, devendo ser desprezada, ainda que em prejuízo da apuração da verdade, o que se justifica diante da necessidade de se formar um processo justo, que respeite os direitos e garantias fundamentais do acusado.

Vale lembrar que o respeito aos direitos e garantias fundamentais dos indivíduos se sobrepõe ao direito representado pelo interesse do Estado em reprimir as infrações penais, já que a justiça penal não pode ser promovida a qualquer preço.

Na realidade, o que o artigo 5º, inciso LVI da Lei Maior almeja é repudiar a prova alcançada por meios ilícitos, em vigilância ao

princípio do *due process of law*, que se destina a neutralizar as ações abusivas do Poder Público.

Nessa esteira de raciocínio, verifica-se que o acusado possui o direito de não ser condenado, com base em elementos probatórios obtidos de forma incompatível com os limites impostos pela Constituição da República ao poder persecutório do Estado.

Assim, sendo a prova ilícita maculada pelo vício da inconstitucionalidade, obviamente não se reveste de aptidão jurídica para ensejar um decreto condenatório.

O *princípio da presunção de inocência*, um dos mais prestigiados princípios do Estado de Direito, vem albergado no artigo 5º, inciso LVII da Constituição da República, que preceitua que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

É indispensável ao Estado comprovar, à saciedade, a culpabilidade do indivíduo, a fim de dar legitimidade a um decreto condenatório, já que o acusado, por força de norma constitucional, é presumidamente inocente, até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

A presunção estabelecida pelo artigo 5º, inciso LVII da Carta Magna é relativa, podendo ser afastada após a produção de todas as provas idôneas para ensejar uma condenação, que, por certo, respeitem o devido processo legal e a ampla defesa.

Inexistindo as necessárias provas é vedada a condenação.

O acusado tem o direito de não ser declarado culpado, senão mediante sentença judicial transitada em julgado, ao término do devido processo legal, sendo que o ônus da prova dos fatos constitutivos da pretensão penal pertence à acusação, não se podendo exigir a produção, por parte da defesa, de provas referentes a fatos negativos.

O princípio da presunção de inocência exige, ainda, que as provas sejam colhidas perante o órgão judicial competente, em observância ao devido processo legal, ao contraditório e à ampla defesa, e que haja absoluta independência funcional do Juiz na apreciação das provas.

O *princípio do favor rei* vem cristalizado em diversas disposições legais que visam beneficiar o réu, evitando, por exemplo, a

reformatio in pejus (artigo 617 do Código de Processo Penal), ou mesmo prevendo a existência de recursos privativos da defesa, tais como, o protesto por novo júri e os embargos infringentes ou de nulidade, previstos nos artigos 607 e 609, parágrafo único, ambos do Código de Processo Penal.

Comungamos, ainda, com o entendimento daqueles que consideram a norma inculpada no artigo 386, inciso VI, do Código de Processo Penal, que determina a absolvição por insuficiência de provas, como um exemplo da aplicação efetiva do princípio em foco, já que, na dúvida, deve-se decidir a favor do acusado, absolvendo-o.

Por fim, mister se faz ressaltar o princípio do *duplo grau de jurisdição*, que consiste na possibilidade de submeter-se a lide a exames sucessivos, por juízes diversos, visando a garantir a “boa solução” da controvérsia.

Não se pode olvidar que os Magistrados, na qualidade de seres humanos, estão propensos a equívocos em seus julgamentos. Em razão desse fato, foram criados órgãos jurisdicionais superiores, com a nobre incumbência de rever, em sede recursal, as decisões singulares.

O princípio do duplo grau de jurisdição possibilita a revisão, por via de recursos, das causas julgadas pelos Juízes de jurisdição inferior, o que se justifica pelo fato de que a decisão proferida pode ser injusta ou errada, não podendo, portanto, o ato estatal ficar imune a controle, satisfazendo, inclusive, o desejo do recorrente em ver reapreciada a sua pretensão, já que, comumente, a parte não se conforma em sair vencida de um litígio.

Pelo exposto, forçoso concluir que os princípios, por possuírem a característica de verdadeiros focos de luz, capazes de iluminar e orientar o intérprete da lei, devem ser observados, com frequência, pelos aplicadores do direito, posto que, somente assim, se realizará uma justiça mais eficaz e plena, garantidora dos direitos assegurados pela Constituição da República, e pelo ordenamento jurídico pátrio como um todo. ☐

Tutela da Informação e Vocação Irradiante do Código de Defesa do Consumidor*

José Augusto Garcia
*Defensor Público no Estado do Rio de Janeiro.
Professor de Direito Processual Civil da UERJ
e da EMERJ.*

1. INTRODUÇÃO

No começo de 2004, as páginas da Revista Veja foram tomadas por campanha publicitária de consideráveis proporções, relativa ao tabagismo. Estes foram alguns dos títulos das mensagens veiculadas: “O consumo de cigarros entre os jovens é um problema”; “Não suponha que os cigarros com menos alcatrão são mais seguros ou melhores para você”; “É possível fazer um cigarro menos nocivo?”.¹ Seguiam-se textos de página inteira alertando para os efeitos deletérios do hábito de fumar, principalmente entre os jovens.

RESUMO: O primeiro propósito deste trabalho é celebrar a relevância que tem sido conferida entre nós ao *princípio da transparência máxima das relações de consumo*. Além disso, deseja-se, partindo do campo da informação, assinalar a sintonia axiológica existente entre o Código de Defesa do Consumidor e a Constituição de 1988, com a conseqüente expansão da força normativa do primeiro, a chamada “vocação irradiante” do CDC, evidenciando tal fenômeno a significativa contribuição do estatuto consumerista para o aperfeiçoamento da ordem jurídica brasileira, até mesmo fora dos lindes do direito privado.

PALAVRAS-CHAVE: Informação – Princípio da transparência – Código do Consumidor – “Vocação Irradiante” – Força normativa – Ordem constitucional brasileira.

¹ Revista Veja, edições de 14/01/04, 28/01/04 e 11/02/04.

É, pensará o leitor, a propaganda antitabagista está cada vez mais forte no Brasil... Ocorre que não se tratava de propaganda antitabagista. Na verdade, as mensagens foram patrocinadas, pasme o mesmo leitor, pela Philip Morris International! E os textos das mensagens acompanhavam fielmente a idéia passada pelos títulos acima reproduzidos. Chegava a dizer a Philip Morris, em sua surpreendente campanha: "Não existe cigarro seguro. Se estiver preocupado com os efeitos do consumo de cigarros sobre a sua saúde, você deve parar de fumar. Para obter mais informações sobre teores de alcatrão e nicotina ou como parar de fumar, visite a nossa página na Internet: www.pmintl.com.br".

Qual a lógica da campanha? Já se viu um *shopping center* patrocinar o ascetismo? Ou uma churrascaria louvar as virtudes da dieta vegetariana? A Philip Morris enlouqueceu? Ou será o fim dos tempos (ou o fim da história, na conhecida fábula de Francis Fukuyama) que realmente se aproxima?

Quanto à hipótese do enlouquecimento da Philip Morris, é pouco provável... Até porque campanhas parecidas estão sendo realizadas por outros gigantes do mundo corporativo. Para ficar em só mais um exemplo recente, veja-se a ampla campanha desenvolvida pelo Banco Itaú, em prol do uso consciente do crédito ("Crédito. Use com moderação."). Se não enlouqueceram, o que pretendem Philip Morris e Banco Itaú quando fazem campanhas voltadas para a contenção da demanda relativa aos produtos e serviços que oferecem?

A resposta à última indagação do parágrafo anterior passa pelo tema deste artigo. Passa pela estupenda valorização do *direito à informação*, em especial na seara consumerista, tendo como contraponto o acirramento do *dever de informar* por parte de fornecedores de produtos e serviços. Passa pela certeza de que, havendo falhas em relação ao dever de informação, fica bastante delicada a situação judicial do fornecedor, se demandado com base no Código de Defesa do Consumidor.² Por sinal, no que toca aos fabricantes de cigarro, suas cautelas têm-se aguçado por força de embates judiciais cada vez mais duros. Assim, uma atitude profilática obrigatória,

² Inúmeras, por óbvio, serão as menções ao Código de Defesa do Consumidor. Por razões práticas, permitiremo-nos usar, daqui para a frente, a forma abreviada — "CDC".

para tentar evitar prejuízos sérios, passa a ser exatamente esta: informar, informar, informar. Ou seja, correr o risco de perder os anéis, mas salvando os dedos.³

Eis aí, então, o primeiro propósito deste trabalho: celebrar a relevância que tem sido conferida entre nós ao *princípio da transparência máxima das relações de consumo*.⁴ Tal celebração importará o arrolamento de inúmeros casos concretos decididos pelos tribunais brasileiros com base no princípio da transparência.

É claro que falar em informação é falar também em participação, cidadania, democracia. E assim se descortina outra meta deste artigo: assinalar a notável sintonia existente entre o CDC e a Constituição de 1988, com a conseqüente expansão da força normativa do primeiro. Essa sintonia é observada com nitidez quando tratamos da tutela da informação no CDC, mas sem dúvida extrapola o campo da informação. Pode-se dizer que o sistema *geral* do CDC reproduz com fidelidade, no plano infraconstitucional, a tábua axiológica trazida pela Carta Magna de 88, razão pela qual o direito do consumidor tem contribuído intensamente para o aperfeiçoamento da ordem jurídica brasileira, até mesmo fora dos lindes do direito privado. Essa “vocação irradiante” do CDC também será alvo das nossas atenções, na parte final do trabalho, após a abordagem da tutela da informa o no plano consumerista.

Antes porém de enfrentar a questão da informa o nas rela es de consumo, cumpre visitar, brevemente que seja, algumas esta es propedêuticas.

³ Na verdade, sabe-se que a indústria do tabaco continua faturando de maneira esplêndida, principalmente em países periféricos (segundo o *Jornal do Commercio* de 28/01/05, p. B-3, a líder do mercado brasileiro de cigarros, a Souza Cruz, obteve em 2004 uma receita bruta de vendas de R\$ 7,514 bilhões — crescimento de 10,4% em rela o a 2003 —, com lucro líquido consolidado de R\$ 732 milhões; em 2005, consoante a Revista Veja, edi o de 01/03/06, p. 67, a Souza Cruz, com lucro de R\$ 693 milhões, ficou em décimo lugar na lista das empresas brasileiras que mais lucraram no ano). De toda sorte, doutrina e jurisprudência brasileiras começam a despertar para a tormentosa questão da responsabilidade civil dos fabricantes pelos males causados a fumantes (ativos e passivos). Para uma combativa defesa da responsabiliza o das empresas, confira-se Guilherme Ferreira da Cruz, “A responsabilidade civil das empresas fabricantes de cigarros”, *Revista de Direito do Consumidor*, n. 47, jul./set. 2003. Defendendo a tese contrária, Paulo Maximilian Wilhelm Schonblum e Melissa Areal Pires, “Responsabilidade das empresas produtoras de cigarro”, *Revista da EMERJ*, v. 7, n . 28, 2004.

⁴ Permita-se a remissão a José Augusto Garcia, “O princípio da dimensão coletiva das rela es de consumo: reflexos no ‘processo do consumidor’, especialmente quanto aos danos morais e às concilia es”, *Revista de Direito do Consumidor*, n . 28, out./dez. 1998. No trabalho, enunciam-se aqueles princípios que reputamos capitais na sistemática do CDC, entre eles o *princípio da transparência máxima das rela es de consumo* (desenvolvido nas p. 79-82).

2. INFORMAÇÃO E MUNDO

É difícil fugir dos truísmos quando se comenta a transcendência da informação no mundo globalizado do século XXI. Não que a informação já tenha sido artigo desimportante em alguma fase da história. Tratando-se o homem de ser eminentemente gregário, a comunicação sempre lhe foi indispensável, mesmo nas eras mais toscas e primitivas da sociedade humana. Nos últimos tempos, porém, chegamos ao zênite. Nunca houve tanta comunicação, nunca houve tanta troca de informações. Segundo um emérito estudioso do tema, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho, o homem contemporâneo experimenta um “bombardeio diário” de proporções impressionantes: “A informação hoje recebida por uma pessoa em apenas um dia corresponde a anos de informação recebida pelo homem há duzentos anos atrás.”⁵ Não pode haver qualquer dúvida de que uma verdadeira revolução instalou-se entre nós, a *revolução da informação* — uma revolução fantástica, mas de rumos indefinidos (como sói ocorrer com as revoluções em geral).

É claro que tamanha revolução pode trazer efeitos bastante positivos em inumeráveis campos da vida humana, ou melhor, em *todos* os campos da vida humana. “Pela primeira vez”, diz o grande Umberto Eco, “a humanidade dispõe de uma enorme quantidade de informação a baixo custo. No passado, essa informação era dispendiosa, implicava comprar livros, explorar bibliotecas. Hoje, do centro da África, se você estiver conectado, poderá ter acesso a textos filosóficos em latim. É uma mudança e tanto.”⁶ Cultura, ciência, lazer, quase ilimitadas se afiguram as potencialidades da revolução da informação. Destaque merece o campo político. A transmissão cada vez mais veloz da informação pode-se revelar notável ferramenta de participação e cidadania, contribuindo para transfigurar a própria democracia.⁷ Sem falar na valia que pode ter em prol do fortalecimento dos valores republicanos, servindo para aperi-

⁵ Luis Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho, *Direito de informação e liberdade de expressão*, Rio de Janeiro, Renovar, 1999, p. 51.

⁶ Umberto Eco, “A invenção da roda digital”, entrevista concedida à Revista Veja, set. 2003 (edição especial de 35 anos da Revista), p. 76. Vale a ressalva de que, na mesma entrevista, Eco não deixa de apontar aspectos negativos da sociedade informatizada.

morar o controle sobre a máquina estatal e as ações dos homens públicos.⁸ Em relação ao direito do consumidor, objeto deste trabalho, muito se falará ainda. Por ora, fique-se com o entusiasmo de Steven D. Levitt e Stephen J. Dubner, autores do *best-seller* *Freakonomics*: “a Internet conseguiu o que nenhum advogado especialista em direitos do consumidor conseguiria: diminuir de forma drástica o abismo entre os especialistas e o público.”⁹

Mas não é só de maravilhas e prodígios que vive a idade da informação. Extremamente negativo é o juízo que dela fazem pensadores de alto quilate. Um deles era Milton Santos, geógrafo brasileiro consagrado internacionalmente, já falecido. Para Santos, a informação dos dias atuais é utilizada de maneira tirânica, manipuladora, totalitária, consistindo em peça essencial da globalização perversa que nos assola: “Um dos traços marcantes do atual período histórico é, pois, o papel verdadeiramente despótico da informação. (...) nas condições atuais, as técnicas de informação são principalmente utilizadas por um punhado de atores em função de seus objetivos particulares. Essas técnicas de informação (por enquanto) são apropriadas por alguns Estados e por algumas empresas, aprofundando assim os processos de criação de desigualdades. É desse modo que a periferia do sistema capitalista acaba se tornando ainda mais periférica, seja porque não dispõe totalmente dos novos meios de produção, seja porque lhe escapa a possibilidade de controle.”¹⁰ Ou seja, rasgada a roupa de baile da sociedade da informação, não seria nada agradável o que se veria por baixo: uma poderosíssima engrenagem posta em movimento para intensificar

⁷ A rede mundial de computadores tem servido à promoção de “passeatas virtuais” — consoante informou o *Jornal do Commercio* de 06/03/03, p. B-7, na chamada Marcha Virtual para Washington mais de 85 mil internautas mandaram *e-mails* para a Casa Branca com a mensagem “Não ataquem o Iraque” — e à organização de manifestações de protesto e reivindicação, que podem ser realizadas simultaneamente em vários lugares diferentes, com forte impacto político.

⁸ No Estado do Rio de Janeiro, a Lei 4.103/03 cuida da “disponibilização, na internet, de informações relativas aos atos, contratos e licitações, no âmbito do Poder Público do Estado do Rio de Janeiro.”

⁹ Levitt e Dubner, *Freakonomics: o lado oculto e inesperado de tudo que nos afeta: as revelações de um economista original e politicamente incorreto*, tradução Regina Lyra, Rio de Janeiro, Elsevier, 2005, p. 70.

¹⁰ Milton Santos, *Por uma outra globalização: do pensamento único à consciência universal*, 5ª. ed., Rio de Janeiro, Record, 2001, p. 38-39.

os processos planetários de exclusão.¹¹ Mazelas que podem ter repercussões tão abrangentes quanto as prometidas benesses da era da informação. Pense-se por exemplo na questão do mercado, caríssima ao sistema capitalista. Aprofundada a desigualdade na seara informativa, mais imperfeito ainda será o funcionamento dos mercados.

Mesmo julgamentos menos severos do que o de Milton Santos admitem que a idade da informação traz não só promessas alvissareiras, mas também traços altamente problemáticos. Enfrentar estes últimos significa um desafio colossal para o homem do século XXI. Um desafio capaz de atingir o próprio equilíbrio psíquico do ser humano. De fato, a sociedade da informação, ao mesmo tempo em que estimula o crescimento intelectual das pessoas, tem o dom de nelas espicaçar dúvidas, angústias e perplexidades. Com uma disponibilidade muito maior de informações, as decisões amiúde se tornam mais complexas, eis que sortidos demais são os dados a ponderar. Profissionais altamente qualificados sentem-se inseguros por não conseguirem dominar todas as fontes bibliográficas de uma dada matéria (o que de resto se mostra impossível para qualquer mortal). Médicos atendem pacientes que, graças à internet, acumularam — desordenadamente — informações especializadíssimas sobre a moléstia de que padecem. Exemplos não faltam desse contexto multiplicador de ansiedades e mal-estar. De uma forma geral, somos assaltados pela sensação de que estamos numa bicicleta que exige pedaladas cada vez mais frenéticas para não tombar. A informação estimula e perturba, gera euforia e dor. É preciso estar bem preparado para lidar com ela.

Domesticar o excesso de informação transformou-se, portanto, em tarefa crucial nos dias que correm. Tanto assim que a tarefa incorporou cifras bilionárias no mundo empresarial, assistindo-se atualmente a uma luta de titãs pelo domínio do mercado de “buscadores”, *sites* que se ocupam justamente da localização de

¹¹ Em termos domésticos, vale o registro de que conhecemos muito bem, no Brasil, o fenômeno da malversação da informação. Notadamente nos rincões mais atrasados do país, as principais emissoras de rádio e televisão, os meios de comunicação mais acessíveis à população pobre, estão concentradas nas mãos de grupos oligárquicos, que manipulam a informação e assim estorvam qualquer mudança política relevante.

páginas na internet, garimpando assim a informação pretendida pelo internauta. O sucesso dos “buscadores” indica que o excesso de informação pode ser tão ou mais pernicioso do que a falta de informação. O já citado Umberto Eco, a propósito, comenta: “Brinco dizendo que não há diferença entre o jornal stalinista Pravda e o New York Times dominical. O primeiro não possui notícia alguma e o outro tem 600 páginas de informação. Uma semana não é suficiente para ler essas 600 páginas.”¹²

Sempre esbarrando em truísmos, vale salientar que informação não é sinônimo de conhecimento. Na rede virtual, são oferecidas doses cavalares de lixo informativo (sem nem falar do lixo publicitário, igualmente avassalador), muito mais uma anti-informação, na medida em que desvia o internauta de informações minimamente proveitosas. Atento a tal realidade, J. Oliveira Ascensão, professor catedrático da Universidade de Lisboa, declara que a informação está em risco na sociedade da informação, correndo o perigo de se tornar “produto de supermercado”. E explica: “o significado da informação disponível depende de produzir ou não o conhecimento. O valor da informação não se mede por quantidades. A questão passa a ser: esta informação produz o conhecimento, ou não? A sociedade de massas oferece uma quantidade fantástica de informação disponível mas de que não resulta informação assimilada. Dela não gera afinal o conhecimento.”¹³

Em sentido assemelhado, pronuncia-se a Prof^a Maria Celina Bodin de Moraes, em erudito trabalho que, na parte inicial, cuida da era de incertezas e instabilidades que atravessamos, disseminadas estas em virtude de circunstâncias várias. Uma das circunstâncias diz respeito diretamente à questão da informação: “(...) A segunda circunstância é o que se denominou de ‘explosão de ignorância’, devida à imensa, monumental disponibilidade de informações forjadas em ambiente virtual, numa espécie de biblioteca universal. À medida que crescem os horizontes do saber, cresce, na mesma proporção, o leque das questões sem solução, do desconhecimento e,

¹² Umberto Eco, *A invenção da roda digital*, cit., p. 76-77.

¹³ J. Oliveira Ascensão, “Propriedade intelectual e internet”, *Revista de Direito do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro*, nº. 60, jul./set. 2004, p. 85.

mais, se incrementa a consciência da própria ignorância, a qual gera, assim, novas incertezas. Com facilidade, se substituem os ‘resultados seguros’ de uma investigação por mais uma eventualidade, uma possibilidade ou um ponto de vista. Logo, não haverá mais tempo hábil para transformar a enorme massa de dados que já se encontram à disposição em conhecimento e, portanto, em informações passíveis de dominação ou de certeza.”¹⁴

De toda sorte, a era da informação veio para ficar. Dela não há como escapar. Só nos resta lutar pelo triunfo dos bons frutos da revolução. Entra aí a importância do Direito. Deixar sem regulamentação uma questão tão essencial nos dias de hoje representa abrir caminho para a proliferação de abusos terríveis no campo informativo, tolerando-se sem resistência os aspectos mais sombrios dessa nova ordem. Não que o Direito, sozinho, tenha capacidade de arrostar e subjugar forças tão poderosas. Mas ele tem seu papel, sem dúvida alguma. No que tange ao direito do consumidor, objeto deste trabalho, temos um *locus* privilegiado para o enfrentamento de alguns frutos podres da revolução informativa. Enfrentamento que deverá priorizar a prestação, ao consumidor — leia-se cidadão —, de uma informação *qualitativamente* adequada. Como se depreende tranquilamente desse breve registro das questões problemáticas da informação na época atual, a falta de qualidade da informação — incluído na disfunção o próprio excesso de informação — traduz mazela extremamente nociva. O aprimoramento qualitativo da informação, por conseguinte, afigura-se meta primordial das normas dedicadas ao tema.

No próximo capítulo, ainda introdutório (tema tão complexo não pode deixar de ser contextualizado, ainda que de maneira sucinta), cuidaremos exatamente do enquadramento jurídico da informação, com os olhos mais voltados, é natural, para a ordem brasileira.

3. O ENQUADRAMENTO JURÍDICO DA INFORMAÇÃO

Estabelecida a sociedade da informação, em toda a sua pujança, o Direito não poderia ficar indiferente ao fenômeno. Surge

¹⁴ Maria Celina Bodin de Moraes, “Constituição e direito civil: tendências”, *Revista de Direito da Defensoria Pública*, Rio de Janeiro, n. 16, 2000, p. 175-176.

então a necessidade de dar roupagem jurídica à questão da informação. O tema passa a ser regulado cada vez mais freqüentemente pela legislação e ganha também a atenção da doutrina. Refletindo tamanha importância, o *direito à informação* apresenta-se, na visão do consagrado Paulo Bonavides, como direito fundamental de quarta geração, ao lado do direito à democracia e do direito ao pluralismo, deles dependendo, segundo o jurista, “a concretização da sociedade aberta do futuro, em sua dimensão de máxima universalidade, para a qual o mundo parece inclinar-se no plano de todas as relações de convivência.”¹⁵

Na literatura brasileira, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho tem-se dedicado à matéria com muito talento. Na já citada obra *Direito de informação e liberdade de expressão*, buscou esse jurista apresentar uma ampla sistematização do *direito de informação*, um novo setor da ciência jurídica, que restou conceituado da seguinte forma: “sub-ramo do direito civil, com assento constitucional, que regula a informação pública de fatos, dados ou qualidades referentes à pessoa, sua voz ou sua imagem, à coisa, a serviço ou a produto, para um número indeterminado e potencialmente grande de pessoas, de modo a poder influir no comportamento humano e a contribuir na sua capacidade de discernimento e de escolha, tanto para assuntos de interesse público, como para assuntos de interesse privado mas com expressão coletiva.”¹⁶ No que tange às espécies relevantes de mensagens, o direito de informação, segundo Grandinetti, cuidaria de quatro espécies: “a informação publicitária, a informação oficial ou governamental, a informação de dados automatizados ou não, e a informação jornalística”.¹⁷ Quanto ao conteúdo, seriam cinco os componentes: “faculdade de investigar, dever de informar, direito de informar, direito de ser informado e faculdade de receber ou não a informação.”¹⁸ Já os princípios do

¹⁵ Paulo Bonavides, *Curso de direito constitucional*, 8ª. ed., São Paulo, Malheiros, 1999, p. 525.

¹⁶ Luis Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho, *Direito de informação e liberdade de expressão*, cit., p. 61 e 144. O conceito se vê reproduzido em outro trabalho do autor: “A informação como bem de consumo”, *Revista de Direito do Consumidor*, nº. 41, jan./mar. 2002, p. 257.

¹⁷ L. G. Grandinetti Castanho de Carvalho, *Direito de informação e liberdade de expressão*, cit., p. 62.

¹⁸ L. G. Grandinetti Castanho de Carvalho, *Direito de informação e liberdade de expressão*, cit., p. 150.

direito de informação seriam: liberdade, coletivização, interesse público, verdade, pluralismo e responsabilidade.¹⁹

Da fecunda sistematização proposta pelo Prof. Grandinetti, vários traços podem ser destacados.

Em primeiro lugar, ressaltem-se a relevância e a autonomia conferidas à questão da informação. Ela passa a ser pensada e estudada como um objeto específico, que não se confunde mais com a liberdade de expressão (embora não sejam tão nítidas as fronteiras entre informação e expressão). Consoante a visão de Grandinetti, da informação cobram-se neutralidade e imparcialidade, ao contrário do que ocorre com a livre expressão do pensar.²⁰ É claro que se pode questionar essa exigência, talvez irreal, de neutralidade e imparcialidade. Mas não é nosso propósito, aqui, enveredar por tal discussão. O que nos cabe destacar, insista-se, é a autonomia deferida ao direito de informação.

Por outro lado, o Prof. Grandinetti não está preocupado com *qualquer* informação. Não, o que se busca é informação de *qualidade*, ponto que já havíamos abordado no capítulo anterior. Daí se exclamar: “A obrigatoriedade de informação verdadeira é o grande marco de um novo direito de informação.”²¹ E mais: um dos princípios do direito de informação é exatamente o princípio da verdade.

Outro traço notável da sistematização em foco é a ligação. que se descobre entre o plano coletivo e o direito de informação. Afirma Grandinetti: “a informação só é relevante para o direito se for massiva, ou seja, se disposta em veículo de acesso público, de modo a atingir, potencialmente, um número considerável de pessoas.”²² Natural, dessa forma, que um dos princípios do direito de informação seja o princípio da coletivização, baliza fundamental para a resolução de qualquer conflito sediado no campo da informação.

¹⁹ L. G. Grandinetti Castanho de Carvalho, *Direito de informação e liberdade de expressão*, cit., p. 155-162.

²⁰ L. G. Grandinetti Castanho de Carvalho, *Direito de informação e liberdade de expressão*, cit., p. 21. Na mesma obra, à p. 26, Grandinetti enfatiza: “Enfim, é preciso não confundir as duas essências: informação e expressão. Elas quase sempre coexistem em um mesmo veículo, com maior ou menor interação, mas devem ser examinadas sob pontos de vista diametralmente opostos: uma é imparcial, outra é parcial; uma tem a função social de contribuir para a elaboração do pensamento, a outra tem a função social de difundir um pensamento ou um sentimento já elaborado. São fronteiras tênues, mas existentes, e que não devem ser ultrapassadas.”

²¹ L. G. Grandinetti Castanho de Carvalho, *Direito de informação e liberdade de expressão*, cit., p. 58.

²² L. G. Grandinetti Castanho de Carvalho, *Direito de informação e liberdade de expressão*, cit., p. 61.

Da ligação entre a dimensão coletiva e o direito de informação defluiu o traço mais importante para o presente trabalho, qual seja, a afinidade entre o direito de informação e o direito do consumidor. Tal afinidade apóia-se basicamente em dois pontos. Primeiramente, constata-se que, das espécies de mensagens relevantes para o direito de informação, três delas são reguladas pelo direito do consumidor — a saber: a informação publicitária, a informação de dados e a informação jornalística —, só ficando de fora a informação oficial, já que “sua base não é uma relação de consumo de um serviço informativo, mas um direito político de cidadania.”²³ Em segundo lugar, porque o princípio da coletivização, que aparece com destaque na sistematização do direito de informação, também exerce papel de grande relevância no direito do consumidor.²⁴ A confluência entre direito de informação e direito do consumidor, potencializada pela pertinência de ambos ao direito coletivo, motiva conclusão extremamente relevante do ponto de vista hermenêutico: “os princípios gestores do Código do Consumidor podem ser aplicados ao direito de informação, pois há verdadeira confluência e pertinência entre as situações jurídicas.”²⁵

No enquadramento jurídico da informação, portanto, o direito do consumidor exerce influência significativa. Por outro lado, a informação constitui importante bem de consumo. De fato, consumidor, no abalizado conceito formulado por Antônio Herman V. Benjamin, “é todo aquele que, para seu uso pessoal, de sua família, ou dos que se subordinam por vinculação doméstica ou protetiva a ele, adquire ou utiliza produtos, serviços ou quaisquer outros bens *ou informação* colocados a sua disposição por comerciantes ou por qualquer outra pessoa natural ou jurídica, no curso de sua atividade ou conhecimento profissionais.”²⁶ Ao mesmo tempo em que é bem

²³ L. G. Grandinetti Castanho de Carvalho, *Direito de informação e liberdade de expressão*, cit., p. 168.

²⁴ Confira-se José Augusto Garcia, “O princípio da dimensão coletiva das relações de consumo...”, cit.

²⁵ L. G. Grandinetti Castanho de Carvalho, *Direito de informação e liberdade de expressão*, cit., pp. 166-167.

²⁶ Benjamin, “O conceito jurídico de consumidor”, *Revista dos Tribunais*, nº. 628, fev. 1988, p. 78, *grifamos*. Vale esclarecer que se trata de texto anterior à edição do CDC.

de consumo, a informação (adequada) aparece como direito fundamental do consumidor. Confirma-o Paulo Luiz Netto Lôbo, em texto brilhante, imerso na atmosfera consumerista: "O direito à informação adequada, suficiente e veraz é um dos pilares do direito do consumidor",²⁷ não se tratando apenas, realça o mesmo autor, de um dever anexo oriundo da boa-fé objetiva.²⁸ Dessa forma, também Netto Lôbo encarece a autonomia do direito à informação, um direito que se afigura essencial à tutela do consumidor, "máxime quando as necessidades não são apenas reais, mas induzidas pela publicidade massificada."²⁹ Conclui Netto Lôbo, olhos postos na liberdade de escolha do consumidor: "A informação e o dever de informar tornam realizável o direito de escolha e autonomia do consumidor, fortemente reduzida pelos modos contemporâneos de atividade econômica massificada, despersonalizada e mundializada. Nessa direção, recupera parte da humanização dissolvida no mercado e reencontra a trajetória da modernidade, que prossegue o sonho mais alto do iluminismo, a capacidade de pensar e agir livremente, sem submissão a vontades alheias, cada vez mais difícil na economia globalizada de Estados e direitos nacionais enfraquecidos, em que as principais decisões econômicas são tomadas por conselhos de administração de empresas transnacionais."³⁰

Em suma, começamos falando na relevância da informação para o mundo atual. Depois, abordamos a questão do enquadramento jurídico da informação, que tem no direito do consumidor um porto capital. Um passo após já estávamos na relevância da informação para o consumidor. Atingimos então o cerne deste trabalho. O próximo capítulo explorará exatamente essa transcendência da informação para o direito consumerista, muito bem captada pelo CDC e desenvolvida pela jurisprudência brasileira.

²⁷ Netto Lôbo, "A informação como direito fundamental do consumidor", *Revista de Direito do Consumidor*, nº. 37, jan./mar. 2001, p. 59.

²⁸ Netto Lôbo, "A informação como direito fundamental do consumidor", cit., p. 67.

²⁹ Netto Lôbo, "A informação como direito fundamental do consumidor", cit., p. 61.

³⁰ Netto Lôbo, "A informação como direito fundamental do consumidor", cit., p. 76.

4. O CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR E O PRINCÍPIO DA TRANSPARÊNCIA MÁXIMA DAS RELAÇÕES DE CONSUMO

Consumidor sem informação é consumidor desarmado. Temos aí uma causa dileta da vulnerabilidade do consumidor. Sem informações adequadas sobre os produtos e serviços que lhe são oferecidos, o consumidor é presa fácil dos abusos do mercado, estando propenso a sortidas lesões. Se se quer eliminar ou abrandar a vulnerabilidade do consumidor, a questão da informação mostra-se decisiva, ainda mais no Brasil, dados os nossos sofríveis índices educacionais. Daí a preocupação do CDC com a informação do consumidor, presente em todas as latitudes da lei, inclusive na esfera criminal. De fato, é tamanha a importância dada à informação que até a tutela penal foi convocada para defender tão sagrado direito, valendo ressaltar que a grande maioria dos tipos do Código do Consumidor diz respeito, sintomaticamente, ao dever de informar.³¹ Afora a parte criminal, inumeráveis são os dispositivos do estatuto consumerista que ferem a questão da informação. Podemos citar os arts. 4º, IV (um dos princípios da Política Nacional das Relações de Consumo, considerados vetores de interpretação do CDC), 6º, II, III e IV (direitos básicos do consumidor), 8º, 9º, 10, 12, 14, 18, 19, 20, 30, 31, 33, 35, 36/38 (coibição da publicidade enganosa), 40, 43, 44, 46, 48, 52, 54, 55. Essa pletora de normas, inclusive de natureza penal, revela algo transcendente, um verdadeiro princípio: o princípio da transparência máxima das relações de consumo.

O princípio da transparência máxima chama a atenção para uma das principais eficácias do CDC, a saber, a transferência intensa, para o fornecedor, de encargos e riscos antes suportados pelo consumidor. De fato, em que pese o destaque dado pela doutrina à inversão processual do ônus da prova, foi no campo substancial que o CDC mais se esmerou em matéria de inversões de ônus. Nesse sentido, a questão da informação é eloquente: se antes o consumi-

³¹ O fato é atestado por Antônio Herman V. Benjamin ("Crimes de consumo no Código de Defesa do Consumidor", *Revista Direito do Consumidor*, nº. 3, set./dez. 1992, p. 89): "Em verdade, uma análise atenta revela que, sem exagero, quase todos os tipos penais do CDC estão relacionados, sob os mais variados ângulos, com o tema da informação do consumidor."

dor era quem tinha de correr atrás da informação, agora é esta que se deve oferecer ao consumidor, da forma mais abundante e límpida possível.³²

A partir da vigência da Lei 8.078/90, por conseguinte, tornou-se ilegal qualquer ato ou procedimento que atente contra o direito à informação do consumidor, valendo assinalar que se trata de uma informação ampla, substancial, extensiva a todos os aspectos da relação de consumo desenvolvida. Dessa forma, o princípio da transparência máxima tem incidência generalizada, ampla. A transparência e a informação são exigidas em todos os cômodos do direito do consumidor, até mesmo na área processual. A seguir, passaremos a ver exatamente essa penetração abrangente do princípio da transparência, dando preferência a aplicações práticas desse princípio, fonte de deveres bastante rigorosos para os fornecedores.

4.1 Transparência e esfera contratual

“Hoje, o contrato é informação”.³³ Quem o diz é a nossa maior autoridade em contratos de consumo, Cláudia Lima Marques (aliás, é difícil, no assunto, achar algo de proveitoso que ainda não tenha sido dito pela ilustre jurista). Grande, então, é o prestígio do princípio da transparência na esfera contratual.

Todo esse prestígio manifesta-se especialmente na fase pré-contratual, não por acaso a fase mais visada pela Prof^a Cláudia Lima Marques em sua já clássica obra sobre contratos. Ao tratar da proteção do consumidor quando da formação do contrato, ela dá grande destaque ao “princípio básico de transparência”, explorando bastante, outrossim, as normas do CDC que dão mais substância ao

³² Sobre essa formidável inversão, confira-se a doutrina de Cláudia Lima Marques (*Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*, 4^a ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2002, p. 192): “Esta inversão de papéis, isto é, a imposição pelo CDC ao fornecedor do dever de informar sobre o produto ou serviço que oferece (suas características, seus riscos, sua qualidade) e sobre o contrato que vinculará o consumidor, inverteu a regra do *caveat emptor* (que ordenava ao consumidor uma atitude ativa: se quer saber detalhes sobre o plano de saúde, informe-se, descubra o contrato registrado em cartório no Rio de Janeiro ou São Paulo... atue ou nada poderá alegar) para a regra do *caveat venditor* (que ordena ao vendedor ou corretor de planos de saúde que informe sobre o conteúdo desses, riscos, exclusões, limitações etc.). Estabeleceu-se, assim, um novo patamar de conduta, de respeito no mercado, que não admite mais sequer o *dolus bonus* do vendedor, do atendente, do representante autônomo dos fornecedores, em face do dever legal.”

³³ Cláudia Lima Marques, “Boa-fé nos serviços bancários, financeiros, de crédito e securitários e o Código de Defesa do Consumidor: informação, cooperação e renegociação?”, *Revista de Direito do Consumidor*, nº. 43, jul./set. 2002, p. 240.

princípio na área contratual.³⁴ O art. 30 do CDC³⁵ traz para o direito brasileiro uma nova noção de oferta, que “revolucionaria a idéia de *invitatio ad offerendum*”, tornando vinculante qualquer informação ou publicidade suficientemente precisa em seu conteúdo, mesmo que dirigida a um número indeterminado de consumidores.³⁶ Já o art. 31 do CDC³⁷ e o art. 6º, III, do CDC³⁸ devem ser conjugados: enquanto o último consagra o dever de informar como “um verdadeiro dever essencial” dos fornecedores, um “dever básico (...) para a harmonia e transparência das relações de consumo”, cumpre ao primeiro “determinar quais os aspectos relevantes a serem obrigatoriamente informados”, sem embargo da sua feição meramente exemplificativa.³⁹ Por seu turno, o art. 46 do CDC⁴⁰ “surpreende pelo alcance de sua disposição”: sem a informação exigida pelo dispositivo, não há vinculação do consumidor, “não há contrato, o contrato de consumo como que não existe, é mais do que ineficaz, é como que inexistente, por força do art. 46, enquanto a oferta, por força do art. 30, continua a obrigar o fornecedor!”⁴¹

Para Cláudia Lima Marques, portanto, o princípio da transparência é fundamental para a proteção do consumidor na fase de for-

³⁴ Na explanação a respeito do “princípio básico de transparência”, Cláudia Lima Marques divide o assunto em quatro tópicos, a saber: a) a nova noção de oferta trazida pelo CDC (art. 30); b) o dever de informar sobre o produto ou serviço (art. 31 do CDC); c) o dever de oportunizar a informação sobre o conteúdo do contrato (art. 46); e d) o dever de redação clara dos contratos.

³⁵ “Toda informação ou publicidade, suficientemente precisa, veiculada por qualquer forma ou meio de comunicação com relação a produtos e serviços oferecidos ou apresentados, obriga o fornecedor que a fizer veicular ou dela se utilizar e integra o contrato que vier a ser celebrado.”

³⁶ Cláudia Lima Marques, *Contratos no Código de Defesa do Consumidor...*, cit., p. 603.

³⁷ “A oferta e apresentação de produtos ou serviços devem assegurar informações corretas, claras, precisas, ostensivas e em língua portuguesa sobre suas características, qualidades, quantidade, composição, preço, garantia, prazos de validade e origem, entre outros dados, bem como sobre os riscos que apresentam à saúde e segurança dos consumidores.”

³⁸ “São direitos básicos do consumidor: (...) III – a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade e preço, bem como sobre os riscos que apresentem”.

³⁹ Cláudia Lima Marques, *Contratos no Código de Defesa do Consumidor...*, cit., p. 646-648.

⁴⁰ “Os contratos que regulam as relações de consumo não obrigarão os consumidores, se não lhes for dada a oportunidade de tomar conhecimento prévio de seu conteúdo, ou se os respectivos instrumentos forem redigidos de modo a dificultar a compreensão de seu sentido e alcance.”

⁴¹ Cláudia Lima Marques, *Contratos no Código de Defesa do Consumidor...*, cit., p. 662.

mação dos contratos. É a fase em que se enxerga com máxima nitidez o encontro de “um direito subjetivo de informação”, em prol dos consumidores, com “um novo dever de informação”, a cargo dos fornecedores, dentro daquele contexto de inversões de ônus tão bem explorado pela jurista gaúcha.⁴²

Vista a importância do princípio da transparência para a fase pré-contratual, não se deixe de assinalar que ele será relevante também na fase de execução dos contratos de consumo, sobretudo no que toca aos contratos marcadamente “relacionais”, de longa duração, típicos de uma sociedade de serviços, contratos que envolvem, segundo Ronaldo Porto Macedo Júnior, “relações complexas entre diversas partes, nas quais os vínculos pessoais e de solidariedade, confiança e cooperação são determinantes.”⁴³ E lembre-se ainda, mais uma vez com Cláudia Lima Marques, de que “nem todos os contatos entre o fornecedor e consumidor levam ao estabelecimento de relações contratuais”, razão pela qual “a transparência deve ser uma nova e necessária característica de toda manifestação pré-contratual do fornecedor no mercado, desde a sua publicidade, vitrines, o seu *marketing* em geral, suas práticas comerciais, aos contratos ou as condições gerais contratuais que pré-redige, as informações que seus prepostos e representantes prestam etc.”⁴⁴

O “etc.” de Cláudia Lima Marques diz tudo. Antes ou durante a execução do contrato de consumo, o princípio da transparência, ao lado do princípio da boa-fé, tem papel o mais abrangente, mesmo naquelas situações em que o contrato não chega a ser firmado. Daí a importância do princípio também na seara das práticas comerciais em geral,⁴⁵ que envolve, entre outros assuntos, a publici-

⁴² Cláudia Lima Marques, *Contratos no Código de Defesa do Consumidor...*, cit., p. 597.

⁴³ Ronaldo Porto Macedo Júnior, “Direito à informação nos contratos relacionais de consumo”, *Revista de Direito do Consumidor*, nº. 35, jul./set. 2000. Segundo o autor (pp. 121-122), “É dever do fornecedor nos contratos relacionais de consumo manter o consumidor adequada e permanentemente informado sobre todos os aspectos da relação contratual, especialmente aqueles relacionados ao risco, qualidade do serviço ou qualquer outra circunstância relevante para a sua decisão de consumo, durante todo o período em que perdurar a relação contratual.” Sobre o assunto, do mesmo autor, confira-se também “Os contratos previdenciários, a informação adequada e os riscos do consumidor”, *Revista de Direito do Consumidor*, nº. 26, abr./jun. 1998.

⁴⁴ Cláudia Lima Marques, *Contratos no Código de Defesa do Consumidor...*, cit., p. 598.

⁴⁵ A respeito da incidência do princípio da transparência nas práticas comerciais, confira-se Plínio Lacerda Martins, “A validade do produto nas embalagens plásticas do leite — datador”, *Revista Direito do Consumidor*, nº. 9, jan./mar. 1994, p. 122: “Com o advento do Código do Consumidor (Lei 8.078/90), não mais se justifica a ausência do prazo de

dade e os bancos de dados e cadastros de consumidores, pontos que merecerão atenção específica deste texto, mais à frente.

Antes porém de fechar o presente tópico, registre-se que o dever de transparência dos fornecedores deve ser cobrado com especial rigor quando a relação de consumo travada é daquelas em que a vulnerabilidade do consumidor ainda se mostra acentuada. É o caso das atividades bancária, financeira, de crédito e securitária, que pedem “um dever de informar qualificado”.⁴⁶ Na área securitária, a jurisprudência pátria tem-se mostrado atenta ao princípio da transparência,⁴⁷ mas no tocante à área financeira em geral ainda se pode avançar consideravelmente. Mesmo assim, alguns belos precedentes podem ser colhidos. A título de exemplo, tome-se julgado do Superior Tribunal de Justiça versando sobre os conflitos provocados, no setor do *leasing*, pela célebre crise cambial de 1999. Naquele julgado, declarou a Terceira Turma do STJ: “É ilegal a transferência de risco da atividade financeira, no mercado de capitais, próprio

validade nos produtos expostos ao consumidor, não sendo suficiente a informação na embalagem, que se limita somente a estabelecer o dia da semana da validade, sendo indispensável fixar-se o dia do mês e ano no produto.” Sobre o tema das práticas comerciais, interessante também é a Lei 4.311/04, do Estado do Rio de Janeiro, que obriga os estabelecimentos comerciais situados no Estado a possuírem, em local acessível e visível aos consumidores, o Código de Defesa do Consumidor. Vale salientar, a propósito, que, pelo menos no Estado do Rio de Janeiro, a legislação estadual, posto que ignorada pela grande maioria da população, incensa bastante o princípio da transparência máxima das relações de consumo. Confira-se, por exemplo, o DO(RJ) de 21/12/05: nada menos do que cinco leis (Leis 4.669, 4.670, 4.671, 4.673, 4.676) publicadas naquela data versaram sobre a questão da informação, em diversos setores do mercado de consumo (respectivamente: telefonia fixa, administradoras de cartão de crédito e instituições bancárias, novamente instituições financeiras e administradoras de cartão de crédito, planos de saúde e estabelecimentos de crédito em geral). Mais recentemente, em 29/03/06, foi editada a Lei 4.736, dispondo sobre normas de proteção e defesa do usuário dos serviços públicos prestados pelo Estado do Rio de Janeiro, dando a Lei grande destaque ao direito à informação, primeiro “direito básico do usuário” (conf. arts. 3º, 1, 4º e 5º).

⁴⁶ Cláudia Lima Marques, “Boa-fé nos serviços bancários, financeiros, de crédito e securitários e o Código de Defesa do Consumidor: informação, cooperação e renegociação?”, cit., p. 237. Aduza-se que o escrito de Cláudia Lima Marques cita acórdão do Superior Tribunal de Justiça (Recurso Especial 234.284 – SP, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, Terceira Turma, julgamento unânime em 02/05/00) cuja ementa assinala: “É de comum sabença que as instituições financeiras apresentam extratos indecifráveis pelo homem médio, gerando, até mesmo, dificuldades para aqueles que estão habituados ao sistema.”

⁴⁷ Na área dos seguros médicos, colhe-se ótimo precedente no julgamento do Recurso Especial 264.562 – SE, Rel. Min. Ari Pargendler, Terceira Turma do STJ, julgamento unânime em 12/06/01: “As expressões ‘assistência integral’ e ‘cobertura total’ são expressões que têm significado unívoco na compreensão comum, e não podem ser referidas num contrato de seguro, esvaziadas do seu conteúdo próprio, sem que isso afronte o princípio da boa-fé nos negócios.” Outro exemplo de atenção às normas que consubstanciam o princípio da transparência, na esfera contratual e especificamente securitária, pode ser extraído do julgado da Quarta Turma do STJ no Recurso Especial 485.760 – RJ, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, julgamento por maioria em 17/06/03: “Direito do consumidor. Contrato de seguro. Invalidez permanente. Valor da indenização. Divergência entre os documentos entregues ao segurado. Prevalência do entregue quando da contratação. Cláusula limitativa da cobertura. Não-incidência. Arts. 46 e 47 da lei n. 8.078/90. Doutrina. Precedente. Recurso provido.”

das instituições de crédito, ao consumidor, ainda mais que não observado o seu direito de informação (arts. 6º, III; 10, *caput*; 31 e 52 do CDC).⁴⁸ Só mais um exemplo: no Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, acórdão irretocável assinalou que “Em se tratando de relação de consumo, na modalidade de prestação de serviços bancários, o legislador privilegiou o dever de informação, consagrado em vários dispositivos da Lei 8.078/90”, concluindo que “O cancelamento do limite de crédito, sem qualquer aviso ao consumidor, constitui circunstância suficiente para a responsabilização do banco.”⁴⁹

4.2 Transparência e publicidade

A nova noção de oferta trazida pelo CDC envolve naturalmente a atividade publicitária e acaba por influenciá-la de modo profundo.⁵⁰ Dessa forma, a publicidade, como manifestação pré-contratual que é, está encartada na ampla esfera contratual abordada no tópico anterior. No entanto, tamanha é a importância da publicidade que preferimos abrir um tópico específico para o tema.

O realce que acabamos de afirmar tem sido confirmado na prática. Pense-se, por exemplo, no célebre caso da Mesbla de Goiânia, em que a empresa provocou um tumulto de grandes proporções na cidade, ao recusar o cumprimento de oferta publicitária (alegadamente equivocada) que atraía verdadeira multidão à loja.⁵¹ Pense-se ainda, para ficar em apenas mais um exemplo, nas peças

⁴⁸Recurso Especial 268.661 – RJ, Relatora Min. Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgamento por maioria em 16/08/01. Como se sabe, a orientação desse julgado não conseguiu firmar-se no âmbito do STJ, tendo prevalecido o entendimento de que deveriam ser repartidos os ônus da brusca variação cambial verificada. Todavia, independentemente dos rumos jurisprudenciais daquele conflito específico, salutar e inspirador foi o apreço demonstrado ao princípio da transparência.

⁴⁹Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, Apelação Cível 2004.001.12217, Rel. Des. José Carlos de Figueiredo, Décima Primeira Câmara Cível, julgamento unânime em 16/06/04.

⁵⁰Recorra-se mais uma vez ao magistério de Cláudia Lima Marques (“Vinculação própria através da publicidade? A nova visão do Código de Defesa do Consumidor”, *Revista de Direito do Consumidor*, n. 6, abr./jun. 1994, p. 20): “Na visão introduzida pelo Código de Defesa do Consumidor no Brasil, há efetivamente vinculação própria do fornecedor por sua atuação publicitária no mercado. Vinculação pré-contratual, contratual e delitual, conforme as circunstâncias.”

⁵¹Confiram-se, a propósito, dois excelentes trabalhos publicados na *Revista de Direito do Consumidor*, n. 4 (especial), 1992: “A incidência do princípio pré-negocial: reflexões em torno de uma notícia jornalística”, de Judith Martins Costa (p. 140-172); e “Oferta contratual em mensagem publicitária – regime do Direito comum e do Código de Proteção do Consumidor (parecer)”, de Alcides Tomasetti Jr. (p. 241-253).

publicitárias constantemente ambíguas patrocinadas por cursos vestibulares.⁵²

Aliás, a menção a ambigüidade chama a atenção para um dado essencial ao tema: talvez seja a publicidade, dentro do universo consumerista, a região que mais cuidado exija na busca de uma informação qualitativamente adequada. Isso se dá por vários fatores. A peça publicitária costuma ser breve e está declaradamente a serviço de um objetivo comercial, dela não se podendo exigir um inventário das desvantagens do produto anunciado.⁵³ Não bastasse, os publicitários costumam ser muito criativos, especialmente no Brasil (eis um motivo para nos orgulharmos, ressalvada evidentemente a hipótese de toda essa criatividade ser usada para cevar esquemas eleitorais espúrios...). Para complicar ainda mais, a publicidade falsa não se confunde com a publicidade enganosa: “uma publicidade pode, por exemplo, ser completamente correta e ainda assim ser enganosa, seja porque informação importante foi deixada de fora, seja porque o seu esquema é tal que vem a fazer com que o consumidor entenda mal aquilo que se está, realmente, dizendo. É, em síntese, o conceito de enganosidade, e não de falsidade, que é essencial aqui.”⁵⁴ Pode-se dizer, assim, que dificuldades e perplexida-

⁵² Confira-se, a propósito, Judith Martins Costa, “A ‘guerra’ do vestibular e a distinção entre publicidade enganosa e clandestina: a ambigüidade das peças publicitárias patrocinadas pelos cursos pré-vestibulares e os princípios do Código de Defesa do Consumidor examinadas através do estudo de um caso”, *Revista Direito do Consumidor*, nº. 6, abr./jun. 1993.

⁵³ “VENDO APTO. SUPOSTAMENTE LOCALIZADO NO MORUMBI (na verdade, é no Jardim Matilde). Sofisticado sistema de segurança na portaria. Importantíssimo, já que o bairro anda meio barra-pesada. Sala com lareira (nunca acenda, porque enfumaça tudo). O vizinho do lado é excelente pessoa, principalmente se você também gostar de tuba. Visitas em qualquer dia e horário. Menos quinta de manhã, porque tem feira na rua. Tratar com Jânio de Freitas. F.: 785-1422.” Este anúncio obviamente não é real, fazendo parte, sim, de uma campanha publicitária patrocinada, em 1997, pela Folha de São Paulo, que tinha (e ainda tem) no seu quadro de articulistas o suposto anunciante, Jânio de Freitas. Arrematava a brilhante peça publicitária: “Algumas pessoas são tão sinceras que só poderiam escrever na Folha.” É certo, porém, que todo esse grau de sinceridade não se pode exigir da atividade publicitária (afora naturalmente qualquer publicidade envolvendo os articulistas do jornal paulista...). De toda sorte, frisa a doutrina que as informações essenciais são obrigatórias. O problema, sem dúvida, é traçar a linha divisória entre informações essenciais (compulsórias) e informações não essenciais (não compulsórias).

⁵⁴ Ulf Bernitz & John Draper, *apud* Antônio Herman de Vasconcellos e Benjamin, “Das práticas comerciais”, in *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*, 6. ed., Rio de Janeiro, Forense Universitária, 1999, p. 285. A respeito, confira-se ainda Carlos Roberto Barbosa Moreira, “Instrumentos processuais de controle da comunicação no Mercado de Consumo”, in *Ensaios Jurídicos: o direito em revista*, vol. 5, coordenador Ricardo Bustamante, Rio de Janeiro, Instituto Brasileiro de Atualização Jurídica, 1998, p. 290/291, afirmando no original: “o caráter enganoso da mensagem publicitária não decorre, necessariamente, *daquilo que nela se afirma, ou daquilo que nela se oculta* (publicidade enganosa por omissão), mas pode também originar-se da *forma pela qual é apresentada à massa de potenciais consumidores*, ainda que contenha somente informações verdadeiras e não omita ‘dado essencial do produto ou serviço’ (CDC, art. 37, § 3º”.

des relativas à busca de uma informação de qualidade no mundo contemporâneo também se vislumbram no campo menos abrangente da publicidade. Em escala maior ou menor, assoma o desafio da qualidade, árduo e fascinante desafio.

Na jurisprudência brasileira, a incidência do princípio da transparência no campo da publicidade já foi testada diversas vezes. Caso interessante é o caso da água mineral “diet por natureza” (slogan utilizado em seu rótulo). O Superior Tribunal de Justiça considerou que o slogan poderia gerar indução do consumidor a erro, entendendo legal a autuação administrativa sofrida pela empresa recorrente: “o aumento das vendas do produto noticiado pelo recorrido caracteriza a possibilidade de o slogan publicitário encerrar publicidade enganosa capaz de induzir o consumidor a erro.”⁵⁵ Sobre o caso, a Revista Consumidor S. A. alertou: “Além do caso da água mineral Sarandi, o consumidor deve ficar atento a outros tipos de publicidade enganosa presentes normalmente no mercado. Slogans como ‘arroz sem colesterol’ e ‘óleo sem colesterol’ são falsos (sic), pois vegetais não contêm colesterol. Um outro exemplo é o da marca ‘Detefon Mata Tudo’. Por mais eficaz que seja, o inseticida não tem o poder de matar todos os insetos, como os cupins.”⁵⁶

Outro caso interessante, na jurisprudência do STJ, versou sobre defeitos de impressão em tampinhas de refrigerante que davam direito a prêmios: “Há relação de consumo entre o adquirente de refrigerante cujas tampinhas contêm impressões gráficas que dão direito a concorrer a prêmios e o fornecedor do produto. A ausência de informação sobre a existência de tampinhas com defeito na impressão, capaz de retirar o direito ao prêmio, configura-se como publicidade enganosa por omissão, regida pelo Código de Defesa do Consumidor. (...) É solidária a responsabilidade entre aqueles que veiculam a publicidade enganosa e os que dela se aproveitam, na comercialização de seu produto.”⁵⁷

No caso logo acima mencionado, o STJ afirmou a responsabilidade civil de fornecedores que infringiram o dever de informação

⁵⁵ Recurso Especial 447.303 – RS, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, julgamento unânime em 02/10/03.

⁵⁶ STJ proíbe slogan “diet por natureza” para água mineral, Consumidor S. A., fev./mar. 2004, p. 11.

⁵⁷ Recurso Especial 327.257 – SP, Relatora Min. Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgamento majoritário em 22/06/04.

no momento da publicidade. Outra maneira de tutelar o princípio da transparência, na mesma área, é levar a sério a força vinculante da oferta publicitária, e novamente o STJ tem mostrado atenção às linhas mestras do CDC. Veja-se a respeito julgado da sua Terceira Turma dispondo sobre a necessidade de montadora de automóveis responder por obrigação assumida pela sua concessionária falida: “Constatado pelo E. Tribunal *a quo* que o fornecedor, através de publicidade amplamente divulgada, garantiu a entrega de veículo objeto de contrato de compra e venda firmado entre o consumidor e uma de suas concessionárias, submete-se ao cumprimento da obrigação nos exatos termos da oferta apresentada.”⁵⁸ Dessa forma, consegue-se neutralizar os efeitos negativos da publicidade enganosa. É mais uma técnica utilizada, reitere-se, para a tutela do direito à informação verdadeira e de qualidade.

4.3 Transparência e bancos de dados e cadastros de consumidores

Mais um campo propício ao desenvolvimento do princípio da transparência é o dos bancos de dados e cadastros de consumidores, incluído pelo CDC, assim como a publicidade, no capítulo das práticas comerciais. É um campo, vale salientar, de grande importância prática para o consumidor. Um registro negativo em serviços de proteção ao crédito, além de penosos constrangimentos, pode sufocar a vida comercial do consumidor e até mesmo inviabilizar a consecução de um emprego.

No regramento dado pelo CDC ao assunto, um dispositivo refere-se diretamente ao princípio da transparência: é o art. 43, § 2º, que determina seja “comunicada por escrito ao consumidor”, quando não solicitada por ele, a abertura de cadastro, ficha, registro e dados pessoais e de consumo. Lamentavelmente, é um dispositivo muitas vezes desrespeitado. Talvez porque compense mais a violação do que o respeito à norma — pode sair mais barato pagar uma

⁵⁸ Recurso Especial 363.939 – MG, Relatora Min. Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgamento unânime em 04/06/02, podendo a íntegra do acórdão ser consultada na Revista de Direito do Consumidor, 43/349-353.

eventual indenização, no futuro, do que arcar com o custo atual de inumeráveis correspondências.⁵⁹

Sem embargo, a norma foi vigorosamente abonada pelo Superior Tribunal de Justiça no julgamento do Recurso Especial 165.727 – DF. Nesse julgamento, à vista do descumprimento da norma, a Quarta Turma do STJ não só impôs condenação por danos morais como também assinalou no acórdão respectivo: “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.”⁶⁰ Saliente-se que o trecho citado capta com extrema felicidade a *ratio* do princípio da transparência. Um mercado transparente não faz bem apenas aos consumidores. Também o fornecedor é favorecido, na medida em que afasta da sua atividade focos de litigiosidade, reduzindo em muito o risco de sofrer indenizações. De mais a mais, a transparência não custa tão caro assim...

Outra decisão muito importante sobre o assunto proveio igualmente do Superior Tribunal de Justiça. Tratava-se de recurso ordinário em mandado de segurança impetrado pela SERASA, tendo como autoridade impetrada o Secretário de Defesa do Consumidor do Estado do Rio de Janeiro. Protestava a SERASA em razão da requisição, pela autoridade impetrada, de informações cadastrais possuídas pela impetrante, com base no art. 55, § 4º, do CDC.⁶¹ Ressaltando evidentemente a possibilidade de responsabilização em caso

⁵⁹ Segundo o ilustre Antônio Herman de Vasconcellos e Benjamin (“Das práticas comerciais”, cit., p. 398), “Recomenda a boa prática que a comunicação, se por correio, seja com aviso de recebimento.” Mas o Enunciado 93 da Súmula da Jurisprudência Predominante do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro assentou: “A comunicação, a que se refere o artigo 43, § 2º, do Código do Consumidor, independe de maior formalidade e prescinde de comprovação por aviso de recebimento, bastando prova de postagem ao consumidor no endereço constante do contrato.” No plano legislativo, a Lei 3.244/99, do Estado do Rio de Janeiro, vedou qualquer negatificação sem prévia comunicação ao consumidor (com 10 dias de antecedência), comunicação a ser efetivada mediante correspondência com aviso de recebimento (AR). Posteriormente, a Lei 3.352/00, do mesmo Estado, autorizou os fornecedores a fazerem a comunicação referida na Lei 3.244/99 através do sistema de Serviço Especial de Entrega de Documentos – SEED, dos Correios.

⁶⁰ Recurso Especial 165.727 – DF, Relator Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, Terceira Turma, julgamento unânime em 16/06/98, DJ de 21/09/98.

⁶¹ “Os órgãos oficiais poderão expedir notificações aos fornecedores para que, sob pena de desobediência, prestem informações sobre questões de interesse do consumidor, resguardado o segredo industrial.”

de utilização abusiva das informações prestadas, a Segunda Turma do STJ negou provimento ao recurso da SERASA: “A atividade econômica da recorrente já revela que os dados requisitados não estão protegidos legalmente por sigilo. A SERASA repassa informações cadastrais de consumidores de forma onerosa a quem os solicita. Descabida é a recusa ao Poder Público estadual, representado por seu órgão de defesa do consumidor, baseada em sigilo de dados que são transmitidos cotidianamente a outros interessados.”⁶²

Antes de prosseguir, não se pode deixar de invocar um valioso precedente do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, enfrentando o mérito de ação civil pública intentada pelo Ministério Público em face do Clube dos Diretores Lojistas do Rio de Janeiro. O julgado é especialmente interessante porque foi produzido antes da edição do CDC. Nele restou confirmada a procedência (parcial) do pleito, “para determinar conste dos impressos do SPC de que se trata de serviço particular e que, ao receber de suas filiadas comunicações para registros, dê imediata ciência do fato aos apontados como devedores, com dados indicativos dos títulos não pagos, para possível salvaguarda de direitos”.⁶³ Por que o aviso de que se trata de serviço particular? Para não pensar o consumidor menos informado que está diante de órgão público, detentor de poder de polícia (e quiçá poder de prisão em caso de não pagamento da dívida...). O precedente confirma o fato de que o CDC, em inúmeras disposições, nada mais fez do que positivar tendências que já amadureciam na doutrina e na jurisprudência brasileiras.

4.4 Transparência e responsabilidade civil

Também a arena da responsabilidade atrai intensamente a incidência do princípio da transparência. De fato, a qualidade dos pro-

⁶² Superior Tribunal de Justiça, Recurso Ordinário em Mandado de Segurança 16.897 – RJ, Rel. Min. Castro Meira, Segunda Turma, julgamento unânime em 03/08/04.

⁶³ Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, Apelação Cível 862/90, Rel. Des. Thiago Ribas Filho, Segunda Câmara Cível, julgamento por maioria em 15/05/90. Vale esclarecer que o julgado, em grande parte, foi favorável ao Clube dos Diretores Lojistas. Chega a dizer o acórdão: “Muito do que se pediu se deve ao clima dos tempos de hoje, onde a defesa dos direitos do povo, desejada e indispensável para que haja mais justiça social, às vezes se torna um populismo malsão, que vai muito além do devido, da guarda daqueles que merecem efetiva proteção e desatende aos interesses de muitos mais e do país.” No entanto, a procedência parcial então confirmada já teve notável significado para a época. Aduza-se ainda que a divergência noticiada acima ensejou ao Clube dos Diretores Lojistas a interposição de embargos infringentes, mas estes não obtiveram êxito (E. I. 226/90, julgados em 19/02/92).

duto e serviços oferecidos no mercado de consumo passou a depender, no regime do CDC, do grau de informação que levam ao consumidor. A deficiência de informação pode transformar a periculosidade *inerente* ou *latente* de um produto ou serviço em periculosidade *adquirida*, gerando a responsabilização do fornecedor. Produtos e serviços intrinsecamente perfeitos tornam-se defeituosos se não observam a transparência exigida.⁶⁴ A controvérsia central de muitas ações de responsabilidade na área do direito do consumidor, atualmente, diz respeito à questão da informação. Se o fornecedor não informou convenientemente, deverá indenizar.

Pródiga se mostra a casuística a respeito. Veja-se por exemplo caso apreciado pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, versando sobre exame relativo ao vírus HIV.⁶⁵ Consoante a ementa do acórdão respectivo, o resultado do exame foi apresentado “de forma obscura e imprecisa”, ocasionando dano moral aos autores. Em seu voto, a relatora do recurso salientou: “mesmo admitindo-se que o resultado do exame em questão tenha sido apresentado dentro dos critérios então admitidos, é forçoso concluir que ele não se reveste da necessária clareza, nem contém informações adequadas e suficientes, tanto assim que, não apenas os médicos consultados pelos apelantes, mas os próprios médicos do Hospital Universitário Gaffrée Guinle, especializado no tratamento da Aids, interpretaram o resultado do exame como positivo.” Repare-se que a causa maior da condenação foi a inadequação das informações transmitidas pelo Laboratório réu. Ou seja, tutelou-se diretamente o direito à informação do consumidor. E também se cumpriu a justa sina do fornecedor que não atenta para o princípio da transparência: deixou de informar adequadamente, terá de indenizar.

Outro caso de tutela direta do direito à informação, julgado pelo Superior Tribunal de Justiça, cuidou da necessidade de “con-

⁶⁴ Explorando o assunto, confira-se, de Sônia Eliana Radin e Elisângela Piccoli de Bastiani, “A responsabilidade civil do médico pela letra ilegível nas receitas, à luz do Código de Defesa do Consumidor”, in *Doutrina* 4, coordenação de James Tubenchlak, Rio de Janeiro, Instituto de Direito, 1997.

⁶⁵ Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, Apelação Cível 8.505/97, Relatora Des. Cássia Medeiros, Oitava Câmara Cível, julgamento unânime em 28/03/00, acórdão cuja íntegra pode ser colhida na *Revista de Direito do Consumidor*, 36/318-321.

sentimento informado” de paciente sujeita a intervenção cirúrgica arriscada: “A Santa Casa, apesar de ser instituição sem fins lucrativos, responde solidariamente pelo erro do seu médico, que deixa de cumprir com a obrigação de obter consentimento informado a respeito de cirurgia de risco, da qual resultou a perda da visão da paciente.”⁶⁶ Insista-se no ponto: a responsabilização derivou não propriamente do resultado adverso da cirurgia, mas sim da falha de informação. Amiúde, resultados médicos adversos acontecem independentemente do zelo e da perícia dos profissionais envolvidos. Mas a falha de informação não pode ser perdoada, até porque facilmente evitável. E se trata de falha altamente nociva — nesses casos de necessidade de consentimento informado para cirurgia, o paciente, sabendo do risco, pode até optar pela não-realização da cirurgia.⁶⁷

Voltando à jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, decline-se mais um caso em que a falha informativa restou decisiva: “Inexistência de informação, ao contratar o sepultamento, das conseqüências da não renovação do arrendamento. Falta de aviso à família, antes de proceder a administradora do cemitério à exumação do cadáver e cremação dos restos mortais. Obrigação de indenizar.”⁶⁸

⁶⁶ Recurso Especial 467.878 – RJ, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, Quarta Turma, julgamento unânime em 05/12/02. No mesmo sentido, julgado da Nona Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (Apelação 2001.001.3058, Relatora Des. Wany Couto, julgamento por maioria em 05/06/01): “Erro médico não quanto à técnica empregada, mas no procedimento do médico, falta de informação ao paciente. (...) Obrigação do médico de informar quanto à intervenção e suas conseqüências, tendo antes os cuidados preventivos necessários, daí exsurge o dano, a culpa, conseqüente responsabilidade e obrigação de indenizar.”

⁶⁷ Sobre o assunto, confira-se Sérgio Cavalieri Filho, “A responsabilidade médica e o dever de informar”, *Revista da EMERJ – Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro*, v. 7, n. 28, 2004. Segundo Cavalieri, que dá grande atenção à questão do consentimento informado, o principal dever na atividade médica, hoje, é precisamente o dever de informar (p. 83). Ele cita um caso famoso e trágico, o caso da cirurgia, acompanhada pelo mundo todo, que pretendia separar gêmeas iranianas unidas pela cabeça, mas acabou provocando a morte das duas. Lembra Cavalieri (p. 86) que “As duas irmãs eram plenamente saudáveis, ambas formadas em direito, não corriam nenhum risco de vida, apenas sonhavam levar vidas separadas.” Depois de indagar se realmente foram as irmãs iranianas advertidas acerca do altíssimo risco da cirurgia a que foram submetidas, completa o autor (p. 87): “Se é verdade que um caso vale por mil palavras, o caso dessas gêmeas vale por um milhão. Se o paciente (consumidor, sujeito de direitos) tem o direito à informação plena, o médico, em qualquer caso, mas principalmente no caso de elevados riscos, tem o dever de informar plena e verazmente. Só o consentimento informado pode afastar a responsabilidade médica pelos riscos inerentes à sua atividade.”

⁶⁸ Apelação 2000.001.15812, Rel. Des. Sérgio Lúcio de Oliveira e Cruz, Décima Quinta Câmara Cível, julgamento unânime em 06/12/00.

Vai-se vendo que numerosos são os julgados a respeito da proteção ao direito à informação do consumidor no campo da responsabilidade. Fiquemos com um último precedente, oriundo do Superior Tribunal de Justiça: “O fabricante de massa de tomate que coloca no mercado produto acondicionado em latas cuja abertura requer certos cuidados, sob pena de risco à saúde do consumidor, e sem prestar a devida informação, deve indenizar os danos materiais e morais daí resultantes.”⁶⁹

Aduza-se que é muito positivo o impacto de decisões como as que acabamos de mencionar. Preocupados com a possibilidade de condenações pesadas, fornecedores alteram seus procedimentos e rotinas, observando com mais cuidado o imperativo da transparência, algo que não costuma, insista-se, gerar gravames proibitivos. Com isso se depura o mercado de consumo, objetivo último do CDC.

4.5 Transparência e área processual

A esfera processual é mais uma a ser influenciada pelo princípio da transparência. E vários são os planos em que tal influência é sentida. As relações entre informação e processo comportam quatro estações: a) a informação antes do processo; b) a informação de dentro para fora do processo; c) a informação endoprocessual; e d) a informação como cerne do processo. Dadas as limitações de espaço, cada uma dessas estações não poderá ganhar aqui considerações mais densas.

Em primeiro lugar temos a informação pré-processual, muito encarecida pelos estudiosos do acesso à justiça.⁷⁰ Ela não foi esquecida pelo CDC, que colocou a “manutenção de assistência jurídica, integral e gratuita para o consumidor carente” como o primeiro dos instrumentos para a execução da Política Nacional das Relações de Consumo (art. 5º, I, do CDC). A assistência jurídica, como se sabe, é bem mais ampla do que a assistência puramente judiciária, com-

⁶⁹ Recurso Especial 237.964 – SP, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, Quarta Turma, julgamento unânime em 16/12/99.

⁷⁰ A propósito, Kazuo Watanabe, em texto bastante conhecido (“Acesso à justiça e sociedade moderna”, in *Participação e processo*, coordenação de Ada Pellegrini Grinover, Cândido Rangel Dinamarco e Kazuo Watanabe, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1988, p. 135), considerou o direito à informação um dado elementar do direito de acesso à justiça, ou “direito de acesso à ordem jurídica justa”.

preendendo, entre outras, as atividades de consultoria e informação jurídicas. Essa preocupação com a assistência jurídica não poderia faltar ao CDC. De nada vai adiantar seu belo repertório de normas cogentes se o consumidor não tiver informações sobre os direitos reivindicáveis, se for reduzido à condição de “não-parte”.⁷¹ Aqui, vale fazer um paralelo com a esfera contratual: assim como a informação adequada ao consumidor é vital na fase pré-contratual, ela o é também na fase pré-processual.

A informação “de dentro para fora do processo”, ou seja, a informação que parte do processo e se destina ao público exterior, é a segunda categoria a ser comentada. Ela apresenta afinidades em relação à informação pré-processual: é igualmente cara ao acesso à justiça e também se dirige a quem não é parte processual (ao menos sob o ângulo formal). Encontra a categoria seu melhor *habitat* no terreno das lides coletivas. Colha-se a propósito um depoimento valioso. O processualista Paulo Cezar Pinheiro Carneiro, professor titular da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, narra, na obra **Acesso à justiça: juizados especiais cíveis e ação civil pública**, que ele próprio sentiu o problema da desinformação, no bojo de um processo decorrente de ação civil pública intentada pelo Ministério Público do Rio de Janeiro na defesa dos direitos coletivos de pessoas que firmaram contratos de compra de automóveis (*leasing*) com pagamento em dólares. A liminar foi concedida, mas ocorreu uma grande confusão em relação ao cumprimento da medida. O próprio Pinheiro Carneiro, jurista e advogado militante, “somente após várias explicações, idas e vindas à empresa ré, conseguiu efetuar o pagamento na forma da liminar”. No entanto, “a maior parte dos beneficiados não se valeu da liminar obtida, certamente porque ou não tinham conhecimento dela, ou não sabiam como agir, na prática, para obter o cumprimento da mesma. Deveriam entrar com ações individuais? Aceitar o acordo do governo federal com as financeiras? Se sujeitar ao pagamento exigido por estas últimas?”⁷²

⁷¹ Segundo Paulo Cezar Pinheiro Carneiro (**Acesso à justiça: juizados especiais cíveis e ação civil pública: uma nova sistematização da teoria geral do processo**, Rio de Janeiro, Forense, 1999, p. 58), “os ‘não-partes’ são pessoas absolutamente marginalizadas da sociedade, porque não sabem nem mesmo os direitos de que dispõem ou de como exercê-los; constituem o grande contingente de nosso país.”

⁷² Paulo Cezar Pinheiro Carneiro, **Acesso à justiça...**, cit., p. 220-221.

Em compensação, também na terra fluminense temos excelentes exemplos de atividade judicial preocupada com a informação “de dentro para fora do processo”. O primeiro reside em julgado que teve como pano de fundo os pouco saudosos planos de expansão telefônica, que davam ações aos assinantes, ficando as ações custodiadas na rede bancária. O julgado manteve decisão monocrática no sentido de que o Banco Itaú, que contratou com a antiga Telerj o atendimento aos assinantes de um plano de expansão (ocorrido em 1996), fizesse incluir, nos extratos de contas das ações, o anúncio de que fora proposta, em face da Telerj, demanda coletiva versando exatamente sobre o valor patrimonial das ações.⁷³ Em segundo lugar, temos a imposição de contrapropaganda à antiga CERJ – Companhia de Eletricidade do Rio de Janeiro, nos autos de ação civil coletiva proposta pelo Núcleo de Defesa do Consumidor da Defensoria Pública em face da CERJ e da Light Serviços de Eletricidade S. A. A contrapropaganda foi imposta, a requerimento do Núcleo de Defesa do Consumidor, porque a CERJ teria, através de comunicados na imprensa, deturpado o teor da liminar concedida no processo, em detrimento do direito difuso à informação verdadeira. Considerando cabível o pleito de contrapropaganda “para possibilitar que os consumidores tenham o exato conhecimento do teor da liminar concedida”, o magistrado deferiu o pleito “para determinar, às expensas da parte ré, que veicule, usando a mesma forma utilizada na propaganda trazida pela parte autora, o seguinte trecho da decisão monocrática: (...)”.⁷⁴ O último exemplo vem do processo oriundo de ação civil pública intentada pelo Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro em face de Ponte S. A., visando a impedir que esta última repassasse aos consumidores, no valor do pedágio, os gastos relativos à construção de quatro baias na Ponte Rio-Niterói. A sustação do repasse não foi deferida liminarmente pelo juízo cível de Niterói; foi deferido, no entanto, requerimento “para determinar

⁷³ Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, Agravo de Instrumento 5.179/97, Rel. Des. Gustavo Leite, Terceira Câmara Cível, julgamento em 28/04/98 (negando provimento ao recurso da Telerj), o acórdão pode ser encontrado na *Revista de Direito do Consumidor*, 31/254-255.

⁷⁴ Decisão do magistrado de plantão Ricardo Couto de Castro, em 23/12/99, no Processo 99.001.168990-1, da 8ª Vara de Falências e Concordatas (competente para ações coletivas).

a inserção da expressão 'sub judice' nas placas de informação luminosas e nas placas fixas instaladas em todo o percurso da Ponte Rio-Niterói”, destinando-se a medida “a conferir ampla publicidade aos usuários da rodovia da possibilidade de vir a ser cassada, judicialmente, a elevação da tarifa, (...) garantindo, assim, maior facilitação em eventuais regressos cabíveis.”⁷⁵ Independentemente da subsistência ou do efetivo cumprimento das decisões acima mencionadas, todas elas ilustram muito bem a necessidade de favorecimento da informação “para fora do processo”, sobretudo em lides consumeristas.

Quanto à informação “endoprocessual”, diz respeito aos fatos relevantes da causa. Examina-se aqui como fluem as informações relativas aos fatos que interessam ao julgamento da lide. A categoria envolve, então, institutos fundamentais do processo, como a prova e o contraditório. Tais institutos, na ambiência da lide consumerista, ganham uma roupagem diferenciada, de molde a serem cumpridos os princípios maiores da legislação protetiva, entre eles o princípio da transparência. Processo, lembre-se sempre, é instrumento. Dentro desse contexto, o regime relativo à informação endoprocessual há de ser mais favorável ao consumidor, e o próprio CDC se apressa em assegurar tal tratamento benéfico. De fato, no art. 6º, VIII, do CDC está sediada, entre os direitos básicos do consumidor, a instrumental facilitação da defesa dos seus direitos. Essa facilitação envolve diversos mecanismos, mas a estrela da companhia é, sem dúvida, a inversão do ônus da prova, prevista no mesmo dispositivo legal.

A inversão do ônus da prova demonstra eloqüentemente que o dever de informação continua aceso para os fornecedores na esfera processual. O dever de informação transforma-se então em ônus processual, imperativo do próprio interesse (na conhecida lição de James Goldschmidt). Ou seja, pode até ocorrer sonegação de informações, só que ela virá em desfavor do fornecedor. Trata-se portanto da técnica mais apropriada para homenagear-se o princípio da transparência na seara processual.

⁷⁵ Decisão do magistrado Luiz Henrique Marques, em 11/10/01, no Processo 2001.002.018076-8, da 5ª Vara Cível de Niterói (que depois teria a sua competência afastada).

Vale aduzir que a gravidade do dever de informação atribuído aos fornecedores produz muitas vezes no processo, em favor do consumidor, um efeito ainda mais positivo do que a inversão do ônus da prova, inversão *ope iudicis* e que depende do preenchimento de requisitos específicos. Esse efeito é a atribuição originária do ônus da prova ao fornecedor, afastando-se tecnicamente a figura da “inversão” e o regime que lhe é próprio. Como exemplo, tome-se caso já citado, o dos contratos de arrendamento mercantil diante da crise cambial de 1999. Considerou o Superior Tribunal de Justiça que “Incumbe à arrendadora se desincumbir do ônus da prova de captação de recursos provenientes de empréstimo em moeda estrangeira, quando impugnada a validade da cláusula de correção pela variação cambial. Esta prova deve acompanhar a contestação (arts. 297 e 396 do CPC), uma vez que os negócios jurídicos entre a instituição financeira e o banco estrangeiro são alheios ao consumidor, que não possui meios de averiguar as operações mercantis daquela, sob pena de violar o art. 6º da Lei 8.880/94.”⁷⁶ E outro julgado do mesmo STJ deixou expresso: “A exigência de que a arrendadora prove a origem do dinheiro utilizado no contrato, para efeito de vinculação das contraprestações à variação do dólar americano, não representa inversão quanto ao ônus da prova.”⁷⁷ No mesmo sentido dos precedentes acima mencionados, tem-se o julgado no Recurso Especial 438.700 – RJ: “É possível a revisão de contrato de cartão de crédito, cabendo à Administradora informar o juízo sobre os valores, sua origem, taxas de juros, comissões, despesas, e o mais que interessa para que se tenha a noção exata dos critérios segundo os quais está sendo executado o contrato de adesão.”⁷⁸ Este último julgado, em suas razões de decidir, invocou expressamente “o princípio básico de que o fornecedor deve transmitir ao consumidor toda a informa-

⁷⁶ Recurso Especial 268.661 – RJ, Relatora Min. Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgamento por maioria em 16/08/01. Quanto ao art. 6º da Lei 8.880/94, citado no acórdão, é este seu teor: “É nula de pleno direito a contratação de reajuste vinculado à variação cambial, exceto quando expressamente autorizado por lei federal e nos contratos de arrendamento mercantil celebrados entre pessoas residentes e domiciliadas no País, com base em captação de recursos provenientes do exterior.”

⁷⁷ Agravo Regimental no Recurso Especial 275.391 – MG, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, Terceira Turma, julgamento unânime em 19/06/01.

⁷⁸ Recurso Especial 438.700 – RJ, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, Quarta Turma, julgamento unânime em 15/04/03.

ção de que dispõe sobre o negócio, os fatores considerados e as consequências de seus atos, a fim de que este possa bem se orientar na relação.”

Os julgados que citamos no parágrafo anterior demonstram sobejamente a influência do princípio da transparência máxima sobre a esfera processual (especificamente naquele plano aqui chamado de “endoprocessual”). Atesta-o Cláudia Lima Marques: “(...) a técnica do Código de Defesa do Consumidor, de assegurar direitos materiais ao consumidor, de modificação das cláusulas excessivamente onerosas, por exemplo, e de impor deveres de informação e de abstenção do abuso aos fornecedores, *per se*, influencia o direito processual de defesa do consumidor, ao determinar *ex vi lege* determinadas provas ao fornecedor”.⁷⁹

A última categoria proposta no presente tópico é a informação como cerne do processo. Para essa última categoria, relevante é a visão da informação como “bem de consumo”,⁸⁰ um bem que pode, a exemplo de tantos outros, ser perseguido judicialmente.⁸¹ Dessa forma, “informação como cerne do processo” significa informação relacionada ao objeto litigioso do processo, seja quando a informação é o próprio “bem da vida” pretendido (por exemplo, uma demanda visando à obtenção de uma informação sonogada, a exemplo do *habeas data* constitucional,⁸² ou então almejando a não-

⁷⁹ Cláudia Lima Marques, no prefácio de Geraldo de Faria Martins da Costa, *Superendividamento: a proteção do consumidor de crédito em direito comparado brasileiro e francês*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2002, p. 20.

⁸⁰ Confira-se a propósito Luis Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho, “A informação como bem de consumo”, *Revista de Direito do Consumidor*, nº. 41, jan./mar. 2002, p. 257-261.

⁸¹ Sobre os contornos atuais da inafastabilidade do controle jurisdicional, confira-se Cândido Rangel Dinamarco, “Universalizar a tutela jurisdicional”, *Fundamentos do processo civil moderno*, tomo II, 4. edição, revisão e atualização de Antônio Rulli Neto, São Paulo, Malheiros, 2001. Segundo Dinamarco (texto citado, p. 839), é clara a “tendência política à expansão do exercício da função jurisdicional.” O CDC tem um dispositivo que milita vigorosamente em prol da universalização da tutela jurisdicional: é o art. 83 (“Para a defesa dos direitos e interesses protegidos por este código são admissíveis todas as espécies de ações capazes de propiciar sua adequada e efetiva tutela.”).

⁸² Registre-se, a propósito, que foi objeto de veto o art. 86 do CDC (“Aplica-se o *habeas data* à tutela dos direitos e interesses dos consumidores.”). Não obstante, entende-se em doutrina, sem hesitação, que o veto foi completamente inócuo, sobretudo à vista do art. 83 do CDC, mencionado na nota anterior. Nesse sentido: Kazuo Watanabe, “Da defesa do consumidor em juízo, Disposições gerais”, in *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*, 6ª. ed., Rio de Janeiro, Forense Universitária, 1999, p. 757; Carlos Roberto Barbosa Moreira, “Instrumentos processuais de controle da comunicação no Mercado de Consumo”, cit., p. 294; James Marins, “*Habeas Data*, antecipação de tutela e cadastros financeiros à luz do Código de Defesa do Consumidor”, *Revista de Direito do Consumidor*, nº. 26, abr./jun. 1998.

veiculação de uma informação falsa⁸³), seja quando a violação ao direito à informação está na raiz da pretensão deduzida (v.g., uma pretensão indenizatória tendo como causa uma falha informativa⁸⁴).

Crescentes são os casos em que a informação aparece no cerne de um processo consumerista. Tome-se em primeiro lugar a tutela individual. Nela, as demandas de prestação de contas são fortes aliadas do princípio da transparência máxima das relações de consumo. Nesse particular, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça tem permitido a utilização ampla da prestação de contas, diante de várias espécies de fornecedores. Admite assim, entre outras hipóteses, prestação de contas em face de entidade bancária,⁸⁵ em face de administradora de cartão de crédito,⁸⁶ em face de entidade de previdência privada⁸⁷ e em face de advogado, mesmo quando este exhibe quitação dada pelo cliente.⁸⁸ A medida de exibição de documentos também tem merecido o estímulo do STJ na área consumerista, vedando-se condicionamentos abusivos ao dever de informar: “Se pode o cliente a qualquer tempo requerer da instituição financeira prestação de contas, pode postular a exibição dos extratos de suas contas-correntes, bem como as contas gráficas dos empréstimos efetuados, sem ter que adiantar para tanto os custos

⁸³ Confira-se, a respeito, Ação judicial cabível contra editora de obras anti-semitas, parecer de Alcides de Mendonça Lima publicado na Revista de Processo, nº. 56, out./dez. 1989.

⁸⁴ Por sinal, quando abordamos a relação entre dever de informação e responsabilidade civil, mais acima, vários exemplos foram dados de falhas informativas gerando responsabilidade do fornecedor.

⁸⁵ A propósito, o enunciado 259 da Súmula do STJ: “A ação de prestação de contas pode ser proposta pelo titular de conta corrente bancária.”

⁸⁶ Recurso Especial 503.958 – RS, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, Quarta Turma, julgamento em 26/06/03: “Na linha da orientação das Turmas que integram a Segunda Seção deste Tribunal, o titular do cartão de crédito, independentemente do recebimento das faturas mensais, pode acionar judicialmente a administradora de cartão de crédito, objetivando receber a prestação de contas dos encargos que lhe são cobrados.”

⁸⁷ EREsp 544.974 – DF, Rel. Min. Castro Filho, Segunda Seção, julgamento em 13/04/05.

⁸⁸ Confira-se por exemplo o Recurso Especial 214.920 – SP, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, Quarta Turma, julgamento unânime em 17/08/99: “O recibo genérico de quitação não elide a obrigação do mandatário de prestar contas quanto aos valores que levanta judicialmente em causas de interesse de seu cliente, especialmente se o documento de quitação não contém elementos suficientes à apreciação do mandante, apresentando resultado final que não demonstra como foi alcançado, referente a período inflacionário.” Vale a ressalva de que o STJ tem entendido que a relação entre o advogado e seu cliente não é de consumo, entendimento que consideramos bastante equivocada.

dessa operação.”⁸⁹ Outro exemplo interessante na seara individual é a possibilidade de busca e apreensão do prontuário médico-hospitalar: “O conteúdo do prontuário médico não pertence à unidade hospitalar, mas sim ao paciente. A autora, na qualidade de mãe da menor internada na Unidade Hospitalar ré, tem o direito ao acesso às informações contidas no mencionado prontuário, a fim de conhecer as causas do falecimento de sua filha, morta após período de internação no nosocômio.”⁹⁰

Sem embargo da importância dos casos individuais relativos à categoria da “informação como cerne do processo”, mais notáveis são os casos em que a categoria se vê ligada à tutela coletiva. E tal ligação aparece com frequência. Pense-se na informação publicitária, na informação jornalística, nos meios de comunicação em geral. Em todos esses casos, o direito à informação adequada estará anexado ao campo dos interesses difusos. Aliás, é difícil pensar em exemplo melhor de interesse difuso. Bem por isso, há muito preconiza José Carlos Barbosa Moreira⁹¹ a possibilidade de utilização da ação civil pública para forçar o cumprimento dos princípios que a Constituição, no art. 221, impõe às programações de rádio e televisão, entre eles o “respeito aos valores éticos e sociais da pessoa e da família” (inciso IV).⁹² Nesse contexto, para Barbosa Moreira, a ação civil pública, longe de ser um mecanismo velado de censura, representa sim um dos “meios legais” previstos no art. 220, § 3º, II, da Constituição — meios “que garantam à pessoa e à família a possibilidade de se defenderem de programas ou programações de rádio e televisão que contrariem o disposto no art. 221, bem como da propaganda de produtos, práticas e serviços que possam ser nocivos à saúde e ao meio ambiente.”

⁸⁹ Recurso Especial 330.261 – SC, Relatora Min. Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgamento em 06/12/01.

⁹⁰ Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, Apelação 2004.001.23563, Rel. Des. José Carlos de Figueiredo, Décima Primeira Câmara Cível, julgamento em 01/12/04.

⁹¹ “Ação civil pública e programação da TV”, *Temas de direito processual: sexta série*, São Paulo, Saraiva, 1997. Mais recentemente, na mesma linha do trabalho anterior, confira-se “O controle judicial da televisão”, *Temas de direito processual: oitava série*, São Paulo, Saraiva, 2004.

⁹² A mesma opinião é defendida por Rodolfo de Camargo Mancuso (“Interesse difuso à programação televisiva de boa qualidade e sua tutela jurisdicional”, *Revista dos Tribunais*, n. 705, jul. 94, p. 61): “[...] No que concerne ao contido no art. 221 e incisos, parece-nos cabível a ação civil pública, com vistas à defesa (= prevenção/reparação) do interesse difuso a uma programação televisiva que atenda aos parâmetros constitucionalmente fixados.”

Na seara específica do direito do consumidor, mas antes mesmo da edição do CDC, já sustentava Ada Pellegrini Grinover a possibilidade de ação civil pública destinada a “uma reparação que cubra as despesas de contrapropaganda necessárias para neutralizar a propaganda enganosa.”⁹³ Mais recentemente, estudos promissores têm estimulado a ampliação da tutela coletiva do direito à informação. Por um lado, desenvolve-se — como fruto viçoso da *socialização* da responsabilidade civil contemporânea — a figura do dano moral coletivo ou difuso,⁹⁴ justificando a responsabilização de fornecedores que causem lesões intensas aos consumidores considerados no seu aspecto coletivo. Por outro lado, começa-se a sustentar, com maior visibilidade, a sujeição dos meios de comunicação de massa aos comandos do CDC, sujeição esta que envolveria até mesmo as poderosíssimas emissoras de televisão aberta, dando ao telespectador a condição jurídica de consumidor, apesar de não remunerar diretamente as emissoras de televisão. Nesse sentido, destaca-se obra inovadora de Fábio Henrique Podestá, que se posiciona em prol da “plena aplicação do Código de Defesa do Consumidor à atividade de comunicação de massa”,⁹⁵ entendendo para tanto que, à configuração de uma relação de consumo, não é necessária a contratação (e remuneração) direta. No mesmo sentido, afirma Luiz Manoel Gomes Junior: “Os órgãos de imprensa são fornecedores de notícias, de informações, posto que o consumidor ao adquirir um periódico ou mesmo assistir a um documentário ou telejornal, consome a notícia, a informação veiculada.”⁹⁶

⁹³ Ada Grinover, “Ações coletivas para a tutela do ambiente e dos consumidores: a Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985”, *Novas tendências do direito processual*, Rio de Janeiro, Forense Universitária, 1990, p. 151.

⁹⁴ Para Carlos Alberto Bittar Filho (“Do dano moral coletivo no atual contexto jurídico brasileiro”, *Revista de Direito do Consumidor*, n. 12, out./dez. 1994, p. 55), “o dano moral coletivo é a injusta lesão da esfera moral de uma dada comunidade, ou seja, é a violação antijurídica de um determinado círculo de valores coletivos. Quando se fala em dano moral coletivo, está-se fazendo menção ao fato de que o patrimônio valorativo de uma certa comunidade (maior ou menor), idealmente considerado, foi agredido de maneira absolutamente injustificável do ponto de vista jurídico: quer isso dizer, em última instância, que se feriu a própria cultura, em seu aspecto imaterial.” Quanto aos caminhos processuais para a concretização do dano moral coletivo, confira-se André de Carvalho Ramos, “Ação civil pública e o dano moral coletivo”, *Revista de Direito do Consumidor*, nº. 25, jan./mar. 1998.

⁹⁵ Podestá, *Interesses difusos, qualidade da comunicação e controle judicial*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2002, p. 123. Vale aduzir que a obra tem prefácio de Cláudia Lima Marques, que se ocupa principalmente dessa tese de que o espectador exposto à programação de televisão aberta é equiparado a consumidor, a tese “mais ousada” (p. 7) da obra.

⁹⁶ Gomes Junior, “O direito difuso à informação verdadeira e a sua proteção por meio das ações coletivas”, *Revista de Direito Privado*, nº. 10, abr./jun. 2002, p. 155.

A conjugação das tendências mencionadas franqueia alvissareira possibilidade, qual seja, a condenação dos responsáveis por programas espúrios de televisão aberta, com base no CDC, ao pagamento de danos morais sofridos difusamente pela coletividade de consumidores.⁹⁷ Por sinal, tal possibilidade foi testada com sucesso recentemente, em caso de grande repercussão. Foi o caso da farsa montada, em 07/09/03, pelo programa “Domingo Legal”, pilotado pelo conhecido apresentador Gugu Liberato, programa este cujo conteúdo apelativo sempre foi alvo de muitas críticas (campeão de reclamações, por exemplo, na Campanha “Quem financia a baixaria é contra a cidadania”). A farsa consistiu em encenar uma entrevista com supostos integrantes de um grupo criminoso — na verdade, atores amadores contratados por um punhado de reais —, na qual, entre outras passagens edificantes, eram feitas graves ameaças contra o Padre Marcelo Rossi, contra o vice-prefeito de São Paulo à época, Hélio Bicudo, e contra José Luiz Datena e Marcelo Rezende, apresentadores de programas de televisão contendo matérias policiais. A farsa logo foi descoberta, instaurando-se não só processo criminal mas também ação civil pública (precedida de inquérito civil), na qual o Ministério Público, autor da ação, pediu a condenação do apresentador Gugu Liberato ao pagamento de indenização relativa aos “danos morais difusos impostos a todos os consumidores, expostos às imagens indevidamente veiculadas no programa Domingo Legal”. Em 30/08/05, enfim, foi homologado acordo no âmbito da ação civil pública, pelo qual o réu se comprometeu a pagar o valor de R\$ 750.000,00, em 12 parcelas, devendo as parcelas ser levantadas por instituições indicadas pelo Ministério Público.⁹⁸

⁹⁷ Tal possibilidade é expressamente defendida por Luiz Manoel Gomes Junior (“O direito difuso à informação verdadeira...”, cit., p. 163): “existe um direito difuso que protege os consumidores contra notícias inverídicas — direito difuso à informação verdadeira — que causem prejuízos de ordem material ou moral, admitindo a sua proteção por meio das ações coletivas.” A possibilidade também é endossada (mas sem entrar em discussões relativas à aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor) por Luis Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho (Direito de informação e liberdade de expressão, cit., p. 225, grifado no original): “(...) Como se vê, demonstra-se a plena possibilidade de um dano não-patrimonial coletivo — que tem sido chamado de dano moral coletivo — a interesse difuso consistente em receber informação com determinada *qualidade*, que deve ser extraída do sistema do direito de informação e deve corresponder a um valor comunitário de superlativa importância.”

⁹⁸ Processo 583.00.2004.064599-9 da 6ª Vara Cível do Fórum Central Cível de São Paulo, informações processuais colhidas no *site* do Tribunal de Justiça de São Paulo. Aduza-se que o acordo foi homologado, curiosamente, sem extinção do feito, “vez que não há reconhecimento de culpa por parte do requerido, e na hipótese de

5. A VOCAÇÃO IRRADIANTE DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

De acordo com um grande teórico da comunicação, Marshall McLuhan (autor da bem-sucedida metáfora da “aldeia global”), a informação não é mais simplesmente um instrumento para produzir bens econômicos, mas se tornou, ela própria, o principal dos bens.⁹⁹ McLuhan faleceu em dezembro de 1980. Passados 25 anos, seu pensamento está mais vivo do que nunca. A informação tornou-se, inquestionavelmente, um bem essencial, dotado de exuberante autonomia. E no ordenamento brasileiro, como acabou de ser visto, o CDC dá tratamento esmerado à questão da informação, reconhecendo plenamente a sua essencialidade. Dificilmente se verá outro setor normativo, no direito brasileiro, que dedique tanta atenção à informação e ao princípio da transparência. No item anterior, quando abordamos vários recantos do CDC de maneira bastante prática, privilegiando a descrição de situações concretas e a colagem de julgados, foi demonstrado que é real, veraz, a simbiose entre a defesa do consumidor e a tutela da informação. Uma precisa intensamente da outra.

Fechamos portanto um capítulo importante. E não foi gratuita a menção a Marshall McLuhan, linhas atrás. McLuhan remete-nos às reflexões introdutórias deste texto, cuidando da transcendência da informação no mundo atual e do imenso desafio que significa o seu enquadramento jurídico, sobretudo quando se deseja tutelar uma informação qualitativamente adequada. Pois o CDC brasileiro, ratificando mais uma vez a sua atualidade, arrosta muito bem aquele desafio, mostrando que é possível contar com meios jurídicos eficazes na busca de informação massiva de qualidade. Essa é a mensagem maior da primeira parte do trabalho.

Mas a relação entre defesa do consumidor e tutela da informação suscita outras reflexões importantes, e a elas não nos furtare-

descumprimento o processo prosseguirá a partir da fase em que se encontra, ou seja, instrução com oitiva de testemunhas, ficando os valores pagos perdidos em favor das instituições que promoverem os respectivos levantamentos.”

⁹⁹ Tal pensamento de McLuhan é encontrado em Fábio Henrique Podestá, *Interesses difusos, qualidade da comunicação e controle judicial*, cit., p. 27.

mos, concisamente que seja. Partem essas novas reflexões da verificação de que também a ordem constitucional brasileira preocupa-se vivamente com a questão da informação. Inúmeras são as normas constitucionais tratando do tema, muitas delas plantadas no art. 5º, revestidas portanto da condição de cláusulas pétreas.¹⁰⁰ A publicidade, além de princípio básico da administração pública (art. 37), foi exigida também no âmbito dos julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário, sendo certo que o art. 93, IX, foi modificado pela Emenda 45/04 para deixar ainda mais vigorosa a tutela constitucional da informação: “todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação”. Ou seja, entre o direito à intimidade e o interesse público à informação, o constituinte (reformador) procedeu a ponderação inequivocamente favorável a este último. Não bastasse, a informação é protegida também nos campos tributário,¹⁰¹ previdenciário,¹⁰² ambiental¹⁰³ e da

¹⁰⁰ Com efeito, várias são as referências à questão da informação no art. 5º da nossa Constituição, sede dos direitos e deveres individuais e coletivos. No inciso XIV, “é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional”. Já o inciso XXXIII reza que “todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral (...), ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado” (parte final regulamentada pela Lei 11.111/05), prevendo o inciso seguinte o direito à “obtenção de certidões em repartições públicas, para defesa de direitos e esclarecimento de situações de interesse pessoal” (inciso XXXIV, *h*). No estatuto constitucional do preso, a informação mereceu especial atenção (conquanto seja problemática, naturalmente, a efetividade dessas normas): “a prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre serão comunicados imediatamente ao juiz competente e à família do preso ou à pessoa por ele indicada” (inciso LXII); o preso deve ser informado de seus direitos (inciso LXIII), tendo direito ainda “à identificação dos responsáveis por sua prisão ou por seu interrogatório policial” (inciso LXIV). No inciso LXXII, por seu turno, instituiu-se remédio especificamente talhado para a proteção do direito à informação, o *habeas data*. E o inciso LXXVII, por fim (no que tange apenas ao art. 5º), previu a gratuidade dos atos necessários ao exercício da cidadania, a ser listados por lei, tendo a Lei 9.265/96 contemplado, na regulamentação da norma constitucional, “os pedidos de informações ao poder público, em todos os seus âmbitos, objetivando a instrução de defesa ou a denúncia de irregularidades administrativas na órbita pública” (art. 1º, inciso III).

¹⁰¹ No campo tributário, a Constituição estipula, no art. 150, § 5º, que “A lei determinará medidas para que os consumidores sejam esclarecidos acerca dos impostos que incidam sobre mercadorias e serviços.” Como se vê, uma norma de enorme importância em um país campeão de tributos, muitos deles praticamente invisíveis. Pena que seja bastante problemática a efetividade da norma.

¹⁰² Segundo o art. 202, § 1º, lei complementar “assegurarão ao participante de planos de benefícios de entidades de previdência privada o pleno acesso às informações relativas à gestão de seus respectivos planos.”

¹⁰³ De acordo com o art. 225, VI, incumbe ao Poder Público “promover a educação ambiental em todos os níveis de ensino e a conscientização pública para a preservação do meio ambiente” (matéria regulada pela Lei 9.795/99).

família,¹⁰⁴ sem falar obviamente no capítulo relativo à comunicação social.¹⁰⁵ Até o Ato das Disposições Constitucionais Transitórias traz, no seu art. 64, comando interessante sobre a informação jurídica: “A Imprensa Nacional e demais gráficas da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, da administração direta ou indireta, inclusive fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público, promoverão edição popular do texto integral da Constituição, que será posta à disposição das escolas e dos cartórios, dos sindicatos, dos quartéis, das igrejas e de outras instituições representativas da comunidade, gratuitamente, de modo que cada cidadão brasileiro possa receber do Estado um exemplar da Constituição do Brasil.” E muitos outros dispositivos constitucionais poderiam ser citados, se o respeito à paciência do leitor não recomendasse o contrário.

Não surpreende o apreço da nossa Constituição pela tutela da informação. Afinal, informação liga-se intimamente a participação, cidadania, valores sumamente prestigiados pelo ordenamento constitucional brasileiro. Uma Constituição dita “cidadã”, marco da passagem do autoritarismo para um regime aberto, tinha mesmo de amar a transparência. Sem informação, sem transparência, dificulta-se sensivelmente a materialização dos direitos fundamentais e da democracia participativa consagrada pela Constituição de 1988.¹⁰⁶

Bem se percebe, portanto, que a atenção toda especial devotada à informação pelo CDC reflete claramente a ordem constitucional. Quando falamos no princípio da transparência máxima das

¹⁰⁴ O art. 226, § 7º, impõe ao Estado brasileiro propiciar “recursos educacionais e científicos” para o exercício do direito ao planejamento familiar (dispondo sobre a matéria a Lei 9.263/96).

¹⁰⁵ No capítulo relativo à comunicação social, encontramos normas cruciais acerca da questão da informação. A começar pela ampla liberdade de expressão e informação, estando vedada explicitamente qualquer forma de censura (art. 220, *caput*, § 1º e § 2º). Por outro lado, cabe ao Poder Público, no tocante a diversões e espetáculos públicos, “informar sobre a natureza deles, as faixas etárias a que não se recomendem, locais e horários em que sua apresentação se mostre inadequada” (art. 220, § 3º, II). Já o art. 221 determina, para a produção e a programação das emissoras de rádio e televisão, “preferência a finalidades educativas, artísticas, culturais e informativas”.

¹⁰⁶ Muito recentemente (14/02/06), decisão monocrática do Min. Celso de Mello, no MS 25832 MC/DF, ratificou a relevância constitucional da informação. Eis a ementa da excelente decisão (colhida no *site* do STF): “Pretendida interdição de uso, por membros de CPI, de dados sigilosos a que tiveram acesso. Inviabilidade. Postulação que também objetiva vedar o acesso da imprensa e de pessoas estranhas à CPI à inquirição do impetrante. Inadmissibilidade. Inaceitável ato de censura judicial. A essencialidade da liberdade de informação, especialmente quando em debate o interesse público. A publicidade das sessões dos órgãos do Poder Legislativo, inclusive das CPIs, como concretização dessa valiosa franquia constitucional. Necessidade de dessacralizar o segredo. Precedentes (STF). Pedido de reconsideração indeferido.”

relações de consumo, é também de valores constitucionais fundamentais que estamos tratando. A mesma transparência que se exige no plano consumerista deve existir, segundo a Constituição, na globalidade da ordem jurídica, sobretudo na esfera pública. Assim, não há dúvida alguma de que, no campo da informação, CDC e Constituição de 1988 acham-se perfeitamente afinados.

Bastante sugestiva é a afinidade entre o CDC e a ordem constitucional no setor da informação. Ela nos induz a perguntar: será que tamanha afinidade se registraria também em outras matérias? A indagação não é simplória, e poderia motivar uma densa monografia. Mesmo assim, uma resposta imediata não parece temerária: a resposta afirmativa.

Essa resposta positiva pode ser conseguida cotejando-se rapidamente os princípios maiores do CDC e os valores capitais da nossa ordem constitucional. A respeito dos princípios consumeristas, é certo que estudiosos e aplicadores do CDC cultivam listas pessoais, de acordo com o *sentimento* de cada um em relação ao Código. Não obstante, alguns princípios fundantes do CDC são praticamente consensuais. Estão entre eles, além do princípio da transparência máxima, os princípios da vulnerabilidade do consumidor (CDC, art. 4º, I) e o da boa-fé objetiva (art. 4º, III). Por seu turno, a Constituição de 1988 projetou um Estado fortemente social e profundamente ético, que cultua a dignidade da pessoa humana e visa a uma sociedade justa, livre e solidária, assumindo a defesa dos mais fracos, dos mais vulneráveis. É verdade que se trata de projeto freqüentemente sabotado pela realidade. Não importa — a força normativa de uma constituição promocional costuma realmente enfrentar obstáculos duríssimos. Para o presente estudo, o que importa é o *dever ser* constitucional, que advoga com ardor a redução das desigualdades e a moralização do Estado e da sociedade.¹⁰⁷

¹⁰⁷ Falar em moralização do Estado e da sociedade pode parecer algo demasiado genérico, ainda mais porque toda ordem jurídica tem compromisso óbvio com a moral. Todavia, no caso da Constituição brasileira, uma constituição altamente axiológica e substancialista, a aliança entre direito e moral mostra-se bastante forte. Sintomática, a respeito, é a dicção do art. 5º, LXXIII, da Constituição, tornando causa específica de ação popular a lesão à moralidade administrativa. Sobre o tema disserta muito bem Diogo Figueiredo Moreira Neto ("A Defensoria Pública na construção do Estado de Justiça", *Revista de Direito da Defensoria Pública*, Rio de Janeiro, n. 7, 1995). Para ele (p. 19), não temos ainda um Estado de justiça, "o advento da plenitude ética na política", mas a Constituição brasileira avançou bastante no caminho da submissão do poder à moralidade, cuidando ela não só da legalidade e da legitimidade mas também da licitude, presente esta "em nada menos que cinquenta e oito menções à moralidade no seu texto, sendo que dez dedicadas à moralidade na administração pública."

Dispensa maiores esforços argumentativos a empatia entre as tábuas axiológicas do CDC e da Constituição, a afinidade entre os dois conjuntos. Defender o consumidor vulnerável é, evidentemente, contribuir para a redução das desigualdades. Zelar pelo primado da boa-fé nas inumeráveis relações de consumo cotidianamente travadas significa, outrossim, lutar pelo advento de um país mais ético e limpo, tal como desejado pela nossa Lei Maior. Vê-se portanto que o setor da informação ilustra bem a harmonia existente entre CDC e Constituição, mas se trata apenas de uma ilustração, porque o fenômeno é muito mais abrangente. Alto é o teor de constitucionalidade dos princípios maiores do CDC. Naturalmente, estes não refletem *todos* os valores frisados na Constituição — não há, nem poderia haver, uma rígida e geométrica congruência entre os princípios dos dois diplomas —, mas refletem valores especialmente relevantes, porção significativa do altar constitucional. Aliás, os grandes princípios do CDC não se limitam a repercutir expressivamente o panteão axiológico da Constituição (o que já seria extraordinário). Eles vão além, tocando nos anseios supremos da nação, secularmente afligida pelos problemas da desigualdade e da frouxidão moral.

Se o sistema geral do CDC reproduz fielmente valores constitucionais os mais relevantes, pode-se dizer sem receio que assume o CDC a condição de valioso instrumento legal de propagação da Constituição “cidadã”. É o arauto, o enviado, o profeta da nova ordem, função extremamente importante em um país que só agora vai amadurecendo uma cultura de respeito à Constituição. Daí brotam efeitos hermenêuticos notáveis. Efeitos “internos” e efeitos “externos”.

No que tange aos desdobramentos internos, a harmonia axiológica entre o CDC e a Constituição aguça consideravelmente a força normativa do primeiro. Se o sistema do CDC tem as bênçãos do ordenamento constitucional, é natural que adquira uma força maior, uma eficácia normativa qualificada.¹⁰⁸

¹⁰⁸ Por outros caminhos, também José Ernesto Furtado de Oliveira (*Reformatio in pejus* do Código de Defesa do Consumidor: impossibilidade em face das garantias constitucionais de proteção”, *Revista de Direito do Consumidor*, n. 42, abr./jun 2002) sustenta a eficácia normativa qualificada do CDC (p. 147): “[...] Essa garantia constitucional de proteção e defesa do consumidor, cláusula pétrea que é, faz do Código de Defesa do Consumidor a fonte paradigmática mínima de todos os direitos nele elencados, o que indica que nenhum deles poderá ser suprimido sob império da lei nova. Nesse caso, podemos afirmar com toda segurança que o consumidor brasileiro tem direito adquirido a adquirir mais direitos, mas nunca a perdê-los.”

Os efeitos externos são ainda mais formidáveis do que os internos. Enquanto estes favorecem a força normativa do CDC, aqueles tonificam a normatividade da própria Constituição! Ou seja, em um primeiro momento a Constituição alavanca o CDC. Depois, é a vez deste retribuir a ajuda.

Explicando mais analiticamente os efeitos externos, saliente-se que a sintonia entre CDC e Constituição estimula a aplicação de princípios e técnicas previstas no estatuto do consumidor a relações não consumeristas, já que se trata de princípios e técnicas soprados diretamente pela ordem constitucional. Mas não se cuida apenas da eventual incidência do CDC a relações não incluídas propriamente no âmbito do direito do consumidor. É muito mais. O CDC, na condição de arauto da ordem constitucional e condutor de valores de primeira grandeza, torna-se protagonista da cena hermenêutica no Brasil. Com isso, apresenta-se em nosso Direito um método hermenêutico que se poderia chamar de “método consumerista”, porquanto baseado no sistema do CDC. Assim como o art. 5º da Lei de Introdução ao Código Civil sempre foi visto como uma espécie de “reserva de justiça”, servindo como justificação legal para decisões mais ousadas, pode ser deferida ao CDC função parecida, algo como uma “reserva de Constituição”, sempre disponível ao juiz de índole constitucionalista.¹⁰⁹ A efetividade da Constituição, dessa forma, ganha um aliado de peso. E o CDC, como já foi dito, credencia-se como prestigioso mensageiro dos preceitos fundamentais da Constituição brasileira.¹¹⁰ Eis aí, em brevíssimas linhas, a descrição do fenômeno que ocupa o título deste trabalho: a “vocalização irradiante” do Código de Defesa do Consumidor.¹¹¹

¹⁰⁹ Sobre o juiz constitucionalista, confira-se Luiz Flávio Gomes, “Modelos de atuação judicial: rumo à constitucionalização do juiz do terceiro milênio”, in *Doutrina 2*, condenação de James Tubenchlak, Rio de Janeiro, Instituto de Direito, 1996.

¹¹⁰ Dessa forma, o direito do consumidor toma-se peça essencial dentro do processo de “constitucionalização” do Direito no Brasil, muito bem explorado por Luís Roberto Barroso (confira-se o recente “Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito”, *Revista da EMERJ* – Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, v. 9, n. 33, 2006.)

¹¹¹ Autores os mais ilustres mencionam o fenômeno. Gustavo Tepedino (“As relações de consumo e a nova teoria contratual”, *Temas de direito civil*, Rio de Janeiro, Renovar, 1999, p. 203), vê nos princípios insertos no Código do Consumidor “vocalização expansionista”, incidindo sobre toda a teoria contratual. Por seu turno, diz Cláudia Lima Marques (“Direitos básicos do consumidor na sociedade pós-moderna de serviços: o aparecimento de um sujeito novo e a realização de seus direitos”, *Revista de Direito do Consumidor*, n. 35, jul./set. 2000, p. 62): “O direito do consumidor é um instrumento poderoso, um usado setor de excelência a expandir seu campo de aplicação e a evoluir o direito pátrio.”

O fenômeno da vocação irradiante confirma o fato de ser o CDC uma das leis mais felizes do ordenamento nacional, em todos os tempos. Uma lei que, além de desempenhar com louvor as suas atribuições ordinárias, porta ainda o dom de iluminar e transformar a ordem jurídica total, não se contendo sequer no círculo já extenso do direito privado. Não por acaso o “método consumerista”, calçado na vocação irradiante do CDC, representa ótima via para a humanização da ordem jurídica pátria.

Fértil é o solo da vocação irradiante. Múltiplas aplicações práticas podem ser imaginadas, mas aqui, dado o que já nos estendemos, só cabem alguns poucos exemplos, seguidos de breves comentários.

Iniciemos pelo campo da informação, largamente explorado neste trabalho. Retome-se, a propósito, a doutrina de Luis Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho. Segundo este ilustre jurista, a dimensão coletiva das relações de consumo dá grande transcendência ao direito do consumidor, que passa a ser aplicado a outras relações igualmente marcadas pelo traço coletivo: “não é imprescindível que a relação seja de consumo para aplicar-se o sistema do Código: basta que a relação jurídica seja de caráter coletivo, ou seja, que congregue uma coletividade de pessoas.”¹¹² Como o direito de informação também possui dimensão coletiva, “a conclusão a que se chega é que os princípios gestores do Código do Consumidor podem ser aplicados ao direito de informação, pois há verdadeira confluência e pertinência entre as situações jurídicas.”¹¹³ Portanto, quando se fala de informação, há inegavelmente vocação irradiante das normas do CDC. E Grandinetti, como se viu, ousa ainda mais: a força irradiante do CDC alcança qualquer território timbrado pelo coletivo (como é o caso, vale ressaltar, das relações pertinentes ao direito ambiental), assumindo o CDC “a responsabilidade de inaugurar uma primeira sistematização dos direitos coletivos”.¹¹⁴

¹¹² L. G. Grandinetti Castanho de Carvalho, *Direito de informação e liberdade de expressão*, cit., p. 166.

¹¹³ L. G. Grandinetti Castanho de Carvalho, *Direito de informação e liberdade de expressão*, cit., pp. 166-167.

¹¹⁴ L. G. Grandinetti Castanho de Carvalho, *Direito de informação e liberdade de expressão*, cit., p. 216. Na mesma obra, tantas vezes aqui citada (escrita ao tempo do Código Civil de 1916), p. 214/215, vem a exemplificação: “(...) É certo que a responsabilidade objetiva, para ter aplicabilidade, carece de previsão legal. Mas a responsabilidade presumida pode ser invocada a partir da aplicação analógica do artigo 38 do Código do Consumidor, para as hipóteses de direito difuso e coletivo, uma vez que o artigo 159 do Código Civil, definitivamente, não pode ser imposto às relações de massa.”

Aduza-se que o princípio da dimensão coletiva das relações de consumo¹¹⁵ transcende também em outra direção, servindo para combater o individualismo ainda arraigado em nossa cultura jurídica, que amiúde só consegue enxergar os direitos fundamentais de primeira geração (dimensão). Nesse contexto, são considerados avançadíssimos entendimentos e decisões claramente anti-sociais, que privilegiam exageradamente os direitos individuais em detrimento da coletividade.¹¹⁶ É preciso lembrar porém — e a isso o CDC se presta muito bem — que o apego excessivo à primeira geração pode inviabilizar o fortalecimento das gerações seguintes, baseadas muito mais no coletivismo e na solidariedade. Dessa forma, o CDC e o seu princípio da dimensão coletiva aparecem como difusores de uma hermenêutica menos obcecada com o direito subjetivo, individual, e mais atenta aos pontos de vista comunitários. Tal combate ao individualismo é mais uma demonstração da valia do “método consumerista”.

Outra boa ilustração da vocação irradiante do CDC diz respeito ao princípio da vulnerabilidade do consumidor. A inversão do ônus da prova consiste em mecanismo dileto de facilitação da defesa dos direitos do consumidor (CDC, art. 6º, VIII), facilitação que por seu turno representa emanação direta do princípio da vulnerabilidade. Pois bem, é o CDC que prevê expressamente a inversão probatória. Mas o que impede a inversão fora da órbita consumerista, em casos nos quais se mostre patente a desigualdade das partes? Mesmo na falta de regra legal, a principiologia social da Constituição, em favor

¹¹⁵ Em artigo dedicado exatamente ao princípio, assim nos manifestamos (“O princípio da dimensão coletiva das relações de consumo...”, cit., p. 90/91, grifado no original): “Não há lides verdadeiramente individuais no campo das relações de consumo. Mesmo aquelas aparentemente individuais acham-se recobertas pela inevitável sombra de uma problemática muito mais ampla — coletiva! Assim, se um simplório radinho de pilha de determinada marca apresentou algum vício, provavelmente muitos outros da mesma marca ostentarão idêntica falha, prejudicando um número indeterminado de consumidores. Impossível e extremamente nocivo, portanto, cuidar das lides de consumo como se fossem lides individuais, impermeáveis à *sombra coletiva* de que falamos. (...) Portanto, a dimensão coletiva entranha-se na essência de qualquer matéria que envolva os direitos do consumidor. Natural, assim, tenha se esmerado o CDC em cevar institutos e temas profundamente relacionados ao fenômeno da coletivização”.

¹¹⁶ Atente-se a propósito para o que escreveu José Carlos Barbosa Moreira a respeito de uma interpretação excessivamente liberal no campo das provas ilícitas (“A Constituição e as provas ilícitamente obtidas”, *Temas de direito processual: sexta série*, São Paulo, Saraiva, 1997, p. 123): “[...] Temos, no particular, a penosa impressão de ver materializar-se aos nossos olhos autêntico fantasma retardatário de um tipo de individualismo exasperadamente anti-social, que supúnhamos exorcizado há muito tempo e em definitivo. Custa-nos crer que assombrações do gênero possam fazer boa companhia na marcha para a construção de uma sociedade mais civilizada.”

da parte hipossuficiente, deve falar mais alto, valendo-se para tanto de uma ferramenta polida no direito do consumidor.¹¹⁷ E essa irradiação da inversão do CDC será muito útil nos casos em que, malgrado o desequilíbrio entre as partes, houver dúvida quanto à natureza da relação, se consumerista ou não. Nesses casos, o intérprete preocupado com a igualdade terá uma boa alternativa para justificar a inversão: ou entende que a relação é realmente de consumo ou então endossa a teoria da vocação irradiante do CDC.

Ainda no campo processual, tome-se a sistemática altamente elogiada das ações coletivas do CDC. Cuida-se de sistemática feita sob medida para a facilitação da defesa dos direitos do consumidor, direito básico previsto no art. 6º, VIII, do CDC. Sem embargo, a sistemática transcende a defesa do consumidor. Nas palavras de Nelson Nery Jr., “podemos aproveitar o sistema processual do Código de Defesa do Consumidor para aplicá-lo a toda e qualquer ação coletiva *lato sensu* que esteja prevista no sistema do Direito Positivo brasileiro.”¹¹⁸ E mais: “O sistema do processo coletivo é formado, do ponto de vista infraconstitucional, pela Lei de Ação Civil Pública somada ao sistema processual do Código do Consumidor. Essas duas lides interagem entre si — uma remetendo a outra nos aspectos processuais — para formar o que podemos chamar de base fundamental do processo civil coletivo no Brasil.”¹¹⁹

O último exemplo da força irradiante do CDC talvez seja o mais óbvio. Refere-se ao princípio consumerista da boa-fé objetiva, reflexo imediato do forte apelo ético trazido pela Constituição de 1988. Boa-fé é algo que não pode faltar em qualquer relação jurídica, seja a relação pública ou privada. Nada melhor, pois, que o opera-

¹¹⁷ Tal posição é muito bem sustentada por Sandra Aparecida Sá dos Santos, *A inversão do ônus da prova: como garantia constitucional do devido processo legal*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2002. Pondera a autora (p. 98): “(...) Ocorre que existem outras hipóteses de desequilíbrio entre os litigantes, fora do âmbito das relações de consumo, em que a hipossuficiência de uma das partes, no tocante à impossibilidade material de produzir a prova, é tamanha, que chega a causar verdadeiras injustiças sociais.” E ao final da obra conclui (p. 108): “Os cidadãos devem ter à sua disposição instrumentos processuais para a concreta efetividade da tutela de seus direitos, motivo que, só por si, torna imprescindível a aplicação do instituto da inversão do ônus da prova, em qualquer relação de natureza civil, como garantia constitucional do devido processo legal.”

¹¹⁸ Nery Jr., “O sistema do processo coletivo e o interesse público”, in *Direito processual público: a Fazenda Pública em juízo*, coordenadores Carlos Ari Sundfeld e Cassio Scarpinella Bueno, São Paulo, Malheiros, 2000, p. 254.

¹¹⁹ Nery Jr., “O sistema do processo coletivo e o interesse público”, cit., p. 254.

dor jurídico tenha sempre em mente o referencial do princípio consumerista da boa-fé. Tão inevitável é a irradiação do princípio da boa-fé que ele restou positivado também pelo Código Civil de 2002. Agora, a mensagem ética da Constituição brasileira ganhou uma plataforma legal ainda mais sólida, capaz de espargir o imperativo da boa-fé sobre toda a superfície do nosso Direito, inclusive — e principalmente — sobre o direito público.

A propósito da ampliação da positividade do princípio da boa-fé objetiva, impõe-se reconhecer que o advento do Código Civil de 2002, encampando várias posições do CDC, diminuiu o peso da responsabilidade que este durante muito tempo carregou — a responsabilidade de comandar quase solitariamente, no plano legal, a renovação do direito privado brasileiro. Mas o fato não aboliu a transcendência do Código do Consumidor. Ao contrário, só confirmou a sua condição de arauto de uma nova ordem.

A vocação irradiante do CDC, insista-se, não pendurou as chuteiras. Continuará atuando por muito tempo. Proteger os mais fracos e estimular a boa-fé, afinal, são metas caras não só ao sistema consumerista, mas também prioritárias para a nação brasileira. Travamos uma luta difícilíssima contra a desigualdade e a corrupção, adversárias históricas e poderosas, verdadeiras cláusulas pétreas sociais. Em um *front* assim, não se pode abrir mão de qualquer instrumento em prol da transformação. Impõe-se o engajamento da dogmática e da hermenêutica jurídicas, devidamente redirecionadas. Nesse mutirão, o CDC, fonte abundante de cidadania e solidariedade, há de seguir precioso. Aliás, se a Carta de 1988 é a Constituição “cidadã”, o mesmo epíteto deve ser apostado ao CDC. É, sem favor algum, o Código “cidadão”¹²⁰, por isso mesmo repleto de transcendência dentro da realidade brasileira.

6. SÍNTESE FINAL: AS IDÉIAS PRINCIPAIS DO TEXTO

Seguem, de forma resumida, as idéias principais deste trabalho:

a) Vivemos a *era da informação*, com seus prodígios e proble-

¹²⁰Lapidar, a propósito, a frase proferida por José Reinaldo de Lima Lopes ao assumir, em 03/02/00, o cargo de diretor do Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor (DPDC) da Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça: “Consumidor é o novo nome do cidadão” (Diretor do Brasilcon assume DPDC, Justiça do Consumidor, informativo do Brasilcon, jan./mar. 2000, p. 7).

mas, tudo em escala superlativa. A abundância informativa pode gerar muita luz, mas também pode gerar confusão, mal-estar e desigualdade. De toda sorte, a era da informação veio para ficar. Resta-nos então lutar pelo triunfo dos bons frutos da revolução. Entra aí a importância do Direito. Deixar sem regulamentação uma questão tão essencial nos tempos atuais representa abrir caminho para a proliferação de abusos terríveis no campo informativo, tolerando-se sem resistência os aspectos mais sombrios dessa nova ordem. Não que o Direito, sozinho, tenha capacidade de arrostar e subjugar forças tão poderosas. Mas ele tem seu papel, sem dúvida alguma.

b) O direito do consumidor representa um *locus* privilegiado para o enfrentamento de alguns frutos podres da revolução informativa. No enquadramento jurídico da informação, portanto, o direito do consumidor exerce influência significativa. Ao mesmo tempo, a informação constitui importante bem de consumo. E o direito à informação adequada consiste em direito fundamental do consumidor. Temos assim um quadro de significativas influências recíprocas: por um lado, o direito do consumidor tem grande relevância no enquadramento jurídico do direito de informação; por outro, a informação é fundamental para o consumidor. Há verdadeira simbiose entre a tutela da informação e o direito do consumidor.

c) A transcendência da informação para o direito consumerista é refletida pelo CDC, que dedicou grande número de normas ao tema, materializando dessa forma o *princípio da transparência máxima das relações de consumo*. Tal princípio chama a atenção para uma das principais eficácias do CDC, a saber, a transferência intensa, para o fornecedor, de encargos e riscos antes suportados pelo consumidor. De fato, em que pese o destaque dado pela doutrina à inversão processual do ônus da prova, foi no campo substancial que o CDC mais se esmerou em matéria de inversões de ônus. Nesse sentido, a questão da informação é eloqüente: se antes o consumidor era quem tinha de correr atrás da informação, agora é esta que se deve oferecer ao consumidor, da forma mais abundante e límpida possível.

d) O princípio da transparência máxima tem incidência generalizada, ampla. A transparência e a informação são exigidas em

todos os cômodos do direito do consumidor, até mesmo na área processual. Nesta, vários são os planos em que a influência do princípio da transparência é sentida. As relações entre informação e processo comportam quatro estações: i) a informação antes do processo; ii) a informação de dentro para fora do processo; iii) a informação endoprocessual; e iv) a informação como cerne do processo.

e) A análise da jurisprudência brasileira dos últimos anos, notadamente no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, comprova, no plano prático, o tratamento primoroso dado pelo CDC à questão da informação. O estatuto consumerista, apoiado pela jurisprudência pátria, reconhece plenamente a autonomia e a essencialidade da informação nos dias de hoje. Dificilmente se verá outro setor normativo, no direito brasileiro, que dedique tanta atenção à informação e ao princípio da transparência. Confirmando assim a sua atualidade, o CDC brasileiro arrosta com louvor o imenso desafio da regulação da informação, mostrando que é possível contar com meios jurídicos eficazes na busca de informação massiva de qualidade. Esse é o primeiro ponto vital a ser destacado pelo presente trabalho.

f) A atenção toda especial devotada à informação pelo CDC reflete claramente a ordem constitucional. Quando falamos no princípio da transparência máxima das relações de consumo, é também de valores constitucionais fundamentais que estamos tratando. A mesma transparência que se exige no plano consumerista deve existir, segundo a Constituição, na globalidade da ordem jurídica, sobretudo na esfera pública. Essa afinidade no campo da informação entre o CDC e a Constituição é sugestiva. Ela nos induz a perguntar: será que tamanha afinidade se registraria também em outras matérias?

g) Cotejando-se rapidamente os princípios maiores do CDC e os valores capitais da nossa ordem constitucional, percebe-se a empatia entre as respectivas tábuas axiológicas. Defender o consumidor vulnerável é, evidentemente, contribuir para a redução das desigualdades. Zelar pelo primado da boa-fé nas inumeráveis relações de consumo cotidianamente travadas significa, outrossim, lutar pelo advento de um país mais ético e limpo, tal como desejado pela nossa Lei Maior. Vê-se portanto que o setor da informação ilus-

tra bem a harmonia existente entre CDC e Constituição, mas se trata apenas de uma ilustração, porque o fenômeno é muito mais abrangente. Alto é o teor de constitucionalidade dos princípios maiores do CDC.

h) Os grandes princípios do CDC não se limitam a repercutir expressivamente o panteão axiológico da Constituição (o que já seria extraordinário). Eles vão além, tocando nos anseios supremos da nação, secularmente afligida pelos problemas da desigualdade e da frouxidão moral.

i) Se o sistema geral do CDC reproduz fielmente valores constitucionais os mais relevantes, pode-se dizer sem receio que assume o CDC a condição de valioso instrumento legal de propagação da Constituição "cidadã". É o arauto, o enviado, o profeta da nova ordem, função extremamente importante em um país que só agora vai amadurecendo uma cultura de respeito à Constituição. Daí brotam efeitos hermenêuticos notáveis, "internos" e "externos".

j) Os efeitos externos são ainda mais admiráveis do que os internos. Enquanto estes favorecem a força normativa do CDC, aqueles tonificam a normatividade da própria Constituição! Ou seja, em um primeiro momento a Constituição alavanca o CDC. Depois, é a vez deste retribuir a ajuda.

l) A sintonia entre CDC e Constituição estimula a aplicação de princípios e técnicas previstas no estatuto do consumidor a relações não consumeristas, já que se trata de princípios e técnicas soprados diretamente pela ordem constitucional. Mas não se cuida apenas da eventual incidência do CDC a relações não incluídas propriamente no âmbito do direito do consumidor. É muito mais. O CDC, na condição de qualificado arauto da ordem constitucional e condutor de valores de primeira grandeza, torna-se protagonista da cena hermenêutica no Brasil. Com isso, apresenta-se em nosso Direito um método hermenêutico que se poderia chamar de "método consumerista", porquanto baseado no sistema do CDC. É, em outras palavras, a "vocaçãõ irradiante" do CDC, grande aliada na luta pela efetividade da Constituição do Brasil.

m) O advento do Código Civil de 2002, encampando várias posições do CDC, diminuiu o peso da responsabilidade que este du-

rante muito tempo carregou — a responsabilidade de comandar quase solitariamente, no plano legal, a renovação do direito privado brasileiro. Mas o fato não aboliu a transcendência do Código do Consumidor. A vocação irradiante do CDC continuará atuando por muito tempo. Proteger os mais fracos e estimular a boa-fé, afinal, são metas caras não só ao sistema consumerista, mas também prioritárias para a nação brasileira.

n) Se a Carta de 1988 é a Constituição “cidadã”, o mesmo epíteto deve ser apostado ao CDC. É, sem favor algum, o Código “cidadão”, por isso mesmo repleto de transcendência dentro da realidade nacional.☞

Relativização da Coisa Julgada

Alessandro Rostagno

*Advogado em São Paulo-SP e Vitória-ES.
Professor no Estado de SP e da EMERJ.*

1. RESUMO

Não raro o jurisdicionado se depara com situações extremamente conflitantes, ditadas por turmas ou câmaras de tribunais, negando uma verdade real diante de uma verdade meramente formal ou ficta. Se a ciência do direito se ampara em proposições verdadeiras, extraídas de um sistema de interpretação, causa certa perplexidade quando se adota uma postura com condicionamento não verdadeiro. A preocupação ainda é maior quando a decisão que transitou em julgado já não comporta sequer a ação rescisória de que trata o art. 485 do Código de Processo Civil, porque atingida pelo prazo decadencial dos dois anos, embora com matéria de considerável relevância, a indicar caminho para se chegar a uma verdade real.

O tema aborda uma constatação que não pode ser ignorada: a inquietação quanto à possibilidade ou não de se discutir o mérito de uma sentença já alcançada pela coisa julgada material e pela impossibilidade da ação rescisória do art. 485 já mencionado, como, a título de exemplos, na descoberta do pai biológico, após o exame DNA, quando sentença bem anterior ao exame já havia atribuído a paternidade a outrem; quando filho adotivo menor descobre o verdadeiro pai, pretendendo então a declaração da nulidade da adoção e o registro do pai biológico no assento de nascimento; quando a sentença impõe condenação vexatória à Fazenda Pública, fruto de questionáveis perícias ou levantamentos, feitos sem nenhuma metodologia e com fortes indícios de má-fé.

O presente trabalho propõe uma reflexão ou um repensar do conceito de coisa julgada material, afastando da decadência questões que, pela ética, boa-fé e moralidade, possam ser objeto de reexame, não em grau de recurso, mas através de ação de conhecimento de natureza declaratória ou constitutiva.

2. INTRODUÇÃO

Compreender o direito e aplicá-lo é uma árdua tarefa. Compreender é buscar o significado de alguma coisa em função das razões que a orientam. Não basta detectarmos o fato e encaixá-lo a uma lei geral e abstrata dando-lhe concretude, como se a subsunção da premissa menor à premissa maior conferisse uma solução necessária, mediante operação puramente formal, como observa com rigorosa precisão a professora Margarida Maria Lacombe Camargo.¹

É, pois, tarefa das mais difíceis definir o direito, mormente em seu aspecto ético. Relembra Miguel Reale que a conceituação ética do direito, que coloca a coação como elemento externo e não como elemento intrínseco da própria vida jurídica, não coube a um jurista, mas sim ao poeta Dante Alighieri, para quem *o direito é uma proporção real e pessoal, de homem para homem, que, conservada, conserva a sociedade; corrompida, corrompe-a*.²

Essa definição está justamente na distinção que se faz dos direitos reais e pessoais; direito sobre uma coisa (*jus in rem*) e o direito em face de uma pessoa (*jus in personam*).

De fato, o direito não é qualquer relação entre os homens, mas relação que implica uma proporcionalidade de valores, cuja medida é o próprio homem, tendendo a uma convivência harmônica e sempre visando ao bem comum. Toda a vida social é invadida e dominada pelo direito, tanto nas suas mais humildes como nas suas mais solenes manifestações, sendo infinitas as relações que ele origina, *quer essas relações sejam apenas de homens, quer sejam entre o indivíduo e o grupo social, a família, o município, o Estado a que pertence, quer, finalmente, entre vários grupos*, no dizer de Ruggiero.³

¹ *Hermenêutica e argumentação*, p. 13/14.

² Dante ALIGHIERI, *apud* Miguel REALE, *Lições preliminares de direito*, p. 60.

³ Roberto de RUGGIERO, *Instituições de direito civil*, 1 v., p. 26.

Depois de afirmar, em sua célebre introdução, que o encontro com o direito é diversificado, às vezes conflitivo e incoerente, às vezes linear e conseqüente, Tércio Sampaio Ferraz Jr esclarece que o direito aparece, para o vulgo, como um complicado mundo de contradições e coerências, pois, em seu nome tanto se vêem respaldadas as crenças em uma sociedade ordenada, quanto se agitam a revolução e a desordem. O direito contém, ao mesmo tempo, as filosofias da obediência e da revolta, servindo para expressar e produzir a aceitação do *status quo*, da situação existente, mas aparecendo também como sustentação moral da indignação e da rebelião.⁴

Indubitável que quanto maior a incoerência e contradição no conceito das normas de um direito, menos são possíveis as definições, como alertou Hegel, ao exemplificar que *nenhuma definição de homem será possível no direito romano, pois não seria possível subsumir-lhe aquele de escravo, cujo estado é, antes de mais nada, uma violação a esse conceito*.⁵

Se o direito é um conjunto de regras estabelecidas pela sociedade organizada, cumpre indagar a que serve esse conjunto de regras e como aplicá-lo, diante de pluralidade de concepções epistemológico-jurídicas ricas em conceitos estruturais.

Com os avanços da biomedicina, tornou-se fácil apurar a paternidade. Mas como fica a situação do investigador que obteve uma sentença declaratória da paternidade atribuída a um suposto pai, com base em prova exclusivamente testemunhal, quando, anos depois, se descobre o pai biológico por intermédio do exame DNA?

E a situação da Fazenda Pública que se vê condenada a valores incompatíveis com a ética, com a moral e com a lealdade processual, muitas vezes pela inércia ou negligência de sua própria procuradoria, quando, em fase posterior ao trânsito em julgado do *decisum*, se descobre erro material ou má-fé quando da elaboração de perícia? Seria justo que toda a sociedade fosse sacrificada pelo desvio de conduta de seus agentes, sem que tivesse instrumento efi-

⁴Tércio Sampaio FERRAZ JR, Introdução ao estudo do direito, p. 31.

⁵George Wilhelm Friedrich HEGEL, 1770-1831, professor da Universidade de Berlim, onde ingressou em 1817, tornando-se Reitor em 1829. Princípios da filosofia do direito, p. 40.

caz para restabelecer a ordem, mesmo depois do prazo decadencial da ação rescisória?

São algumas reflexões propostas nestas desprezenciosas linhas.

3. ABORDAGEM FILOSÓFICA E CIENTÍFICA DO DIREITO

Teoricamente não existe uma norma expressa capaz de trazer à tona a verdade real, depois do efeito da imutabilidade da sentença e do decurso do prazo decadencial de dois anos, para a ação rescisória do art. 485 do Código de Processo Civil. A ordem jurídica dá uma proteção toda especial à verdade formal ou ficta do *decisum*, em detrimento da verdade real.

Diante dessa lacuna, já se afirmou a possibilidade da aplicação do direito natural, para corrigir erro grave e restabelecer a noção de sentença justa, premiando a ética e a boa-fé.

De fato. Um dos enfoques da ciência do direito decorre justamente da distinção feita pelo pensamento jurídico ocidental entre direito natural e direito positivo. Entendia-se aquele ora como emanado da própria *natureza*, ora como derivado de Deus ou ainda da *razão*; e este uma ordem coativa de elaboração do homem, pressupondo uma organização político-social para a sua efetivação, que é o Estado. Nota marcante é que o direito natural se sobrepõe ao próprio Estado.⁶

A concepção do direito natural como fruto da razão, desenvolvida notavelmente pelos pensadores estóicos, esteve presente na ideologia da maior parte dos juristas romanos. Em sua época, eles desenvolveram o *ius gentium*, corpo de direito positivo surgido na prática jurídica em resposta à necessidade de resolver os casos concretos em que se chocavam os interesses de cidadãos romanos com os de outros indivíduos que, por não desfrutarem dessa condição, não estavam sujeitos à aplicação do direito romano. O direito dos povos formou-se mediante a aplicação de princípios racionais, que presumivelmente seriam comuns a todos os seres humanos, romanos ou não; isso o aproximou, de alguma maneira, do direito natural preconizado pelos filósofos, embora, diferentemente deste, sua aplicação prática fosse imediata.

⁶Edinaldo de HOLANDA BORGES, *Teoria científica do direito*, p. 79.

A figura singular de Tomás de Aquino sintetizou as diversas correntes do pensamento filosófico e teológico medieval, fazendo-as confluir numa admirável síntese harmônica. Com respeito ao direito, estabeleceu a distinção entre direito divino, direito natural e lei humana. Nesses três tipos de direito, segundo Tomás de Aquino,⁷ era essencial o componente racional. As bases para o advento do pensamento renascentista estavam lançadas.

Uma ordenação jurídica sem necessidade de órgão exterior de coação, se identificaria, segundo Kelsen, com uma ordenação anárquica, acrescentando *que toda teoria anarquista não é outra coisa senão uma teoria de Direito Natural*.⁸

Hugo Grocio distingue de forma célebre o direito natural do direito positivo. Para ele:

*O direito natural é um ditame da justa razão destinado a mostrar que um ato é moralmente torpe ou moralmente necessário segundo seja ou não conforme à própria natureza racional do homem, e a mostrar que tal ato é, em consequência disto, vetado ou comandado por Deus, enquanto autor da natureza (De jure belli ac pacis 1, 10).*⁹

O direito natural se funda na reta razão, em que o homem é capaz de se conduzir segundo regras abstratas. Nessa concepção, a *recta ratio* é a capacidade que tem o próprio homem em determinar regras de valor e do bem comum.

É o direito natural um fim intrínseco e necessário da realização da natureza humana, para preservar uma sociedade justa.

⁷ Em Política, Santo Tomás distingue três tipos de lei, que dirigem a comunidade ao bem comum. O primeiro é constituído pela lei natural (conservação da vida, geração e educação dos filhos, desejo da verdade); o segundo inclui as leis humanas ou positivas, estabelecidas pelo homem com base na lei natural e dirigida à utilidade comum; finalmente, a lei divina guiará o homem à consecução de seu fim sobrenatural, enquanto alma imortal (Santo TOMÁS DE AQUINO, *Vida e Obra*, Consultoria Carlos Lopes de Mattos, Nova Cultural, 1996, p. 13).

⁸ Hans KELSEN, *apud* Edinaldo de HOLANDA BORGES, *Teoria científica do direito*, p. 79.

⁹ Hugo GRÓCIO, 1583 - 1645, advogado protestante holandês, erudito e aventureiro, um dos pensadores mais influentes da ciência jurídica e política jusnaturalista, em razão do impulso que deu à doutrina do direito natural no século XVII, com sua clássica obra *Droit de la guerre et de la paix* (F. Chatelet, O. Duhamel, E. Pisier. Dicionário das Obras Políticas, RJ: Civilização Brasileira, 1993, p. 424-431).

Uma de suas características reside em sua imutabilidade, em oposição ao direito positivo, que é mutável e que encontra seu fundamento no pacto social.

A assertiva da imutabilidade do direito natural, levou Hobbes a construir, por necessidade intelectual, o pacto social como irrevogável. Hobbes dissolve, desde logo, o contrato social no pacto de submissão, pelo qual a sociedade abandona imediatamente os seus direitos naturais a favor do soberano, de tal modo que, *como resultado só restam um estado de natureza desprovido de direito e um direito positivo absoluto*.¹⁰

Há quem sustente, nos dias de hoje,¹¹ estar o direito natural totalmente positivado nas sociedades modernas, fruto de uma legislação, mormente constitucional, voltada para os direitos e garantias fundamentais, como ocorre no nosso país.¹² Paulo Bonavides, discorrendo sobre o positivismo jurídico e o ingresso dos princípios nos Códigos, lembra que o advento da Escola Histórica do Direito e a elaboração dos Códigos de então *precipitaram a decadência do Direito Natural clássico, fomentando, ao mesmo passo, desde o século XIX até a primeira metade deste século, a expansão doutrinária do positivismo jurídico*.¹³ É uma clara alusão de que os princípios do jusnaturalismo foram fortemente utilizados e positivados tanto nas constituições quanto nos Códigos editados a partir do século XIX.

Independentemente ou não da positivação, certo é que a expressão *direito natural que hoje caiu em desuso para designar a Filosofia do Direito já indica, de certa forma, o caráter crítico dessa disciplina*.¹⁴ Se em desuso a expressão, não deixa o direito natural de suscitar sedutor e eterno debate, principalmente pela grandeza e

¹⁰ Franz WIEACKER, *História do direito privado moderno*, p. 302.

¹¹ A esse respeito J. J. Gomes CANOTILHO, ao dispor que: *Os direitos fundamentais serão estudados enquanto direitos jurídico-positivamente vigentes numa ordem constitucional. Como iremos ver, o local exacto desta positivação jurídica é a constituição. A positivação de direitos fundamentais significa a incorporação na ordem jurídica positiva dos direitos considerados naturais e inalienáveis do indivíduo.* (Direito constitucional e teoria da constituição, p. 353).

¹² A Constituição Federal de 1988 contempla esses direitos e garantias nos artigos 5º a 11.

¹³ Paulo BONAVIDES, *Curso de direito constitucional*, p. 235.

¹⁴ Franco MONTORO, *Estudos de filosofia do direito*, p. 33.

magnitude de sua concepção inicial.¹⁵ Afinal, na concepção de Ruggiero:

[...] quando o sentimento geral do justo e do eqüitativo já se traduz em preceitos positivos, temos normas jurídicas, mas apenas enquanto são ditadas pelo poder soberano que deve reconhecimento àquela consciência social; quando ainda se não traduz, não se pode falar de regras de direito, mas antes de princípios morais ou sociais, que aspiram a tornar-se direito e a modificar o que existe. O direito natural é, pois, apenas um conceito especulativo que, no entanto, teve e tem uma grande influência, não só na ciência jurídica mas também sobre a legislação.¹⁶

Certo que o direito positivo é formado pelo conjunto de normas jurídicas válidas. Não há confundir, porém, direito positivo e ciência do direito. Característica da ciência do direito é ter as demais fontes por objeto de estudo. Sua finalidade é cognoscitiva; o discurso é descritivo.

Em contrapartida, o direito positivo não tem discurso descritivo e sim prescritivo. Quanto ao modo de abordagem e ao modo de encarar o direito, o positivismo jurídico responde a este problema considerando o direito como um fato e não como um valor,¹⁷ em oposição à teoria tridimensional do direito, que dá realce ao valor.¹⁸

O positivismo, embora surgido no século XIX com Augusto Comte, teve suas bases sistematizadas com Bacon, Hobbes¹⁹ e

¹⁵ Neste sentido Franz WIEACKER, ao afirmar que: *o próprio direito natural é, por um lado, uma questão permanente do homem teórico acerca do seu lugar na sociedade e, como tal, uma filosofia social; mas, por outro lado, é uma tradição cultural que se mantém desde os inícios da filosofia helenística até a atualidade* (História do direito privado moderno, p. 280).

¹⁶ Roberto de RUGGIERO, *Instituições de direito civil*, p. 46-47.

¹⁷ Norberto BOBBIO, *O positivismo jurídico*, p. 131.

¹⁸ Miguel REALE, *Lições preliminares de direito*, p. 64.

¹⁹ Thomas HOBBS, 1588-1679, filósofo inglês, partidário do poder absoluto que admite, ao mesmo tempo, o pacto social. Hobbes não estabelece contradição entre o pacto e o absolutismo; quando bem compreendido, o pacto

Hume²⁰. Juridicamente, coube a Kelsen formular conceito próprio do positivismo, nos clássicos *Teoria Pura do Direito* e *Teoria Geral do Direito e do Estado*.

Villey enumera correntes modernas da Filosofia do Direito, relacionadas às doutrinas dos grandes filósofos do passado, como o neotomismo, o neokantismo, o positivismo científico e o positivismo jurídico.²¹ Além desses enfoques, acrescenta MONTORO tendências atuais de maior importância, como o movimento fenomenológico e a Filosofia analítica da linguagem.²²

Pela intuição de Villey, deve-se reconhecer ao direito outras fontes além das legislativas, porém fontes objetivas, acessíveis a todos. Sugere e aponta a grande vantagem que seria em restaurar a antiga noção jurídica do direito natural, noção geralmente incompreendida porque deformada, falsificada, desde o início dos tempos modernos pelos moralistas e sociólogos. Conclui que *o imenso mérito do antigo direito natural clássico foi determinar a parte que cabe à lei (ao direito positivo) e a que cabe, pela invenção das soluções do direito, à observação da natureza, da realidade social.*²³

Essa observação da natureza e da realidade social, que decorre do direito natural, acaba dando ao intérprete bases sólidas e um campo fértil de decidibilidade, no momento da aplicação do direito ao caso concreto.

conduziria necessariamente ao absolutismo. Daí ser Hobbes absolutista sem ser teólogo; não deriva o absolutismo de um direito divino, mas do pacto. Publicou *Elementos de lei natural e política* (1640), *Leviatã* ou *matéria, forma e poder de uma comunidade eclesástica e civil* (1651), suas principais obras (Hobbes vida e obra, São Paulo: Nova Cultural, 1997, p. 5-19).

²⁰ David HUME, 1711-1776, filósofo escocês empirista, publicou o *Tratado da natureza humana* (1739), *Ensaios morais e políticos* (1741 e 1748), *Investigação acerca do entendimento humano* (1748), *Investigação sobre os princípios da moral* (1751), como obras principais. Concebeu a filosofia como ciência indutiva da natureza humana e chegou à conclusão de que o homem é muito mais um ser prático e sensitivo do que racional. Foi fator essencial na formulação do positivismo de Augusto Comte (1798-1857), no utilitarismo de Jeremy Bentham (1748-1832) e influiu ainda mais profundamente no pensamento de John Stuart Mill (1806-1873). No século XX, os positivistas lógicos devem muito aos fundamentos que Hume lançou para o desenvolvimento de uma teoria da significação. (Hume vida e obra, São Paulo: Nova Cultural, 1996, p. 5-13).

²¹ VILLEY, *apud* Franco MONTORO, *Estudos de filosofia do direito*, p. 37.

²² Franco MONTORO, *Estudos de filosofia do direito*, p. 41.

²³ Michel VILLEY, *Filosofia do direito*, p. 170.

É claro que a função de julgar é do Estado, já que a justiça é uma de suas funções essenciais. Porém, embora seja uma função do Estado, perfeitamente viável a simplificação de seus atos, a redução de suas atividades e a aplicação do direito com novos princípios, sem o apego exagerado ao positivismo, mas com a sensatez jusnaturalista.

4. DA COISA JULGADA

Depois de afirmar que sentença é, através da história, o ato jurisdicional por excelência, Liebman ratifica ser esse um *ato de autoridade, dotado de eficácia vinculativa, contendo a formulação da vontade normativa do Estado para o caso submetido a julgamento*.²⁴

Se a sentença retrata a vontade normativa do Estado, tem-se que, vencidos todos os prazos de recursos, essa decisão se torna lei entre as partes, faz coisa julgada formal e material, ficando sujeita apenas à ação rescisória nas estreitas hipóteses do art. 485 do Código de Processo Civil e ainda aos efeitos da decadência, se a rescisória não for ajuizada no prazo de dois anos.

Pertinente que se dê tratamento diferenciado à coisa julgada, diante de decisum proferido sem obediência a princípios estabelecidos na Constituição Federal, às vezes até de forma implícita, como os da proporcionalidade, razoabilidade e boa-fé. Só uma interpretação voltada aos princípios constitucionais, divorciada da gramaticidade da lei civil instrumental, poderia oferecer resposta às questões levantadas no início desta abordagem.

Se é certo que a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada (Art. 5º, XXXVI da CF), certo também que só protegerá a coisa julgada se o ato de origem se revestiu da mais absoluta legalidade e boa-fé, respaldados no preâmbulo da Carta Política de 1988, que contempla um Estado democrático que se destina a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, a igualdade e a justiça como valores supremos.

²⁴Enrico Tullio LIEBMAN, Manual de direito processual civil, p. 42.

5. HERMENÊUTICA, TÓPICA E JURISPRUDÊNCIA

A hermenêutica pode ser entendida como a verdadeira teoria científica da arte da interpretação.

A lei positiva é sempre formulada em termos gerais. Fixa regra, consolida princípios, estabelece normas em linguagem precisa, porém ampla. A tarefa primordial do Judiciário é justamente a pesquisa da relação entre o texto abstrato e o caso concreto, entre a norma jurídica e o fato social, quando chamada a decidir os conflitos.

As várias correntes filosóficas que pensaram o direito a partir do século XIX e, principalmente, os pensadores modernos, se preocuparam e se preocupam sobremaneira sobre os valores que servem de essência ao próprio direito, que são basicamente a *justiça*, a *certeza* e a *segurança*²⁵, numa inequívoca demonstração da prevalência dos valores éticos. Tanto é verdade que o nosso Código Civil de 2002 se inspirou em três valores considerados essenciais: eticidade, socialidade e operabilidade²⁶, divorciando-se do Código de 1916, de índole marcadamente individualista e formal.

A hermenêutica tem como pressuposto básico um julgamento ético e moral, como assinala Carlos Maximiliano:

*A órbita do Direito e a da Moral são concêntricas; e o raio da última é o mais longo: muita coisa fulminada pela ética é tolerada pelas leis; por outro lado, tudo o que os textos exigem ou protegem está de acordo com o senso moral médio da coletividade. Em resumo: não pode haver Direito contra a Moral, embora nem todos os ditames desta encontrem sanção nos Códigos. Por isso, leis positivas, usos, costumes e atos jurídicos interpretam-se de acordo com a ética; exegese contrária a esta jamais prevalecerá.*²⁷

²⁵ Vide, a propósito, o ensaio da professora Margarida Maria LACOMBE CAMARGO, in *Hermenêutica e argumentação*, p. 63.

²⁶ Miguel REALE, *Revista de Direito Privado* nº 09, 2002, "Visão geral do novo Código Civil", p. 11.

²⁷ MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. 18ª ed. Forense, Rio, 1998, p.160/161.

No mesmo raciocínio o pensamento do professor José Renato Nalini.²⁸

O certo é que o sistema fechado do processo naufragou ao longo do tempo. A falência de conceitos estruturais positivistas é retratada na generalizada insatisfação da sociedade brasileira num todo, levando constantemente o legislador a sucessivas reformas, numa tendência cada vez mais acentuada, porém frustrante, de diminuir o fosso existente entre o Poder Judiciário e o jurisdicionado.

Uma interpretação voltada aos princípios fundamentais e es-tribada em valores éticos e morais, poderia justificar a rescindibilidade da sentença acobertada pela coisa julgada material, bastando que a provocação se dirija a um grau hierárquico superior àquele que a proferiu.

Nessa dicotomia de prevalecer a verdade real ou a verdade ficta originária do trânsito em julgado de uma sentença injusta, talvez a tópica da argumentação jurisprudencial viesse contribuir para um novo enfoque. O ponto mais importante no exame da tópica constitui a afirmação de que se trata de uma *techne* do pensamento que se orienta para o problema²⁹.

6. PRINCÍPIOS DA PROPORCIONALIDADE OU DA RAZOABILIDADE

A partir da Constituição de 1988, um campo de conhecimento até então pouco debatido, passou a suscitar elucidativo debate, de modo a contribuir com a hermenêutica. Trata-se da adoção do princípio da proporcionalidade ou da razoabilidade. Embora não seja novo o tema, só a partir da nossa atual Carta Política é que sua dimensão passou a ser observada, mormente no campo do direito público.³⁰

²⁸ É sua a observação de que *no desempenho de suas funções jurisdicionais, deve o juiz manter-se sintonizado com a realidade social que o envolve, procurando, a cada demanda que lhe toca, decidir de forma criativa, aplicando a lei abstrata de modo mais amplo e inteligente e interpretando com largueza formas estáticas do processo, que, por sua rigidez, levam à ineficiência das instituições e ao desprestígio da Justiça* (Ética Geral e Profissional, ed. RT, São Paulo, 1998, p. 239).

²⁹ Theodor VIEWYG, *Tópica e jurisprudência*, p. 33.

³⁰ Margarida Maria LACOMBE CAMARGO, *ob. cit.*, p. 270.

O princípio da proporcionalidade ou razoabilidade é um parâmetro de valoração dos atos do poder público para aferir se eles se pautam num valor fundamental: a justiça. Sendo mais fácil de ser sentido do que conceituado, o princípio se dilui, comumente, em um conjunto de proposições que não o libertam de uma dimensão excessivamente subjetiva. É *razoável* ou proporcional o que seja conforme a razão, supondo equilíbrio, moderação e harmonia; o que não seja arbitrário ou caprichoso; o que corresponda ao senso comum, aos valores vigentes em dado momento ou lugar. Há autores, mesmo, que recorrem ao direito natural como fundamento para a aplicação da regra da razoabilidade, embora possa ela radicar perfeitamente nos princípios gerais da hermenêutica.

A essência do Estado de Direito sempre traz em si, de modo inseparável, a proteção aos direitos fundamentais, sendo a proporcionalidade instrumento assegurado desses direitos, redundando em última análise, na concretização do Estado de Direito, como, aliás, contemplado no preâmbulo da Constituição Federal.³¹

Nessa ótica, a proporcionalidade nada mais é do que um instrumento concretizador desses direitos fundamentais, na medida em que impede a atuação abusiva do Poder Público, aí incluído o Judiciário.

Poderia se pensar na aplicação desse princípio para restabelecer a verdade real, negada em sentença injusta. Afinal, o princípio da proporcionalidade não é só um elemento de concretização dos direitos fundamentais; em decorrência de sua vital importância, há de ser aplicado, também, na via jurisdicional, para corrigir o erro gritante, a sentença injusta enfim.

Cabe à ciência jurídica a função não só de impor regras ao comportamento individual e social do homem e do Estado, mas, acima de tudo, garantir o fortalecimento das instituições responsáveis pelo desenvolvimento da pessoa humana, estabelecidas na Constituição, como os princípios da legalidade, da moralidade, da eficácia, da impessoalidade e da justiça.

³¹ Suzana de Toledo BARROS, O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais, p. 95/96.

Ao princípio da moralidade subordina-se qualquer conduta estatal ou privada. A este princípio se submete a supremacia da própria lei.

A lei, ao ser aplicada pelo Judiciário, está diretamente vinculada aos princípios da moralidade e da legalidade, só se solidificando quando não expressar abuso. A decisão do Judiciário deve exprimir confiança e se pautar na boa-fé.

Quando o art. 37 da Constituição Federal contemplou obediência aos princípios de legalidade e moralidade, dentre outros, o fez para abranger qualquer dos Poderes. Logo, nenhuma prerrogativa excepcional pode ser outorgada à sentença judicial que provoque choque com o sistema constitucional.

Dentro do padrão ético, o Estado não pode proteger sentença judicial, mesmo transitada em julgado, que entre em conflito com os princípios da moralidade e da legalidade. Há que prevalecer a verdade real, a realidade dos fatos.

7. RESCINDIBILIDADE DA SENTENÇA INJUSTA

A sentença injusta, aos olhos do leigo, corresponde à negação do direito. Em havendo *error in procedendo* ou *error in iudicando* numa sentença, o ato deve ser combatido via recurso. Transitando em julgado a sentença, por falta de recurso ou pelo esgotamento das vias recursais, só resta ao vencido a ação rescisória, nas hipóteses do art. 485 do Código de Processo Civil, oponível em órgão hierárquico superior no prazo de dois anos, a contar da data do trânsito em julgado, sob pena de decadência do direito àquela ação.

Mas há hipóteses em que se justifica plenamente a rescisão da sentença, quando acoimada de injusta não pela valoração da prova, mas para premiar a legalidade, a moralidade e a boa-fé, quando diante de descoberta da verdade real, que deve se sobrepor à verdade ficta.

No início de 1998 sustentou o E. STJ que *a existência de um exame pelo DNA posterior ao feito já julgado, com decisão transitada em julgado, reconhecendo a paternidade, não tem o condão de reabrir a questão com uma declaratória para negar a paternidade, sendo certo que o julgado está coberto pela certeza jurídica conferida*

*pela coisa julgada*³². Mas já havia naquele sodalício corrente de pensamento que propugnava mudanças. Lavrando Acórdão, certa feita teve o Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira a oportunidade de admitir a possibilidade de se discutir, em ação de investigação de paternidade, o registro do pai biológico no assento de nascimento, quando já havia adoção muito anterior à investigatória. Ficou patente no Acórdão que: *Saber a verdade sobre sua paternidade é um legítimo interesse da criança, um direito humano que nenhuma lei e nenhuma Corte pode frustrar.*

Fruto de um amadurecimento do pensamento jurisprudencial, a Corte infraconstitucional tem mitigado os efeitos da coisa julgada.³³

Há que se repensar o conceito da coisa julgada material, mormente quando a sociedade se vê diante de avanços tecnológicos no campo da informática e da biomedicina. Dar à coisa julgada material o manto da irretratabilidade incondicional, muitas vezes leva o jurisdicionado e, porque não dizer, a sociedade, a uma frustração incompatível com os desígnios da lei fundamental, calcada na boa-fé e na moralidade.

Para arrematar, a lúcida posição estampada por José Augusto Delgado, para quem:

A sentença não pode expressar comando acima das regras postas na Constituição nem violentar os caminhos da natureza, por exemplo, determinando que alguém seja filho de outrem, quando a ciência demonstra que não o é. Será que a

³² *Espera-se que o STJ venha repensar a posição firmada em maio de 1998, quando editou Acórdão, em REsp: Ação de negativa de paternidade. Exame pelo DNA posterior ao processo de investigação de paternidade. Coisa julgada. 1. Seria terrificante para o exercício da jurisdição que fosse abandonada a regra absoluta da coisa julgada que confere ao processo judicial força para garantir a convivência social, dirimindo os conflitos existentes. Se, fora dos casos nos quais a própria lei retira a força da coisa julgada, pudesse o magistrado abrir as comportas dos feitos já julgados para rever as decisões não haveria como vencer o caos social que se instalaria. A regra do art. 468 do Código de Processo Civil é libertadora. Ela assegura que o exercício da jurisdição completa-se com o último julgado, que se torna inatingível, insuscetível de modificação, e a sabedoria do Código é revelada pelas amplas possibilidades recursais e, até mesmo, pela abertura da via rescisória naqueles casos precisos que estão elencados no art. 485. 2. Assim, a existência de um exame pelo DNA posterior ao feito já julgado, com decisão transitada em julgado, reconhecendo a paternidade, não tem o condão de reabrir a questão com uma declaratória para negar a paternidade, sendo certo que o julgado está coberto pela certeza jurídica conferida pela coisa julgada. 3. Recurso Especial conhecido e provido. Por unanimidade, conhecer do Recurso Especial e dar-lhe provimento. (STJ - Recurso Especial (REsp) - nº 107248 - GO - Rip: 199600571295 - Rel. Carlos Alberto Menezes Direito 3ª T - j. 07/05/1998).GN.*

³³ STJ - Resp. 226.436-PR.

sentença, mesmo transitada em julgado, tem valor maior que a regra científica? É dado ao juiz esse poder absoluto de contrariar a própria ciência? A resposta, com certeza é de cunho negativo.

A sentença transitada em julgado, em época alguma, pode, por exemplo, ser considerada definitiva e produtora de efeitos concretos, quando determinar, com base exclusivamente em provas testemunhais e documentais, que alguém é filho de determinada pessoa e, posteriormente, exame de DNA comprove o contrário.³⁴

A tópica trabalha justamente com problemas. O órgão jurisdicional examina o problema suscitado, à luz da ética, da boa-fé e dos princípios constitucionais. Dos problemas propostos surgem as jurisprudências. Das jurisprudências, a possibilidade de súmulas, editadas por força dos incidentes de uniformização, tornando-se precedentes para aplicação do direito ao caso concreto.

8. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Há que se repensar o atual modelo de justiça, na busca ideal de uma interpretação que se amolde aos princípios fundamentais, sem as amarras do pragmatismo, tornando-o compatível com a evolução da sociedade, que está, cada vez mais, a exigir novos métodos de aplicação do direito.

Não resta dúvida que o tema tem sido objeto de constante debate, suscitando questionamento cada vez maior.

De ver-se que a coisa julgada não pode se sobrepor aos princípios da moralidade e da legalidade. Nem tampouco aos princípios da proporcionalidade ou da razoabilidade.

A sentença, embora coberta com o manto da coisa julgada, não pode ser veículo de injustiça e de certeza quanto à verdade real. Esta deve prevalecer sobre a verdade ficta ou meramente formal.

A imperatividade da coisa julgada, aqui tida como de natureza relativa, pode ser revista, em qualquer tempo, quando eivada de

³⁴ "Pontos polêmicos das ações de indenização de áreas naturais protegidas". REPRO 103, p.21.

vício grave, capaz de produzir conseqüências que alterem o estado natural das coisas; que estipule obrigações para o Estado ou para o cidadão, ou para pessoas jurídicas, que não sejam amparadas pelo direito...

Urge que o sistema legislativo dê sua contribuição para diminuir o fosso existente entre o jurisdicionado e o Judiciário. O magistrado, na sua sublime função de julgar, deve ter às mãos mecanismos institucionais para dinamizar a justiça. Sem esses instrumentos, sem esses mecanismos, continuaremos a ter um Judiciário capenga, burocrático, sem a efetividade e o dinamismo almejado pela sociedade.

Convém lembrar a necessidade de se ter um magistrado comprometido com a filosofia humanística do direito. Sem essa sensibilidade, sem a exata noção de princípios constitucionais, tende o positivismo a alargar ainda mais esse fosso entre a verdade real e a verdade ficta produzida pela coisa julgada, principalmente quando envolver interesses da família e da Fazenda Pública.☺

Do Excessivo Caráter Aberto da Lei de Improbidade Administrativa

Mauro Roberto Gomes de Mattos
Advogado na área Administrativa, de Trabalho e Seguridade Social.

I - IMPROBIDADE

A Lei de Improbidade Administrativa nasceu do Projeto de Lei nº. 1.446/91, enviado ao Congresso Nacional pelo então Presidente Fernando Collor de Mello, que necessitava dar um basta à onda de corrupção que assolava o País naquela época.

Motivado pelo princípio da moralidade, o Ministro da Justiça do citado governo, Jarbas Passarinho,¹ deixou registrado em sua Exposição de Motivos que o combate à corrupção era necessário, pois se trata de “uma das maiores mazelas que, infelizmente, ainda afligem o País”.

Sempre foi uma cultura nefasta em nosso país, como nos países da América do Sul, ver os homens públicos desrespeitando as suas funções pelos seus maus-tratos à coisa pública, em prejuízo à coletividade. Ora, a corrupção atrasou muitos povos do nosso continente, que obtiveram dos políticos o retrocesso e a conduta desleal, em vez de zelarem pela boa e pura intenção dos seus atos.

A Lei de Improbidade Administrativa nasceu com a finalidade de combater atos que afetem a moralidade e maltratem a coisa pública.

Todavia, como a lei em comento possui comandos muito abertos, é necessário que haja uma certa prudência no ingresso de ações

¹ DO de 17.08.91, Seção I, p. 14.124

de improbidade administrativa, para que não seja enfraquecida e se torne impotente, vulgarizando-se pelo excesso da sua utilização, para os casos que não comportem o devido enquadramento.

Isto porque, o comando legal em questão se preocupou apenas em definir os tipos da improbidade administrativa (arts. 9º, 10 e 11), sem, contudo, definir o que venha a ser ato ímprobo.

Ao deixar de definir o conteúdo jurídico do que venha a ser o ato de improbidade administrativa, a Lei nº 8.429/92 permitiu ao intérprete uma utilização ampla da ação de improbidade administrativa, gerando grandes equívocos, pois possibilitou que atos administrativos ilegais, instituídos sem má-fé, ou sem prejuízo ao ente público fossem confundidos com os tipos previstos na presente lei.

Tal equívoco, como dito, é fruto da falta de uma definição jurídica do ato de improbidade administrativa, apresentando-se, portanto, como norma de conteúdo incompleto.²

A lei em questão se assemelha com a norma penal em branco, cujo “aperfeiçoamento” fica por conta de quem interpreta ou aplica a lei de improbidade administrativa.

Em direito penal, tem sido chamado de norma em branco, o que foi assinalado em primeiro lugar pelo jurista germânico Binding, para designar o comando legal que contém determinada sanção, “mas cujo preceito aparece incompleto devendo ser integrado através de outra lei.”³

São “normas jurídicas não autônomas”, segundo Kelsen,⁴ ou equivalente às proposições jurídicas incompletas, dita por Larenz,⁵ extensiva, analogicamente, para a totalidade dos ramos do direito, mas também e não-somente para o direito penal.

² A norma penal só gera consequência jurídica quando é clara e precisa, ou é conectada com outro comando legal afim de ter eficácia. Por isso, Fábio Konder Comparato, esclareceu: “A lei em branco, muito ao contrário, apresenta-se como norma de conteúdo incompleto, e cujo aperfeiçoamento só é alcançado mediante reenvio a outro diploma normativo, já existente ou a ser futuramente editado.” (COMPARATO, Fábio Konder. “Lei Penal em Branco: Inconstitucionalidade de sua Integração por Norma de Novel Infralegal – Os Crimes de Perigo são Crimes de Resultado”, in *Direito Público, Estudos e Pareceres*, Saraiva, São Paulo, 1996, p. 269.

³ Cf. SILVA, Juary C. *Elementos de Direito Tributário*, Saraiva, 1998, São Paulo, p. 63.

⁴ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*, traduzido por João Batista Machado, Ed. Martins Fontes, 1987, Porto Alegre, p. 60.

⁵ LARENZ, Karl. *cit. Ant.*, p. 305.

Para ter validade, a norma em branco necessita da integração legislativa de outro texto legal, para que não fique vaga e incompleta determinada conduta combatida pelo ordenamento jurídico. Ora, se a lei em debate deixa de grafar o que ela entende como ato de improbidade, partindo dos seus três tipos, sem definir o conteúdo principal, não é difícil imaginar as graves e grandes injustiças que serão praticadas aos direitos dos agentes públicos, pois a interpretação da norma, nem sempre será a mais adequada, dado o seu inconcebível caráter de indefinição. A falta de explicitação da definição legislativa do ato de improbidade do agente público gera um poder ilimitado de punição aos agentes públicos, mesmo que a conduta pública não contenha nenhuma devassidão ou má-fé no trato da coisa pública, relembrando as sábias palavras de Helmut Coing, citadas por Karl Larenz:⁶ *“todo poder de um hombre sobre otro hombre tiene que ser limitado. El poder ilimitado contradice el Derecho.”* A vinculação a norma jurídica, a que alude o Estado Democrático de Direito, parte do pressuposto de que a norma legal será completa, não necessitando de esforço de interpretação ou da boa vontade do Administrador Público, visto que a conduta a ser repelida pelo texto legal deve estar claramente delineada, objetivamente que não ocorra excessiva discricionariedade na verificação do ato ímprobo.

É o chamado direito justo considerado por Karl Larenz,⁷ como *“razonablemente conseqüente”*, aquele que possui a proposição jurídica completa, resultante de uma clara definição dos critérios objetivos da proibição de determinada conduta do agente público.

Para se extrair o real sentido da definição do ato de improbidade administrativa, a Lei nº 8.429/92 deveria ser bem elucidativa, definindo o seu conteúdo, de forma objetiva para após estabelecer os seus três tipos, que certamente estaria conjugado com a respectiva essência do ato ímprobo.

Como há a respectiva carência, aguarda-se a providência de novo texto legislativo, com a finalidade de dar efetividade à falha

⁶ COING, Helmut, *Grundzüge der Rechtsphilosophie*, 3ª ed., 1997, apud LARENZ, Karl, *Derecho Justo, Fundamentos de Ética Jurídica*, traduzido por Luiz Díez-Picazo, Ed. Civitas, 1993, Madrid, p. 150.

⁷ LARENZ, Karl, *Derecho Justo, Fundamentos de Ética Jurídica*, cit. Ant., p. 30.

legislativa já declinada, porque senão permanecerá aberto o caráter da norma.

E assim porque “a segunda norma, através da qual o domínio de validade da primeira é limitado, é uma norma não-autônoma. Aquela apenas faz sentido em combinação com esta. Ambas formam uma unidade.”⁸

O dever de identificar com clareza e precisão os elementos definidores do ato de improbidade administrativa competia à Lei nº 8.429/92, que preferiu se omitir sobre tal questão, fixando apenas os seus três tipos.

A acusação, desatenta, desatrelada de um mínimo de plausibilidade jurídica é possibilitada pelo caráter aberto da norma *sub oculis*, que preferiu não esclarecer o seu entendimento sobre o ato de improbidade administrativa.

Tal qual o ato de tipificação penal, era dever indelegável da Lei nº 8.429/92 identificar com clareza e precisão, os elementos definidores da conduta de improbidade administrativa, para, após, fixar os seus tipos e as devidas sanções.

A definição de improbidade administrativa não pode ser um “cheque em branco”, pois a segurança jurídica que permeia um Estado Democrático de Direito como o nosso não permite essa insegurança jurídica.

Perfeita foi a síntese do Min. Celso de Mello em seu voto de Relator, pelo Plenário da Excelsa Corte, no processo de Extradicação nº 633:⁹

“O ato de tipificação penal impõe ao Estado o dever de identificar com clareza e precisão, os elementos definidores da conduta delituosa. As normas de incriminação que desatendem essa exigência de objetividade – além de descumprirem a função de garantia que é inerente ao tipo penal – qualificam-se como expressão de um discurso normativo absoluto

⁸KELSEN, Hans, *Teoria Pura do Direito*, tradução de João Baptista Machado, Ed. Martins Fontes, 1987, Rio Grande do Sul, p. 60.

⁹STF, Rel. Min. Celso de Mello, Ext. 633/CH, Pleno, DJ de 6.04.2001, p. 67.

incompatível com a essência da norma dos princípios que estruturam o sistema penal no contexto dos regimes democráticos.” (g.n.)

Mesmo focando o aspecto penal, o princípio pode ser aplicado subsidiariamente ao caso em comento, como já dito, pois uma norma penal em branco é tida como “um corpo errante sem alma”, assemelhando-se à Lei de Improbidade Administrativa que deixou de estabelecer, com clareza e precisão a definição jurídica da conduta ímproba, ficando a mesma sem conteúdo descritivo, o que eleva a possibilidade do manejo indevido do número de ações deste tipo.

Mais uma vez, louvando-se nas colocações do Min. Celso de Mello, extrai-se:¹⁰

“O reconhecimento da possibilidade de instituição de estruturas típicas flexíveis não confere ao Estado o poder de construir figuras penais com utilização, pelo legislador, de expressões ambíguas, vagas, imprecisas e indefinidas. É que o regime de indeterminação do tipo penal implica, em última análise, a própria subversão do postulado constitucional da reserva de lei, daí resultando, com efeito consequencial, imediato, o gravíssimo comprometimento do sistema das liberdades públicas.”

Como a Lei de Improbidade Administrativa é infraconstitucional, concebida para dar efetividade ao art. 37, § 4º, da CF, ela possui o dever de permitir que todos os agentes públicos saibam, em primeiro lugar, qual é o ato tido como ímprobo, para após terem ciência dos seus tipos legais e das conseqüentes e graves sanções.

Esse raciocínio legal deflui do princípio do *due process of law* (art. 5º, LIV, CF/88), capaz de evitar a aniquilação do princípio do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, LV, CF/88) que repugna tal falha legislativa, capaz de propiciar a utilização indevida de ações de improbidade administrativa.

¹⁰STF, Rel. Min. Celso de Mello, Ext. 633/CH, Pleno, DJ de 6.04.2001, p. 67.

Partindo dos tipos, sem prescrever a conduta específica que estabelece o alcance do ato de improbidade administrativa, a Lei nº 8.429/92 se afigura, ao que Karl Lanrenz denomina de “proposições jurídicas incompletas”¹¹, como vaga e imprecisa. Por isso é que deixamos nítido em nosso **Limite da Improbidade Administrativa – Direitos e Garantias dos Administrados dentro da Lei nº 8.429/92**, Ed. América Jurídica, 2004, toda a nossa preocupação com a indeterminação da presente lei, a qual permite que se confunda o ato desastrado e inábil, com o ímprobo, que traz na sua essência a devassidão e a imoralidade. É a mesma situação, em outras palavras, de enquadrar-se o ato probado, construído de boa-fé, como se ele fosse ímprobo.

Deve, portanto, o aplicador da norma ter prudência e evitar que a utilização da lei em destaque seja de uma forma ampla, geral e irrestrita, direcionada para qualquer ato tido como ilegal. Esta não é e nunca será a vontade do legislador, que visa punir apenas o agente público ou o terceiro que desonrem e lesem ao erário de forma efetiva e consciente, tendo o elemento subjetivo do tipo o dolo, pois o direito atual não se identifica com os tempos da inquisição, quando ninguém tinha meios de saber se estava sendo acusado e, menos ainda, de que o acusavam.

Partir-se do enriquecimento ilícito, do prejuízo ao ente público e da violação aos princípios da administração pública, contidos nos arts. 9º, 10 e 11, da Lei nº 8.429/92, sem deixar tipificado ante o entendimento do legislativo da conduta ímproba é de sobremaneira perigoso, pois a indefinição será a marca registrada que antecede aos citados tipos da lei de improbidade administrativa.

Essa falha legislativa lembra as colocações combatidas por Henri Deroche, no sentido de que não se pode ter como premissa o seguinte fato, de que: *“Las relaciones con la Administración se presentan a nivel como dialéctica del señor y del esclavo.”*¹²

A dignidade do agente público não pode ser violada indevidamente. Infelizmente a Lei nº 8.429/92 é falha, necessitando

¹¹ LARENZ, Karl, *Metodologia da Ciência do Direito*, traduzido por José Lamego, Fundação Calouste Gulbenkian, 2ª ed., Lisboa, p. 305.

¹² DEROCHE, Henri. *Les Mythes Administratifs*, 1966, Paris, p. 114. *apud* Jesús González Peres, *La ética en la Administración Pública*, 2ª ed., Civitas, Madrid, p. 51/52.

de integração de outra norma legislativa capaz de definir, objetivamente, o ato de improbidade administrativa e não resta dúvida de que tal tarefa compete ao legislador infraconstitucional, pois a CF (art. 37, § 4º) estabelece que serão combatidos os atos de improbidade administrativa, na forma e gradação previstas em lei.

Assim sendo, como a citada falha é uma realidade, para se limitar o arbítrio do “soberano” intérprete da lei, há que se ter cautela na admissibilidade de ações de improbidade administrativa, que abarrotam o Poder Judiciário, dado o caráter aberto da norma em questão, que permite exatamente se confundir um ato administrativo ilegal com o ato administrativo ímprobo.

Destarte, conclui-se que o excessivo caráter aberto da citada lei permite a possibilidade de ser utilizada a ação de improbidade administrativa de forma irresponsável.☐

Grande Homenagem ao Diretor-Geral da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

No dia 24 de maio último, a Assembléia Legislativa do nosso Estado rendeu ao Desembargador PAULO ROBERTO LEITE VENTURA, Diretor-Geral da EMERJ, significativa homenagem, quando conferiu-lhe o título de Cidadão Benemérito do Estado.

A solenidade se realizou no auditório Desembargador Nelson Ribeiro Alves, da Escola. A mesa principal foi composta pelo Exmo. Senhor Presidente do Tribunal de Justiça/RJ, Desembargador Sergio Cavalieri Filho, e pela representante da Assembléia Legislativa, Sua Excelência a Deputada Aparecida Gama, autora da proposição, além de figuras destacadas do Corpo Legislativo Estadual e do próprio Poder Judiciário.

Por ocasião de sua saudação ao Diretor Paulo Roberto Leite Ventura ressaltou a digníssima Deputada:

“V. Ex^a. talvez não se lembre, mas, escolhendo a sede desta prestigiada Escola da Magistratura, que dirige, para receber este título, repete o gesto solidário de um fraterno amigo seu, Jorge Alberto Romeiro Junior, aqui presente, que, na década de 90, fez questão de ser agraciado com a mesma distinção honorífica no recinto do Tribunal de Alçada Criminal, que então presidia, manifestando a intenção generosa de compartilhar a homenagem com todos os juízes e serventuários daquela Corte, conforme registram os seus anais.”

Seguem-se a saudação da Deputada Aparecida Gama e a manifestação de agradecimento do Desembargador Paulo Roberto Leite Ventura pela homenagem recebida.

SAUDAÇÃO DA DEPUTADA APARECIDA GAMA AO DESEMBARGADOR PAULO ROBERTO LEITE VENTURA

Senhor Desembargador Paulo Roberto Leite Ventura

Esta numerosa e seleta platéia de admiradores e amigos seus, que ocupa este anfiteatro, já basta para abonar o acerto da minha indicação do seu ilustre e respeitado nome para integrar o rol dos Cidadãos Beneméritos do nosso Estado.

V.Exa. talvez não se lembre, mas, escolhendo a sede desta prestigiada Escola da Magistratura, que preside, para receber este título, repete o gesto solidário de um fraterno amigo seu, Jorge Alberto Romeiro Jr., aqui presente e que, na década de 90, fez questão de ser agraciado com a mesma distinção honorífica no recinto do Tribunal de Alçada Criminal que então presidia, manifestando a intenção generosa de compartilhar a homenagem com todos os juízes e serventuários daquela Corte, conforme registram os seus anais.

Uma breve resenha sobre alguns fatos marcantes do seu perfil vale, por si só, para justificar a concessão desta mercê.

V. Exa. é um legítimo carioca, torcedor do Vasco da Gama, nascido em 11 de fevereiro de 1940 com excelente descendência: filho do Desembargador Alcides Carlos Ventura e de Dona Lea Leite Ventura. Numa feliz união que caminha para a comemoração de bodas de ouro, é casado com Maria Aparecida Cardoso Ventura, a famosa Dona Cida que lhe deu os filhos Rodrigo e Flávia, esta, mãe de seus dois netos Matheus e Pedro.

Completo seus estudos superiores em 1964, bacharelando-se em Ciências Jurídicas na Faculdade de Direito da Universidade Federal Fluminense.

Advogou por 8 anos, integrando durante esse tempo o Conselho Seccional e o Tribunal de Ética Profissional, ambos da OAB do antigo Estado do Rio de Janeiro.

Porém, antes de completar 10 anos de formado, resolveu seguir a mesma carreira de seu estimado pai. Assim, em 1972, ingressou na Magistratura fluminense depois de ser aprovado em 2º lugar no concurso de provas e títulos que propiciou o seu ingresso nesta

função difícil para onde convergem toda sorte de dramas humanos na esperança de uma solução.

O seu relevo no mundo jurídico, entretanto, remonta a 1967, quando V. Exa. iniciou uma brilhante trajetória docente na órbita universitária, destacando-se como professor de Direito e Processo Penal.

Essa dicotomia de atividades constitucionalmente permitidas, com certeza, lhe inspirou a deixar para a posteridade, por enquanto, quatro apreciadas obras: **Direito Penal Resumido**, **Direito Processual Penal Resumido**, **Crimes Contra o Patrimônio – Doutrina e Jurisprudência** e **O Tribunal do Júri. Indagações, Questão e Jurisprudência**.

V.Exa. exerceu com proficiência sua jurisdição, como juiz de direito, nas Comarcas de Itaocara, São João da Barra, São Gonçalo e Nova Iguaçu, mas foi no 4º Tribunal do Júri desta capital que sua atuação teve grande realce, sendo realizados mais de 1.500 julgamentos populares sob a sua Presidência.

Contaram-me pessoas que lhe são íntimas que, lá, V.Exa. inaugurou um método singular de interrogar aqueles réus que, tentando negar a existência vadia própria dos meliantes, se apresentavam falsamente como mecânicos, cozinheiros, bombeiros, marceneiros etc.

Procurando acabar de vez com aquela incômoda conduta que costumava suscitar muitas dúvidas entre os jurados, V.Exa. resolveu se dedicar a um pormenorizado estudo sob a técnica e as peculiaridades de cada um desses apregoados ofícios, levando, dali pra frente, ao desespero os acusados que, em plenário, inventavam exercer tais atividades, com perguntas específicas que só os verdadeiros profissionais saberiam responder.

Despiciendo acrescentar que essa prática mentirosa não teve mais lugar naquele Tribunal enquanto V.Exa. o presidiu. Em contrapartida, V.Exa. saiu do novo aprendizado com inúmeras aptidões, que valorizaram ainda mais o seu currículo, principalmente dentro do lar.

Promovido a Juiz do Tribunal de Alçada Criminal, V.Exa. não demorou a ser eleito o seu Presidente, impondo àquele órgão, hoje já extinto, uma gestão regida por bons exemplos de equilíbrio e competência.

Ingressando no Tribunal de Justiça por merecimento, a sua presença nesta Casa elevou mais ainda a projeção já alcançada na Magistratura fluminense, pela sabedoria e a erudição demonstradas como desembargador e bem refletidas, por sinal, nas publicações dos acórdãos de sua lavra que ilustram nossos repertórios de jurisprudência.

V.Exa. é o atual Presidente da 1ª Câmara Criminal, membro efetivo do Órgão Especial e, eleito por seus pares, o Diretor-Geral desta respeitada EMERJ, da qual já era conferencista. Integrou também, como examinador titular de Direito Processual Penal, a banca do concurso para o ingresso da Magistratura de Carreira deste Estado.

Jacques Cousteau dizia que o destino costumava reservar às pessoas de prestígio dois ramais antagônicos de percurso profissional: uma rota para o fracasso ou uma avenida para o sucesso.

Ressumbra que V.Exa. trilhou esse derradeiro caminho. O fato notório independe de provas.

Acho que V.Exa. se realizou plenamente, sob o prisma vocacional, em todos os aspectos ocupados no exercício desta nobre função que, segundo alguns, chega a nivelar os homens a Deus.

E, na direção desta Academia de Direito, voltada para a formação de magistrados, V.Exa. é considerado, nessa vitoriosa escalada, o homem certo no lugar exato, porque pode, com a maior autoridade, ministrar e mandar transmitir a jovens, com a esperança de fazer uma carreira igual à sua, a melhor de todas as orientações, haurida nos seus êxitos de bom magistrado e eficiente professor de Direito.

Por tudo isso, Desembargador Paulo Ventura, é uma experiência marcante para esta modesta deputada, contribuindo também para a harmonia dos nossos Poderes Legislativo e Judiciário, comparecer a esta Casa de Cultura para lhe outorgar agora, em nome da ALERJ, este título de benemerência de sua iniciativa.

V.Exa., por certo, o reunirá com orgulho às nove comendas que já recebeu.

Muito obrigada.

PRONUNCIAMENTO DO DESEMBARGADOR PAULO ROBERTO LEITE VENTURA

Tocado no mais profundo da minha sensibilidade, logo perguntei a mim mesmo a razão pela qual seria eu merecedor de tamanha honraria para receber o título de benemérito do Estado do Rio de Janeiro.

Procurei, então, saber o significado da palavra benemérito. Benemérito é aquela pessoa que merece recompensa, que é digna de honras, prêmios e louvores por serviços importantes, por ser ilustre, distinto.

Conhecendo-me o suficiente para identificar as minhas inúmeras limitações, a ponto de me situar no plano de horizontalidade, até sem expressão relevante, logo concluí não ser merecedor desta homenagem tão significativa, que deveria ser dispensada àquelas pessoas que se destacassem, por seu talento, cultura expressiva e espírito público, na constelação social em que vivem, sobretudo neste momento histórico que vivemos, atravessando a mais gritante crise ética e moral. Época da celebração da impunidade.

Mas, apesar desta ponderação, voltei a me perguntar: por que dirigida a mim esta homenagem?

Numa retrospectiva da minha vida de homem público, não encontrei aqueles predicados que dariam suporte à outorga desta honraria, pois afinal, modestamente, nesses 34 anos de magistratura, a única coisa de extraordinário que fiz foi procurar guardar uma fé inabalável na Justiça do meu Estado, vivendo e pregando, todo dia e o dia todo, a verdadeira religião com que celebrei a mais pura e mais profunda ética do magistrado. Nos momentos mais difíceis procurei sempre ser sereno na distribuição da Justiça, porque, não obstante imparcial, jamais me mantive neutro na medida em que queria dar a cada um o que era seu. Quem sabe se por este meu proceder estaria a razão desta homenagem? Mas isto é muito pouco, por ser dever maior de todo Magistrado assim se conduzir.

Então pensei mais. Quem sabe hoje estou sendo homenageado porque jamais esqueci a lição de Calamandrei, quando advertiu que “para encontrar a Justiça, é preciso ser-lhe fiel”?

Será que, porque sempre fui fiel à Justiça, sempre a encontrei? E mais, será que, porque a ela me submeti primeiro, soube submeter todos aqueles que julguei? Será por que, submetendo todos a ela, sempre fui assíduo ao Pretório, dispensando atenção aos que me foram submetidos para julgar? Será que por isto sou merecedor desta homenagem? Ora, isto era ou não era o meu dever como Magistrado?

Pensei mais. Será que hoje me homenageiam, outorgando-me tão expressivo título benemérito do Estado do Rio de Janeiro, por simples amabilidade da Deputada Aparecida Gama? Será por que, nos dias de hoje, uma aura de heroísmo envolve a figura do magistrado, cujo desassombro é ressaltado nos instantes de crispação histórica, em que encarna os mais vibrantes anseios do povo, que nele identifica claramente o seu campeão e a ele confia as derradeiras esperanças dos perseguidos e injustiçados? Será por que o magistrado de hoje é aquele que rompe a multidão aflita e contemplativa, e com coragem e independência enxuga o rosto do irmão, molhado de suor e sangue, que tem sede e fome de justiça? Mas a todos indago: não é desta forma que o Magistrado deve atuar?

Estou entendendo que esta homenagem quer realçar a coragem dos magistrados que estão resistindo a inúmeros ataques contra a dignidade do Juiz, pois a esperada Reforma do Judiciário decorrente da Emenda Constitucional nº. 45/2005 não traduziu, como todos queriam, a efetiva reforma estrutural da Justiça Brasileira, porque efetivamente não atendeu a todas as expectativas, desalentando aqueles que, como nós juizes, nutriam enorme esperança de que a justiça seria completamente remodelada a partir da sua promulgação.

Compreendo esta homenagem como uma mensagem de estímulo, na medida em que adverte de que mais do que o domínio das técnicas jurídicas, o juiz de hoje e de amanhã precisa ter consciência de que ele concretiza ou sepulta valores. A homenagem deixa claro que o Juiz é o guardião das promessas do constituinte. É o implementador de tudo aquilo que o povo, mediante seus representantes, quis que a justiça propiciasse à nação.

Percebo que esta homenagem, em verdade, é direcionada ao nosso Tribunal de Justiça, hoje considerado o melhor do país e que tem a conduzir os seus destinos o Desembargador Sergio Cavalieri

Filho, um notável jurista, um magistrado respeitado e independente, um administrador exemplar que vem zelando pela transparência dos seus atos, não medindo esforços para manter unidos, no mesmo ideal de Justiça, todos os magistrados fluminenses; imprimindo na sua profícua gestão uma dinâmica de trabalho jamais vivida na história do nosso Judiciário, com bravura não permitindo a procrastinação dos feitos, insistindo na produtividade com qualidade; tanto que em nosso Tribunal não se represa a distribuição dos feitos, pois para isso vem contando com o apoio irrestrito dos 160 desembargadores que o integram - o que representa um desembargador para cada cem mil habitantes do nosso Estado -, como também vem contando com a compreensão de setecentos magistrados de primeiro grau - o que representa um juiz para aproximadamente setenta mil habitantes do Estado -, todos conscientes de que cada grupo de quinze habitantes do Estado deflagra uma ação penal enquanto que cada grupo de 10 habitantes deflagra uma ação cível. Um Tribunal modelar que julgou no ano passado 98% dos recursos distribuídos, ou seja, julgou 111.531 recursos em prazo médio de julgamento que não excedeu a marca de 122 dias. Não fosse a dedicação do nosso presidente Cavalieri, ao cumprir um plano de administração notável, o primeiro grau não teria conseguido julgar, no ano passado, 900.233 ações. Esta homenagem, senhores e senhoras, se fui eu o escolhido, na verdade é direcionada à administração do nosso Tribunal e, ao recebê-la, dedico-a ao meu presidente Sergio Cavalieri. E assim o faço com gesto de meu reconhecimento, por ter o Des. Sergio Cavalieri mostrado ao jurisdicionado a cara do nosso Judiciário, a ele facilitando o acesso à justiça, totalmente informatizada em nosso Estado.

Enfim, depois de muito meditar e refletir, entendi a verdadeira razão desta homenagem, episodicamente a mim deferida. Conclui que esta homenagem é direcionada, também, a todos os Juízes fluminenses, e só assim eu a recebo, por ser exatamente um Juiz, o remédio contra a implosão das sociedades democráticas, que não conseguem administrar satisfatoriamente a complexidade e a diversificação que elas mesmas geraram.

Recebo este título de Benemérito do Estado do Rio de Janeiro muito consciente da sua alta significação. Vou emoldurá-lo e colocá-lo bem à minha frente para poder lembrar sempre de todos os meus

colegas de magistratura, Magistrados fluminenses, julgadores prudentes, severos, sem injúria nem dureza; inflexíveis sem arrogância; retos sem asperezas; doutos, doutíssimos, diligentes, laboriosos. Sensatos, equilibrados, amigos de todos, inimigos de ninguém. Juízes fluminenses, meus colegas, Juízes de carne e osso, que nascem, sofrem, e, ainda que não queiram morrer, morrem; Juízes que são fins em si mesmos, não somente meios; Juízes enfim que buscam a cada dia, com suas decisões, aquilo que podemos chamar de felicidade na distribuição da justiça. Juízes, meus colegas, permitam que com vocês eu divida esta homenagem e, ao recebê-la, dedico-a, de igual, por inteira a vocês.

Finalmente, à Deputada Aparecida Gama, de tanta tradição no Legislativo Fluminense, não sei como agradecer tamanha gentileza para comigo, porém sempre aprendi que às coisas do carinho se retribui com as coisas do coração.

Ao Desembargador Romeiro Junior, velho companheiro de caminhada pela Justiça fluminense, digo que suas palavras tocaram o meu sentimento. Vou guardá-las para sempre, certo, contudo, de que representam a explosão de uma amizade irmã que cresce sem cessar.

Todos os amigos que aqui compareceram, recebam o meu afetuosos abraço com a certeza da minha amizade.

Concluo, deixando no ar, para uma reflexão motivadora, este notável poema de Fernando Pessoa, para que prossigamos, cada um de nós no seu caminho pela vida, sempre firmes na busca por uma ética centrada na humanidade:

*"Para ser grande, sê inteiro: nada
Teu exagera ou exclui.
Sê todo em cada coisa. Põe quanto és
No mínimo que fazes.
Assim como em cada lago a lua toda
Brilha, porque alta vive".*

Muito obrigado. 📧