

ISSN 1415-4951



REVISTA

EMERJ

Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro - Vol. 11 - Nº 42 - 2008



ISSN 1415-4951
(versão impressa)

REVISTA DA

EMMERJ

v. 11 - n. 42 - 2008
Abril/Maio/Junho

Rio de Janeiro

© 2008, 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; Min. Luiz Fux; Des. Semy Glanz; Des. Laerson Mauro; Des. Sergio Cavalieri Filho; Des. Wilson Marques; Des. Eduardo Sócrates Castanheira Sarmiento; Des. Jorge de Miranda Magalhães; Des. Paulo Roberto Leite Ventura; Des. Letícia de Faria Sardas; Des. José Carlos Barbosa Moreira; Des. Décio Xavier Gama; Des. Jessé Torres Pereira Júnior.

Coordenador Editorial: Des. Décio Xavier Gama.

Produção Gráfico-Editorial: Divisão de Publicações da EMERJ.

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

Impressão: Divisão de Artes Gráficas - TJ/RJ.

Tiragem: 3.500 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.

Edição Especial 2007. Comemorativa do Octogésimo Ano do Código de Menores Mello Mattos.

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: 20020-903 - Rio de Janeiro - RJ
Telefones: (21) 3133-3400 / 3133-3471 / 3133-3376 - 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. Nildson Araújo da Cruz

Des. José Carlos Maldonado de Carvalho

Des. Antonio Carlos Esteves Torres

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

Des. Amaury Arruda de Souza

Coordenador 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



EMERJ

Apresentação

Em tempos de epidemia, que atingiu cerca 100.000 pessoas com dezenas de mortes só no Estado do Rio de Janeiro e que preocupa todas as famílias, não há como não se eleger o tema e trazê-lo para o debate, ante o dever que incumbe a cada um de nós, ou a toda a população, de contribuir de algum modo para debelar esse mal que atinge quase todos os estados do Brasil. Estamos, ainda, com índices de pleno incremento da epidemia, fato que nos autoriza a introduzir aqui a matéria, mesmo, em simples apresentação de uma Revista que só se ocupa de temas jurídicos.

Todo cidadão deve ser mais um a pensar sempre no problema e a destinar um pouco de seu tempo a impedir o crescimento da epidemia de dengue, para que não sejamos atingidos por ela. Assim, as causas da febre tão conhecida de nós, que já ceifou vidas principalmente de crianças que vivem nas regiões carentes, devem merecer a atenção de todos, com redobrado cuidado para locais infestados possivelmente pelo mosquito transmissor. Um pouco de tempo de cada um basta para denunciar às autoridades águas paradas, em locais propícios à sobrevivência daquele mosquito. Todos, pensando e agindo nos limites de nossas possibilidades, somaremos uma gigantesca atividade solidária aos que possam ser atingidos pelo mal e recebam o benefício de recuperarem a saúde ou lograrem o tratamento. Porque, asseguram os médicos, a recaída da dengue pode levá-la à fase mais severa, com a sua versão hemorrágica.

ÍNDICES DA REVISTA - Já lançamos índices em duas oportunidades. No número 21, publicamos dois índices, por assunto e por nome dos autores, que abrangeram toda a matéria, do nº 1 ao nº 20 da Revista. Com o número 32, lançamos às páginas 285 a 327 índices do período posterior (do nº 21 ao nº 31).

Devemos, contudo, ressaltar que, na nossa página na Internet (www.emerj.rj.gov.br), na seção onde se encontram os sumários de todas as Revistas até agora editadas, os índices por assunto e por autor posteriores ao nº 31 foram acrescentados àqueles índices gerais.

Décio Xavier Gama

Desembargador-Coordenador da Revista da EMERJ



EMERJ

SUMÁRIO

As Licitações e Contratações Públicas no Cenário da Governança Eletrônica 17

Jessé Torres Pereira Júnior

Desembargador do TJ/RJ.

Marinês Restelatto Dotti

Advogada da União. Especialista em Direito do Estado/ UFRGS.

1. Introdução. 2. O conceito de governança. 3. O fenômeno da globalização. 4. Políticas públicas de inclusão digital e de aperfeiçoamento da função administrativa estatal. 5. Os desafios da governança eletrônica. 6. Linhas de ação da governança eletrônica. 7. Efetivação da governança eletrônica. 8. A governança eletrônica nas licitações e contratações da administração pública. 9. Dever de transparência e direito à participação do cidadão. 10. Profissionalização da gestão do Estado e governança eletrônica – a experiência de Bologna. 11. Conclusão.

A Tutela Penal dos Direitos Autorais 45

Álvaro Mayrink da Costa

Desembargador (aposentado) do TJ/RJ, Presidente do Fórum Permanente de Execução Penal e Professor da EMERJ.

1. Generalidades. 2. Violação do direito autoral. 2.1. Evolução histórico-normativa do direito pátrio. 2.2. Objetividade jurídica. 2.3. Sujeitos ativo e passivo. 2.4. Elementos objetivos. 2.5. Elemento subjetivo. 2.6. Pena e ação penal. 2.7. Figuras típicas qualificadas. 2.7.1. Reprodução com o intuito de lucro. 2.7.2. Comercialização de obra intelectual. 2.7.3. Violação constitui no oferecimento ao público. 2.8. Exceções ao direito do autor. 2.9. Pena e ação penal.

O Direito à Vida

70

Claudio de Mello Tavares

Desembargador do TJ/RJ. Presidente da 11ª Câmara Cível.

Introdução. A saúde pública em nosso país. A pobreza absoluta que reclama medicamentos necessários sem serem atendidos. A regra da impenhorabilidade de bens públicos deve ceder lugar aos casos excepcionais, especialmente no caso de se atender ao direito à vida.

Métodos de Cumprimento da Tutela Específica 72

Carlos Eduardo da Rosa da Fonseca Passos

Desembargador do TJ/RJ.

Tutela específica. Formas de cumprimento das obrigações de fazer, de não fazer e de dar. Conversão em perdas e danos. Última *ratio*. Medidas de apoio. Rol não exaustivo. Obtenção do resultado prático equivalente nas obrigações fungíveis. *Modus faciendi*. Inexistência de violação ao princípio da correlação. Atuação judicial voltada à rápida solução do litígio.

Os Reajustes por Mudança de Faixa Etária nos Planos de Saúde 75

Luciana de Oliveira Leal

Juíza de Direito do TJ/RJ. Mestre em Justiça e Cidadania pela Universidade Gama Filho.

Introdução: Aspectos Gerais. Os Reajustes possíveis. Conclusão.

Responsabilidade Extracontratual - Fato da Vítima 81

Alessandra Cristina Tufvesson Peixoto

Juíza de Direito do TJ/RJ.

1. Responsabilidade Civil. Origem. Evolução. Conceito. 2. Nexo causal e vítima do dano. 3. O fato da vítima. 3.1 Concorrência de culpa. 3.2 Culpa exclusiva.

Rescisão Locatícia nos Juizados Especiais

96

Euclides de Lima Miranda

Juiz de Direito do TJ/RJ.

O artigo 3º (Inc. III) da Lei 9.099/99, que considera a ação de despejo como de menor complexidade. Divergências entre muitos julgamentos sobre rescisão contratual com pedido de indenização por perdas e danos, cujo objetivo é o de retomar o imóvel para uso próprio. A legitimação de administradoras para figurar no pólo passivo de ações entre locador e locatário. Maior cautela na interpretação do art. 3º da Lei nº 9.099/95.

Julgamento Antecipado da Lide e o Objetivo dessa Medida

99

Alberto Republicano de Macedo Jr.

Juiz de Direito do TJ/RJ da Comarca de São Gonçalo.

1. Introdução. 2. O art. 330 do CPC não representa mera faculdade para o Juiz, mas sim, uma determinação legal (antecedentes do art. 350 do CPC de 1939). O julgamento antecipado da lide como forma de combater a morosidade da prestação jurisdicional.

Da Extinção dos Contratos

102

Antônio Augusto de Toledo Gaspar

Juiz de Direito da 2ª Vara Cível da Comarca de São Gonçalo TJ/RJ.

Análise do término do contrato. 2. Os arts. 474/480 do C.C. de 2002 e a terminologia que deve ser utilizada. 3. As causas de extinção concomitantes à formação do contrato e as supervenientes à sua formação. 4. As formas de distrato (art. 472) pela renúncia (art. 468) e as do contrato unilateral. 5. A cláusula resolutiva expressa e a tácita. A interpelação judicial como forma de constituição do devedor em mora.

Constitucionalismo no Brasil (1946-1987)

107

Antonio Sebastião de Lima

Magistrado aposentado (TJ/RJ), Mestre em Ciências Jurídicas – Professor de Direito Constitucional.

I. Introdução. II. Período democrático. 1. Constituição de 1946. 2. Ciclo social-democrático. 3. Fim da república democrática. III. Período autocrático. IV. Conclusão.

Os Princípios mais Relevantes do Direito Administrativo 130

Alexandre Guimarães Gavião Pinto

Juiz de Direito do TJ/RJ.

1. *Direito Administrativo.* 2. *Princípios da Administração Pública.*
3. *Princípios relacionados aos serviços públicos.*

O Melhor Interesse da Criança e do Adolescente como Critério de fixação da Competência 142

Tânia da Silva Pereira

Advogada, Professora de Direito e Coordenadora do Curso de Especialização em Direito da Criança e do Adolescente da UERJ, Diretora da Comissão Nacional para Infância e Juventude do IBDFAM.

Lúcia Cristina Guimarães Deccache

Advogada, especialista em Direito Especial da Criança e do Adolescente – DECA/UERJ, especialista em Direito de Família- ESASP, membro do IBDFAM.

I. Introdução; II. Dos critérios gerais de competência; III - A fixação da Competência de Foro e de Juízo sob o enfoque do “melhor interesse da criança e do adolescente”; IV- Domicílio e residência como determinantes da competência territorial no “Estatuto”; V- Atribuição do Conselho Tutelar; VI - Conclusão.

Proteção do Consumidor no Comércio Eletrônico sob a Ótica da Teoria da Confiança 160

Ana Amélia Menna Barreto de Castro Ferreira

Professora da Fundação Getúlio Vargas e Advogada.

1. Introdução. 2. Comércio Eletrônico. 3. Iniciativas regulatórias.
3.1. Lei Modelo Uncitral. 3.2. União Européia. 3.3. Brasil. Projeto

de Lei n. 4.906/2001. 4. Proteção legal e princípios do Código de Defesa do Consumidor. 5. Princípio da confiança. 6. Proteção da confiança no Comércio Eletrônico. 7. Modalidades de contratos eletrônicos. 8. Vulnerabilidade do consumidor no ambiente eletrônico. 9. Conclusões.

Questões Controvertidas sobre a Lei Maria da Penha: Procedimento Sumaríssimo e Representação da Vítima

Rodrigo Bossi de Pinho

Delegado de Polícia em Belo Horizonte. Ex-aluno da EMERJ.

1. As hipóteses de lesões leves e de vias de fato no Juizado Especial Criminal. Procedimento sumaríssimo. 2. A Lei nº 11.340/06 e certos obstáculos à sua aplicação. Os seguidos termos circunstanciados de ocorrência (TCO) até que a parte manifestasse interesse e ficasse decidido se o feito deveria seguir para o Juizado Especial. O art. 41 da Lei e a não-aplicação da Lei n. 9.099/95. A contravenção de vias de fato. A necessidade de serem criadas delegacias especializadas de mulheres, adidas aos Juizados Especiais.

Considerações sobre a Função do Juiz Leigo e a Lei (estadual) nº 4.578/05. Contribuições para Aceleração do Processo

Felipe Machado Caldeira

Advogado e Professor universitário. Pós-graduado em Direito Público e Privado pela EMERJ.

1. Introdução. 2. Enfoque adotado. 3. Juizados Especiais Cíveis. 4. O papel do Juiz Leigo e a sua adoção necessária nos Juizados Especiais Cíveis. 5. As questões que se apresentam: A constitucionalidade dos atos praticados pelos juízes leigos e da Lei estadual nº 4.578/05. 6. Conclusões.

O Inadimplemento Antecipado da Prestação no Direito Brasileiro 206

Raphael Manhães Martins

Advogado e Professor da UERJ.

1. Introdução, 1.1. Inadimplemento antecipado e seu enquadramento teórico. 2. Conceito do inadimplemento antecipado da prestação. 2.1. O elemento temporal. 2.2. O comportamento do devedor. 2.2.1. Inadimplemento antecipado por recusa. 2.2.2. Inadimplemento antecipado por impossibilidade. 2.3. O caráter incontroverso do inadimplemento antecipado. 2.4 Hipóteses de não-aplicação do inadimplemento antecipado. 3. Fundamentos jurídico-dogmáticos da aplicação do instituto no Direito brasileiro. 3.1. Breve panorama do inadimplemento antecipado no Direito brasileiro. 3.2. O inadimplemento antecipado numa análise sistemática com nosso ordenamento: o princípio da confiança e da boa-fé objetiva. 4. Efeitos do inadimplemento antecipado. 4.1. Do dever de indenização pelos danos causados. 4.2. Da resolução do contrato. 4.3. Execução específica. 5. Conclusões.

A Evolução do Conceito de Culpa e o Art. 944 do Código Civil 227

Paula Greco Bandeira

Mestranda da Faculdade de Direito da UERJ.

Evolução do conceito de culpa. Da culpa subjetiva (psicológica) à culpa normativa. Crítica à regra do *bonus pater familiae*. 2. Os graus de culpa no direito brasileiro e o seu significado diante da normatização da culpa. A introdução da regra do parágrafo único do art. 944 no Código Civil. 3. O sentido e o alcance da norma contida naquele parágrafo.

Repensando o Artigo 236 do Código Eleitoral 250

Cláudio da Silva Leiria

Promotor de Justiça-RS.

1. Introdução. 2. Breve esboço histórico. 3. Releituras do art. 236 do Código Eleitoral. 4. Visão crítica dos posicionamentos do

item “3”. 5. Colisão de Direitos Fundamentais. 6. Da necessidade da prisão cautelar para crimes hediondos e de roubo no prazo do art. 236 do Código Eleitoral, além das hipóteses de flagrante, sentença condenatória por crime inafiançável e desrespeito a salvo-conduto. 7. As decisões aditivas. 8. Conclusões.

Identidade e Aplicação do Direito da Informática 280

Gilberto Martins de Almeida e Leonardo de Campos Melo
Advogados e Professores da PUC – Rio.

1. Introdução. 2. Síntese da Evolução da Informática e do surgimento do Direito da Informática. 3. Reconhecimento da identidade do Direito de Informática. 4. Direito da Informática: ramo autônomo? Área de especialização? 5. Aplicação do Direito de Informática. 6. Conclusão.



Colaboraram neste Número

- Alberto Republicano de Macedo Júnior, 99
Alessandra Cristina Tufvesson Peixoto, 81
Alexandre Guimarães Gavião Pinto, 130
Álvaro Mayrink da Costa, 45
Ana Amélia Menna Barreto de Castro Ferreira, 160
Antônio Augusto de Toledo Gaspar, 102
Antonio Sebastião de Lima, 107
Carlos Eduardo da Rosa da Fonseca Passos, 72
Claudio de Mello Tavares, 70
Cláudio da Silva Leiria, 250
Euclides de Lima Miranda, 96
Felipe Machado Caldeira, 187
Gilberto Martins de Almeida, 280
Jessé Torres Pereira Júnior, 17
Leonardo de Campos Melo,
Lúcia Cristina Guimarães Deccache, 142
Luciana de Oliveira Leal, 75
Marinês Restelatto Dotti, 17
Paula Greco Bandeira, 227
Raphael Manhães Martins, 206
Rodrigo Bossi de Pinho, 176
Tânia da Silva Pereira, 142



As Licitações e Contratações Públicas no Cenário da Governança Eletrônica

Jessé Torres Pereira Júnior

*Desembargador do TJ/RJ.**

Marinês Restelatto Dotti

*Advogada da União. Especialista em Direito do Estado/UFRGS. Especializanda em Direito e Economia/UFRGS. ***

*“O fetiche tecnológico ‘é político’ para nós, possibilitando-nos prosseguir o resto de nossas vidas aliviados da culpa de talvez não estarmos fazendo nossa parte e seguros na crença de que somos, afinal, cidadãos informados e engajados. O paradoxo do fetiche tecnológico é que a tecnologia que age em nosso lugar realmente nos habilita a permanecer politicamente passivos. Não temos de assumir a responsabilidade política porque, uma vez mais, a tecnologia faz isso por nós... A ‘dose’ nos permite pensar que tudo que precisamos é universalizar determinada tecnologia, e então teremos uma ordem social democrática ou harmoniosa.” (BAUMAN, Zygmunt, **Medo Líquido**, p. 119. Ed. Zahar, Rio de Janeiro, 2008)*

1. INTRODUÇÃO

Os processos de trabalho e atividades desempenhados pela função administrativa do Estado contemporâneo – conjunto que, nas repúblicas federativas, como o Brasil, compreende a gestão de todos os Poderes constituídos (Legislativo, Executivo e Judiciário), em qualquer das esferas da Federação (União, Estados-membros, Distrito Federal e Municípios) – experimentam profunda reforma de métodos e procedimentos, com o fim de torná-los mais eficientes e eficazes.

O uso da tecnologia da informação e da comunicação (TIC) distingue essa reforma de todas as revisões que a cultura administrativa estatal empreendeu no passado. A burocracia administrativa parece haver esgotado o seu modelo patrimonialista, declaratório de direitos, porém inapto para produzir os resultados que as sociedades destinatárias daquelas revisões cobram, entre impacientes e desencantadas, dos governos, quais sejam os de garantir a todos, sem exclusão, o exercício e a fruição dos direitos declarados (individuais, sociais, econômicos e ambientais, coletivos e difusos).

O emprego generalizado da TIC serve a iniciativas e soluções que dão forma a um novo sistema de gestão dos negócios públicos, a que se tem chamado de governança eletrônica, a reacender esperanças, modificar realidades e também construir mitos.

Inevitável que as licitações e contratações da administração pública recebam o influxo da TIC. A consecução dos objetivos e fins do Estado não prescinde da parceria das empresas públicas e privadas que, mediante contratos sujeitos a regime jurídico específico, fornecem os bens, executam as obras e prestam os serviços necessários à implementação de planos, programas e projetos governamentais, contratos esses cujos valores representam cerca de 16% do Produto Interno Bruto.

A Constituição da República optou por um regime de contratação fundado em competição seletiva aberta, denominada licitação, somente afastável nas situações de exceção previamente definidas em lei (CF/88, art. 37, XXI). Acredita-se que o processo de contratação de compras, obras, serviços e alienações, mediante licitação (regra geral) ou direta (sem licitação, excepcionalmente), terá, aos olhos da governança eletrônica, maior ou menor índice de eficiência e eficácia de acordo com os métodos e procedimentos que viabilizem, restrinjam ou estimulem o uso da TIC.

Daí a sucessão de alterações que, desde o início do século, leis e decretos vêm introduzindo nas normas jurídicas regentes da matéria, na administração pública brasileira, de modo a alinhar o processo de suas contratações ao perfil idealizado de governança eletrônica. Atribui-se êxito a essas alterações, diante dos resultados até aqui mensurados – redução do tempo de processamento, simplificação do

procedimento e obtenção de propostas mais vantajosas, na modalidade do pregão (presencial ou eletrônico).

Tão auspiciosos soam os ganhos de eficiência e eficácia que o Decreto federal n.º 5.504, de 05.08.05, tornou obrigatório o emprego do pregão, de preferência o eletrônico, nas licitações que almejam contratações com recursos repassados pela União (art. 1º, § 1º), e ora tramita no Congresso Nacional projeto de lei que estende o campo de cabimento do pregão a licitações até aqui a ele interditas, quais sejam as de obras e serviços de engenharia carentes de avaliação técnica específica e observados limites de valor.

O sucesso não costuma ser bom conselheiro. A TIC, por mais modernizantes que aparentem ser *hardwares* e *softwares*, é instrumento que pode contribuir para elevar índices de eficiência, mas não assegura, por si só, a realização das finalidades. Pondere-se, a título de ilustração, que a adoção das chamadas urnas eletrônicas, a partir das eleições de 1996, decerto que aumentou os índices de segurança e praticidade do processo eleitoral brasileiro, reduziu-lhe custos e viabilizou a apuração, em horas, de milhões de votos que, antes, demandava semanas, permeadas de suspeitas de fraudes. Nenhum desses avanços assegura, porém, a fidelidade dos eleitos ao mandato e às expectativas de seus eleitores. Em outras palavras: a ferramenta tecnológica não responde pelo uso que dela fará aquele que a maneja ou que dela se beneficia; o uso dependerá antes de compromissos com valores éticos do que de destreza, ou seja, axiologia acima de tecnologia.

O presente texto sintetiza reflexões sobre a evolução das normas jurídico-administrativas que vêm impelindo as licitações e contratações da administração pública brasileira rumo à governança eletrônica. Nesse intuito, repassará interpretações que lhe têm sido dadas na doutrina e na jurisprudência, e deixará registrada uma visão de seu possível horizonte prospectivo.

2. O CONCEITO DE GOVERNANÇA

O exercício do poder político porta desafios seculares permanentes, inclusive de sistematização conceitual. Uma das maneiras de racionalizá-los é a de compreender aquele exercício como um triângulo: no vértice, situa-se o projeto estratégico de governo, passível de

traduzir-se pelo verbo “querer” (vontade política); no primeiro ângulo da base do triângulo, estarão as competências distribuídas para agir e a organização dos meios para efetivá-las, compondo a governabilidade, que se encarna no verbo “poder” (atos de autoridade legitimada); no último ângulo dessa figura geométrica, colocam-se o conhecimento e os instrumentos de sua operação e disseminação, configurando a governança, a que corresponde o verbo “saber” (*know how* científico e tecnológico).

O governo eficiente e eficaz quer, pode e sabe produzir resultados de interesse público. Não garante tais resultados o governo que afirma querer, mas não estrutura adequadamente a governabilidade, nem domina suficientemente a governança.

Distribuir computadores e desenvolver aplicativos que informatizem os processos de trabalho do cotidiano administrativo constituem não mais do que passos iniciais no caminho da governança qualificada pelo uso da TIC. A governança pressupõe projeto estratégico de governo e aparato institucional de sua governabilidade, do mesmo modo que estratégia e governabilidade carecem de governança para que se estabeleçam relações diretas entre a administração e os cidadãos, mediante redes, sítios e endereços eletrônicos de acesso público. A governança dita eletrônica caracteriza-se pela interatividade entre governantes e cidadãos, em diálogo participante da tomada de decisões de interesse geral.

Sob a perspectiva da participação, duas são as versões de governança: a primeira enfatiza o incremento da eficiência e da eficácia das ações governamentais, com foco na qualidade de vida das populações, cuja participação é instrumental e subordinada; a segunda incentiva o potencial emancipatório de ações em parceria entre os setores públicos e privados, com foco na inclusão de segmentos alijados do processo político ou por ele discriminados, por isto que eficiência e eficácia, sempre relevantes, passam a constituir objetivo subordinado, conferindo-se prioridade ao protagonismo dos cidadãos.

A vigente Constituição Federal e suas quase sessenta emendas vêm desenhando um formato de governança que combina eficiência/eficácia com participação emancipatória, no processo político de gestão do Estado. Gera ambigüidades, que ora levam à paralisia pela

perplexidade, ora à incoseqüência de resultados por gestão inepta. Ainda não se encontrou o ponto ótimo de articulação (se é que existe) entre gestão de resultados (eficiência/eficácia) e gestão emancipatória (parcerias).

É nesse contexto que se apresenta, às escolhas estratégicas (“querer”) e às estruturas organizacionais (o “poder” da governabilidade), o uso instrumental da TIC, que tanto pode favorecer a oferta de serviços públicos *on line*, quanto provocar conflitos de complexa composição, a reclamar ponderação de interesses de importância equivalente. Basta lembrar, para ilustrá-lo, que um erro pessoal pode ser isolado e corrigido antes de contaminar o sistema, ao passo que um erro do sistema é multiplicado, a grande velocidade, por todos os seus segmentos, comprometendo o projeto antes que a gestão identifique a origem do problema e desenvolva as soluções aptas a saná-lo e aos seus efeitos, também sistêmicos.

3. O FENÔMENO DA GLOBALIZAÇÃO

Não bastassem as sutilezas da TIC, a globalização formula exigências que repercutem sobre o “querer”, o “poder” e o “saber” da gestão pública.

Visite-se, a propósito, a visão didático-metafórica que do fenômeno tem Thomas Friedman, *verbis*:

“... a globalização atravessou três grandes eras. A primeira se estendeu de 1492 – quando Colombo embarcou, inaugurando o comércio entre o Velho e o Novo Mundo – até por volta de 1800. Eu chamaria essa etapa de Globalização 1.0, que reduziu o tamanho do mundo de grande para médio e envolveu basicamente países e músculos. Isto é, o principal agente de mudança, a força dinâmica por trás do processo de integração global, era potência muscular (a quantidade de força física, a quantidade de cavalos-vapor, a quantidade de vento ou, mais tarde, a quantidade de vapor) que o país possuía e a criatividade com que a empregava... As questões básicas da Globalização 1.0 eram: como o meu país se insere na concorrência e nas oportunidades globais? Como posso me globalizar e colaborar com outras

peças, por intermédio do meu país? A segunda grande era, a Globalização 2.0, durou mais ou menos de 1800 a 2000 (sendo interrompida apenas pela Grande Depressão e pelas Primeira e Segunda Guerras Mundiais) e diminuiu o mundo do tamanho médio para o pequeno. O principal agente de mudança, a força dinâmica que moveu a integração global, foram as empresas multinacionais, que se expandiram em busca de mercados e mão-de-obra – movimento encabeçado por ações inglesas e holandesas e a Revolução Industrial... As forças dinâmicas por trás dessa etapa da globalização foram as inovações de **hardware** (dos barcos a vapor e ferrovias, no princípio, aos telefones e **mainframes**, mais para o final), e as grandes indagações eram: como a minha empresa se insere na economia global? Como tirar proveito das oportunidades? Como posso me globalizar e colaborar com outras pessoas, por intermédio da minha empresa?... Por volta do ano 2000, adentramos uma nova era: a Globalização 3.0, que está não só encolhendo o tamanho do mundo de pequeno para minúsculo, como também, ao mesmo tempo, aplainando o terreno. Enquanto a força dinâmica na Globalização 1.0 foi a globalização dos países e, na Globalização 2.0, a das empresas, na 3.0 a força dinâmica vigente (aquilo que lhe confere seu caráter único) é a recém descoberta capacidade dos indivíduos de colaborarem e concorrerem no âmbito mundial – e a alavanca que vem permitindo que indivíduos e grupos se globalizem com tamanha facilidade e de maneira tão uniforme é não o cavalo-vapor nem o **hardware**, mas o **software** (novos aplicativos de todos os gêneros), conjugado à criação de uma rede de fibra óptica em escala planetária, que nos converteu, a todos, em vizinhos de porta. Agora, o que os indivíduos podem e devem indagar é: como é que eu me insiro na concorrência global e nas oportunidades que surgem a cada dia e como é que eu posso, por minha própria conta, colaborar com outras pessoas, em âmbito global?... A diferença reside no fato de que as duas primeiras etapas foram encabeçadas basicamente por europeus e americanos, pessoas e empresas. Muito embora a China fosse a maior economia do mundo no século XVIII, foram os países,

empresas e exploradores ocidentais que conduziram a maior parte do processo de globalização e configuração do sistema. A tendência, todavia, é que esse fenômeno se inverta: em virtude do achatamento e encolhimento do mundo, esta fase 3.0 será cada vez mais movida não só por indivíduos, mas também por um grupo muito mais diversificado de não-ocidentais e não-brancos. Pessoas de todos os cantos do mundo estão adquirindo poder; a Globalização 3.0 possibilita a um número cada vez maior de pessoas se conectarem num piscar de olhos, e veremos todas as facetas da diversidade humana entrando na roda... a Terra deixou de ser redonda e se achatou..." (O Mundo é Plano, p. 17-10. Ed. Objetiva, Rio de Janeiro, 2005).

A globalização, em sua versão 3.0, não é apenas econômica. Sua capacidade de também afetar a cultura é extraordinária e insuspeitada. Recorra-se, ainda, à saborosa narrativa jornalística de Friedman: "... tomei um café-da-manhã em Washington, com uma amiga egípcia, antiga repórter de economia no Cairo... perguntei-lhe onde estava quando descobriu que o mundo era plano. Ela respondeu que isso tinha acontecido poucas semanas antes, durante o mês muçulmano sagrado do ramadã. Minha amiga tinha feito uma reportagem para a televisão árabe CNBC, a respeito das lanternas coloridas chamadas *fawanis*, cada qual com uma vela acesa no interior, que tradicionalmente são levadas pelas crianças egípcias durante o ramadã, uma tradição secular que data do período fatímida no Egito. As crianças balançam as lanternas e cantam músicas, e as pessoas lhes dão balas ou presentes, como se faz nos Estados Unidos, no *Halloween* [no Brasil, lembraria o dia de São Cosme e São Damião]. Durante séculos essas lanternas têm sido fabricadas em pequenas oficinas de baixo custo, nos bairros antigos do Cairo; isto é, até pouco tempo atrás. Foi nessa época que lanternas do ramadã de plástico, feitas na China, com uma lâmpada a pilha por dentro em vez de vela, começaram a conquistar o mercado, liquidando as oficinas egípcias tradicionais. – Eles estão invadindo nossa tradição de forma inovadora, e nós não fazemos nada ... Essas lanternas são originárias de nossa tradição, de nossa alma, mas as versões chinesas são mais criativas e adiantadas do que as egípcias

... Como relatou no número de dezembro de 2001 a revista **Business Monthly**, publicada pela Câmara Norte-Americana de Comércio no Egito, os importadores de produtos chineses competem não somente entre si, mas também contra a secular indústria egípcia. Mas os modelos chineses estão fadados a triunfar... De todos os *fawanis* que existem no mercado, não mais de 5% hoje em dia são fabricados no Egito” (*op. cit.*, p. 277-278).

O acesso do indivíduo ao conhecimento, através de rede mundial, em tempo real, produz um novo cenário também para as relações entre a administração estatal e os cidadãos, de modo a expandir o acesso a serviços públicos mediante: canais *on-line* de comunicação com órgãos e entidades (o contribuinte brasileiro já pode saber pela internet, por exemplo, como está o processamento de suas declarações ao imposto de renda dos últimos cinco anos, em sítio da secretaria da receita federal); informação e tramitação processual à distância (no âmbito do Judiciário, as partes e os advogados não mais necessitam comparecer aos Foros e Juízos informatizados para acompanhar o andamento dos processos de seu interesse); obtenção de documentos (certidões de regularidade no recolhimento de contribuições sociais, como as devidas ao INSS e ao FGTS); contratações de bens e serviços por meio do pregão no formato eletrônico, que enseja a participação de licitantes sediados em qualquer ponto do território nacional.

O que ainda não terá ficado claro para todos, entretanto, é que o uso da TIC, do ponto de vista da governança eletrônica, não se deve limitar ao aumento quantitativo de computadores nos órgãos e entidades públicos. Esse aumento conjuga-se ao fomento da interação Estado-cidadão, da prestação de serviços públicos à população e da participação desta no processo democrático de tomada de decisão acerca de políticas públicas.

4. POLÍTICAS PÚBLICAS DE INCLUSÃO DIGITAL E DE APERFEIÇOAMENTO DA FUNÇÃO ADMINISTRATIVA ESTATAL

A Corporação Financeira Internacional do Banco Mundial (IFC) elaborou estudo em mais de 130 países, chamado *Doing Business in 2004* (Fazendo Negócios em 2004). Formulou cinco perguntas, no

intuito de estabelecer o grau de facilidade ou de dificuldade para: (a) iniciar um negócio, em termos de normas locais, regulamentação e taxas de licenciamento; (b) contratar e despedir empregados; (c) fazer valer os contratos; (d) obter crédito; (e) encerrar uma empresa insolvente. Ainda Friedman comenta: “os países que fizeram todas essas coisas com relativa simplicidade e sem atritos realizaram a reforma no varejo, e os que não o fizeram estão parados na reforma por atacado e provavelmente não prosperarão no mundo plano. Os critérios da IFC foram inspirados na obra brilhante e inovadora de Hernando de Soto, que demonstrou no Peru e em outros países em desenvolvimento que, se mudarmos o ambiente regulador e de negócios em favor dos pobres, e lhes proporcionarmos os instrumentos para que colaborem, eles farão o resto” (*op. cit.*, p. 285).

O processo de simplificação de exigências para estimular o empreendedorismo, seja nos negócios privados dependentes de outorgas estatais, tais como licenças e autorizações (CF/88, art. 170, parágrafo único), seja por meio das contratações de compras, obras e serviços com a administração pública, passa, necessariamente, pela inclusão digital, direcionada não apenas ao indivíduo, mas, sobretudo, à sociedade civil.

Significa que distribuir e instalar computadores, redes e sistemas não são fins em si mesmos, mas servem ao objetivo de estabelecer e entreter relações diretas, transparentes e participativas entre as instituições estatais e a sociedade civil. Relacionamento desse teor é que viabilizará a concepção e a concretização de políticas públicas, definidas como o conjunto de estratégias, táticas e operações de governo, em resposta a pleitos legítimos da sociedade ou da própria administração pública, esta quando houver de dar cumprimento a políticas públicas pré-traçadas na Constituição, incluindo, ou não, intervenções na esfera privada.

Inúmeras são as políticas públicas postas na Constituição da República, nas Constituições Estaduais e nas Leis Orgânicas Municipais. O Supremo Tribunal Federal tem decidido que o assento nas leis fundamentais confere a essas políticas caráter cogente, isto é, são de implementação obrigatória pelos entes públicos respectivamente competentes (vg. Ag. Reg. no RE nº 410.715-5/SP, rel. Min. Celso

Mello, DJU de 22.11.06, destacando-se o seguinte excerto da ementa: “Embora resida, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo, a prerrogativa de formular e executar políticas públicas, revela-se possível, no entanto, ao Poder Judiciário, determinar, ainda que em bases excepcionais, especialmente nas hipóteses de políticas públicas definidas pela própria Constituição, sejam estas implementadas pelos órgãos estatais inadimplentes, cuja omissão – por importar em descumprimento dos encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter mandatório – mostra-se apta a comprometer a eficácia e a integridade de direitos sociais e culturais impregnados de estatura constitucional”). Entre essas políticas públicas constitucionais encontra-se a que determina o aperfeiçoamento contínuo da Administração Pública através de “escolas de governo” (CF/88, artigos 39, § 2º, com a redação da EC nº 19/98), e a que pretende, considerando o mercado interno integrante do patrimônio nacional, a autonomia tecnológica do País (CF/88, artigos 218 e 219).

A política pública voltada para a melhoria da própria Administração é fator importante para a maximização de resultados de outras políticas, bem como instrumento de transparência, logo de legitimação e fidedignidade do governo perante a sociedade. A percepção da sociedade de que o governo empenha-se por cumprir as políticas públicas constitucionais contribui para a formação de consciência acerca da cidadania, que ao mesmo tempo participe da definição das etapas desse cumprimento e seja co-responsável por controlar sua execução e avaliar-lhe os resultados.

A exclusão digital - grande número de pessoas sem acesso a meios informatizados - é um dos óbices a superar para a implementação da governança eletrônica, pela evidente razão de que impede a conexão direta entre cidadãos e administração. Sem que os instrumentos da TIC estejam disponíveis para todos os cidadãos, a prestação de serviços eletrônicos e a perspectiva de interatividade com o governo na tomada de decisões correm o risco de aumentar o espaço entre as vantagens que os cidadãos educados e proficientes tecnologicamente têm sobre aqueles que não o são, lamentável violação da isonomia e da impessoalidade que a Constituição da República eleva a princípios reitores de todos os órgãos e entidades da administração pública, direta

e indireta, e que se deve compreender como extensivos ao relacionamento desta com os cidadãos. Perde-se a TIC como catalisador apto a mudar o foco dos serviços públicos quanto ao modo de sua prestação à população (foco no usuário), com maior qualidade, continuidade e efetividade (Lei nº 8.987/95, art. 6º, § 1º), e, ademais, como ferramenta hábil a sustentar novos modos de criação de redes sociais e políticas, ou seja, participação democrática na gestão pública.

Dados divulgados pela União Internacional das Telecomunicações (UIT) sugerem a existência de um *apartheid* digital: os países do G8 (os mais abastados do planeta) têm somente 15% da população mundial, porém contam o mesmo número de usuários de internet que todas as demais nações, salvo a China. O Brasil ocupa a 76ª posição na lista da UIT, em termos de população com acesso à rede mundial de computadores (17,2%), atrás de Chile (28,9%), Uruguai (20,6%) e Argentina (17,8%). Em relação à banda larga, temos 3% da população com acesso a essa tecnologia, ao passo que os países mais desenvolvidos já se situam entre 25% e 32%. No ensino fundamental, 17,2% dos alunos das escolas públicas brasileiras usam a internet, enquanto que, nas escolas particulares, o índice é de 74,3%. No ensino médio, 37,3% dos alunos das escolas públicas têm acesso à internet; 83,6% entre os alunos das escolas particulares (O GLOBO, edição de 11.11.07, p. 07).

Nessas circunstâncias, a inclusão digital deve constituir, ela própria, uma política pública de alta prioridade, se o País quiser caminhar rumo à governança eletrônica.

5. OS DESAFIOS DA GOVERNANÇA ELETRÔNICA

Experiências exitosas em países culturalmente diferenciados, como são Alemanha, Finlândia, Itália e Inglaterra, demonstram, desde a década passada, que governar tornou-se um processo interativo. As dificuldades das instituições estatais em lidar com os novos desafios decorrentes da complexidade dos processos de decisão política vêm contribuindo para o debate acerca das novas tendências de gerir o Estado e as políticas públicas. Estratégias inovadoras de gestão e uso pertinente de TIC podem representar oportunidade para reformar e democratizar as instituições, umas mais resistentes do que outras à modernização, desde que se atente para as principais interfaces entre

globalização e governança eletrônica, a propor a necessidade de novos paradigmas, compatibilizados com os princípios inscritos na Constituição da República (artigos 1º, 4º e 170), em termos de:

- a) políticas de regulamentação claras e tão estáveis quanto for conciliável com a natureza do objeto regulamentado;
- b) estratégias para responder a crescentes demandas sociais, em aparente antagonismo com a busca do Estado mínimo;
- c) incremento de mecanismos de controle e prestação de contas;
- d) parcerias público-privadas, inclusive na luta contra a exclusão digital;
- e) mais eficiência da administração pública, bem definidas as suas missões e alentadas por uma visão de futuro que a faça credora de maior reconhecimento por parte da sociedade civil;
- f) retração do Estado na esfera econômica, na qual intervirá em caráter excepcional;
- g) dependência do setor público das decisões tomadas por agentes econômicos privados;
- h) novas formas de interação e cooperação nos níveis supranacional e nacional, bem como em níveis regional e local;
- i) submissão da TIC a valores éticos e estratégicos.

Os recentes processos de criação e transformação da TIC devem ser aplicados em modelos inovadores de gerenciamento, assim como novos instrumentos, procedimentos e formas de ação devem ser capazes de criar vias de interatividade entre os administradores públicos e os cidadãos a que se destinam os serviços que aqueles gerenciam.

Nessa perspectiva, a governança eletrônica pretende restaurar a erodida legitimidade do sistema político-administrativo pela criação de canais de participação e parcerias entre o setor público e o setor privado, contribuindo para novas formas democráticas de gestão. As potencialidades da TIC atenderão não apenas às exigências de maior eficiência/eficácia de gestão pública, mas, também, a valores democráticos, como a participação, a transparência, a representatividade e o controle, pela sociedade, da atuação estatal. Tudo a depender de investimentos que erradiquem a exclusão digital e cogitem de erigir a inclusão digital como direito subjetivo individual, ou seja, será direito

subjetivo de todo cidadão ter acesso garantido aos meios informatizados e, por meio deles, interagir com os serviços públicos.

6. LINHAS DE AÇÃO DA GOVERNANÇA ELETRÔNICA

O professor brasileiro Klaus Frey (Departamento de Administração da PUC-Paraná), após conhecer a experiência de governança eletrônica em cidades da Alemanha (Bremen), da Itália (Bologna), da Inglaterra (Newham e Birmingham) e da Finlândia (Helsinki, Espoo e Tampere), concluiu serem basicamente três os campos de ação “essenciais à implementação de estratégias de e-governança numa perspectiva emancipatória”, a saber:

“1º – pontos de acesso público: quiosques interativos onde os cidadãos têm acesso garantido à internet são de importância fundamental para garantir que todas as pessoas tenham pelo menos a chance de usar as novas tecnologias e os serviços on line, ou participar de fóruns de discussão pública; especialmente em países em desenvolvimento, o mercado sozinho vai certamente ser incapaz de reduzir significativamente a exclusão digital; 2º - campanhas de ensino da linguagem digital são também de importância fundamental para capacitar os cidadãos a usarem a internet de maneira consciente e em benefício próprio; isso significa não apenas transmitir capacidades técnicas para o uso de computadores e da internet, mas também seu uso de maneira a fomentar a cidadania ativa; 3º - o apoio a aplicativos para a cidadania significa explorar as possibilidades da internet para fomentar uma esfera pública virtual; o sucesso dos fóruns públicos no aprofundamento da prática democrática depende da capacidade de criar ligações entre os fóruns virtuais e o processo político tradicional de comunidades reais; se o processo de discussão nos fóruns virtuais não tiver conseqüências para o processo de tomada de decisão em organizações políticas reais, a predisposição da população em participar vai logo diminuir” (<http://www.e-democracy.lcc.ufmg.br>).

Redes eletrônicas transformam as dimensões de tempo e espaço. A informação é transmitida em tempo real e os contatos podem ser estabelecidos de imediato, independentemente da distância física. O potencial democrático da internet baseia-se em sua estrutura não-hierárquica, favorecendo a interatividade. Mas não deve haver dúvida de que o uso da TIC, com fins emancipatórios da cidadania e sua participação democrática, não se dará automaticamente, muito menos por geração espontânea. A internet não foi criada com a finalidade de promover cidadania democrática, mas carrega enorme potencial nesse sentido, que pode ser usado para renovar modos de participação política e tomada de decisão, desde que se valorize e compartilhe a inteligência distribuída em todas as comunidades conectadas e explorar os respectivos efeitos sinérgicos. Portanto, a governança eletrônica busca novas maneiras de articular dois espaços qualitativamente bem diferentes - o território e a inteligência coletiva.

Obtempera-se que a interatividade da internet, ao elevar, de um lado, a dependência dos indivíduos dos espaços virtuais - televisão ou ciberespaço -, os faz menos dependentes da esfera pública. Na medida em que a cultura da tela se torna mais e mais o ponto de referência do cotidiano e os indivíduos mergulham no mundo digital, o engajamento cívico tende a diminuir no que diz respeito aos problemas que afetam toda a sociedade.

A resposta a tal pertinente objeção é a de que os efeitos benéficos da TIC sobre o processo político e o fortalecimento da sociedade dependem menos da tecnologia em si e mais da tomada de decisões políticas. É preciso repensar a forma de atuação de governos locais e conjugá-la com as potencialidades da internet para amadurecer práticas democráticas. O uso da TIC em prol da cidadania participativa e co-responsável dependerá de decisões políticas tomadas sobretudo por governos locais e do efetivo engajamento do cidadão.

Recorde-se de que o art. 31, § 3º, da CF/88 ordena que as contas dos Municípios permaneçam, durante sessenta dias, anualmente, “à disposição de qualquer contribuinte, para exame e apreciação, o qual poderá questionar-lhes a legitimidade”. E que entre as finalidades enunciadas pela Lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001, mais conhecida como Estatuto da Cidade, está a gestão democrática por

meio da participação da população e de associações representativas na formulação, execução e acompanhamento de planos, programas e projetos de desenvolvimento urbano. O mesmo diploma legal estabelece que, no processo de elaboração do plano diretor e na fiscalização de sua implementação, os Poderes Legislativo e Executivo municipais garantirão: (a) a promoção de audiências públicas e debates com a participação da população e de associações representativas dos vários segmentos da comunidade; (b) a publicidade quanto aos documentos e informações produzidos; e (c) o acesso de qualquer interessado aos documentos e informações produzidos.

Tanto o preceptivo da Constituição quanto o Estatuto da Cidade parece que se inscreveram, até aqui, entre as “leis que não pegam”, como se suas disposições pouco repercutissem na vida urbana. Convenha-se, de outro turno, que os governos locais, salvo honrosas exceções, não debatem as contas anuais com a população, não se empenham no estudo das normas do Estatuto da Cidade, nem percebem as potencialidades de sua aplicação. Na verdade, as Prefeituras pouco delas cogitam na gestão das cidades.

Vê-se, então, a importância do pensar estratégico (o “querer” do vértice do triângulo da gestão pública eficiente e eficaz), sem o qual não se organizam, nem se modelam, estruturas aptas a gerir (o “poder” do segundo ângulo do triângulo), muito menos se mobiliza conhecimento capaz de transformar realidades (o “saber” do último ângulo do triângulo). Articulados o “querer”, o “poder” e o “saber”, as políticas de desenvolvimento urbano poderão sinergir com ambiente interativo das comunidades, revigorando laços sociais e aumentando a participação política nos processos locais de tomada de decisão.

7. EFETIVAÇÃO DA GOVERNANÇA ELETRÔNICA

Complemente-se o rol de providências essenciais, retro sintetizado por Klaus Frey, com vistas à possível efetivação da governança eletrônica:

1º - a idéia dos quiosques como sede de pontos de acesso público à internet talvez funcionasse melhor se levasse em conta as peculiaridades culturais de cada comunidade urbana e os locais que cada ambiente cultural considerasse relevantes para o dia-a-dia da

cidade; os locais estratégicos seriam, de preferência, estabelecimentos de ensino, órgãos e entidades públicas, igrejas e associações, serventias extrajudiciais (cartórios) e instituições financeiras (notadamente bancos); importa que se valorize a cultura de interatividade e se introduza um significativo número de cidadãos nesses ambientes; a idéia de implantar centros ou pontos comunitários de informação é garantir aos cidadãos acesso gratuito à internet, para que todos tenham, pelo menos, a chance de usar novas tecnologias e os serviços *on line*, participar de fóruns de discussão pública, prevenindo o aparecimento de subclasses desinformadas e reduzindo as existentes, dando condições e espaço para uma comunicação não-comoditizada, especialmente acerca dos assuntos locais, valendo-se do fato de que a internet tende a privilegiar modos de relacionamento transversais e estruturas menos rígidas; colocar à disposição da população a maior parte dos serviços públicos a partir de um único ponto de entrada, 24 horas, via PCs instalados em locais estratégicos da comunidade, torna o governo menor, mais barato, mais célere e mais fácil de gerenciar;

2º - campanhas de educação na linguagem digital carecem de pessoas treinadas para conduzi-las, recrutadas na própria comunidade; o treinamento deverá cuidar da capacitação técnica para o uso dos instrumentos de TIC, de maneira a fomentar a cidadania ativa; enquanto no mundo desenvolvido o mercado pode resolver o problema de acesso insuficiente em período reduzido, dado que o gargalo educacional não é expressivo, a questão educacional permanece desafiante nos países em desenvolvimento;

3º - a criação de comunidades virtuais locais pretende reduzir a distância entre os gestores que tomam as decisões e os cidadãos que são os seus destinatários; iniciativas como fóruns de discussão sobre problemas da agenda política local e sistemas de mediação *on line* podem preparar as instituições e organizações para essas novas formas de “governança social negociada”, além de treinar cidadãos para a negociação, a argumentação e a deliberação; o êxito da medida depende de demonstrar-se que a transparência do processo participativo canaliza a influência concreta dos participantes na tomada de decisão, permitindo o questionamento de assuntos, pedidos de informações e efetiva resposta em linguagem compreensível para o cidadão comum;

4º - o desenvolvimento de programas de interatividade em comunidades disponibiliza instrumentos de TIC, promove a igualdade de acesso à informação, fomenta a formação de grupos de voluntários comunitários aptos a operar o sistema; o sucesso de fóruns públicos no aprofundamento da prática democrática depende da capacidade de criar ligações entre os fóruns virtuais e o processo político tradicional;

5º - oferecer à população o maior número possível de serviços públicos via internet, aproximando a burocracia estatal do cidadão, substituindo o modelo tradicional de administração pública, simplificando os processos administrativos; serviços *on line*, todavia, devem corresponder às expectativas dos usuários, de modo a ganhar-lhes a confiança; vital, para corrigir rumos e colher dos erros oportunidades de melhoria, é que se avaliem a qualidade dos serviços mediante pesquisas periódicas de satisfação do usuário; há de ser permanente a preocupação de melhorar o nível de resposta no atendimento ou de simplificar a apresentação dos conteúdos segundo critérios bem avaliados pelos usuários;

6º - redes de comunicação, com abrangência nacional, com as quais possam interagir todos os poderes e esferas de governo, de modo a habilitar a transferência e a utilização de informações de maneira uniforme e eficiente entre vários sistemas, cooperativamente; imagine-se a extraordinária utilidade, na seara das licitações e contratações, do acesso a sistema integrado de consulta de preços de bens e serviços praticados em âmbito regional e local, como ferramenta de apoio ao gestor, de todas as esferas e níveis de governo; outra rede estaria apta a disponibilizar um sistema de cadastro, atualizado, de pessoas físicas e jurídicas impedidas de licitar e contratar com a administração pública.

A utilização da internet e de *websites* governamentais para prestação de serviços públicos *on line* e para a disponibilização de informações sobre atividades públicas são ferramentas aptas a elevar o teor de eficácia e de qualidade dos serviços prestados aos cidadãos, bem como para ampliar o processo democrático através do atendimento a demandas específicas da população e da participação mais efetiva desta na gestão pública, tanto definindo prioridades quanto fiscalizando e controlando ações do governo.

Não configura governança eletrônica a mera expansão do uso da TIC pela administração pública. Tal governança implica a modificação dos padrões de relacionamento entre governo e sociedade. Parcerias público-privadas e um envolvimento mais forte do setor voluntariado, simplificação dos processos, melhoria na gestão de recursos, impessoalidade, clareza, respostas rápidas, pesquisas de satisfação do usuário são outros elementos que a caracterizam.

Governança eletrônica não é somente um avanço no manejo de instrumentos de trabalho da administração pública, mas uma mudança substancial no relacionamento Estado-cidadão, vinculando-o ao desenvolvimento socioeconômico e de cultura democrática. O espaço virtual não substitui os demais espaços de relação política do cidadão, tais como sindicatos, associações, organizações não-governamentais. Mas garante ao cidadão que assim o desejar interlocução direta com o poder público e seus agentes, sem a intermediação dessas outras instituições.

8. A GOVERNANÇA ELETRÔNICA NAS LICITAÇÕES E CONTRATAÇÕES DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

O perfil essencial da governança eletrônica, tal como vivida nas organizações estatais que a vêm praticando desde o final do século passado, encontra na legislação sobre licitações e contratos inúmeros pontos de identidade. Embora em tímida evolução, o presente da atividade contratual da administração pública brasileira prenuncia que, em futuro próximo, tal atividade não será domínio técnico privativo dos agentes da administração. Há normas que apóiam o vaticínio desde logo, como as dos artigos 3º, § 3º, 4º, 39 e 41, § 1º, da Lei nº 8.666/93, segundo os quais: (a) todos os passos do procedimento licitatório são públicos e acessíveis ao público; (b) a observância, pela administração, das normas regentes do procedimento constitui direito público subjetivo de todos os participantes; (c) é obrigatória a realização de audiência pública sobre licitações para a contratação de objetos de valor estimado elevado; (d) todo cidadão está legitimado para impugnar regras de edital que veiculem aparentes irregularidades.

Passo decisivo deu a Lei nº 10.520/02, que autorizou a administração pública brasileira a licitar na modalidade do pregão, presencial

ou eletrônico, se o objeto a ser contratado for bem ou serviço comum, isto é, especificável segundo as mesmas características com que se encontra no mercado.

É possível dizer que o pregão no formato eletrônico é o precursor da governança eletrônica em matéria de licitação e contratação no direito público brasileiro, na medida em que proporciona a realização do procedimento licitatório à distância, em sessão pública, por meio de sistema que promove a comunicação entre o órgão promotor da licitação e os participantes da competição, por meio da rede mundial de computadores.

Também quanto aos resultados, o pregão eletrônico testifica um avanço em relação às demais modalidades: tem proporcionado economia entre 20% e 30% do valor estimado para cada contratação, celeridade processual, competitividade, simplificação de exigências e transparência; possibilita a participação de número maior de interessados, graças ao acesso universal à rede mundial de computadores, permitindo que em qualquer ponto do país sejam ofertadas propostas, mesmo distantes do órgão promotor da competição.

A forma eletrônica torna o prélio ágil porque o licitante não se desloca até a sede da administração, nem encaminha suas manifestações (documentos de habilitação, propostas, recursos administrativos) por via postal, arcando com os respectivos custos, como previsto na Lei nº 8.666/93. Eventuais impugnações ao edital não dependem do encaminhamento de documentos à Administração.

A prática do pregão eletrônico tem atestado a viabilidade da simplificação do procedimento licitatório sem riscos à segurança jurídica da contratação e à razoável certeza da fiel execução do que se contratou.

Por fim, o sistema eletrônico dota de maior efetividade o acompanhamento das contratações públicas pela sociedade, permitindo que qualquer cidadão, que tenha acesso à rede mundial de computadores, conheça os editais e seus anexos, podendo impugná-los. O sistema também permite o acompanhamento dos licitantes de todas as fases do procedimento, mesmo à distância, tornando efetivo o controle dos atos administrativos praticados pelos condutores da competição.

Em princípio, as normas disciplinadoras do pregão consideravam-no de uso prioritário (Decreto nº 3.555/00, art. 3º, *caput*). Ante

os resultados obtidos em cinco anos de aplicação, evoluíram para considerá-lo obrigatório (Decreto nº 5.504/05, art. 1º, § 1º). E ainda que assim não houvesse sido positivado em norma, assim haveria de ser julgado, como tem sido pelos tribunais de contas. Se o gestor dispõe de modalidade licitatória que supera todas as demais em qualidade e presteza, será ato de gestão antieconômica, violador do princípio da eficiência, optar por qualquer outra modalidade quando cabível for o pregão, salvo situação excepcional, devidamente justificada.

Também a exigência de justificar a necessidade da contratação, como etapa obrigatória da fase interna preparatória do processo administrativo do pregão (Lei nº 10.520/02, art. 3º, I), poderá aproximar tal modalidade dos parâmetros da governança eletrônica. É que a justificativa, que se presume técnica e fundada em fatos e circunstâncias demonstrados objetivamente, poderá não esgotar o seu âmbito se o objeto a ser contratado repercutir diretamente sobre o atendimento à população, como ocorre, por exemplo, com a edificação de prédios que abrigarão escolas, hospitais, delegacias policiais, foros judiciais. Nessas hipóteses, antes e além do fundamento técnico, a justificativa deve compreender a demonstração da aptidão da obra para vir a corresponder às expectativas da comunidade usuária da escola, do hospital, da delegacia ou do foro. A medida dessa correspondência adviria da participação interativa da comunidade na discussão do projeto.

O interlocutor da administração com a comunidade não poderia ser, nos moldes das normas vigentes, o pregoeiro, que assume a direção do processo uma vez que o respectivo edital, aprovado pela unidade de assessoramento jurídico do órgão licitador (Lei nº 8.666/93, art. 38, parágrafo único), houver estabelecido as regras do certame, espelhando o termo de referência definido por outras instâncias administrativas. O espaço e o tempo próprios para a interação gestores-comunidade estariam no momento da eleição do objeto como prioritário e no curso da elaboração do termo de referência (incluindo o projeto básico, em caso de serviço), onde devem ser explicitadas as características que deverá ter e as funções que cumprirá.

Ademais, seria conforme aos postulados da governança eletrônica a extensão, aos cidadãos, de legitimidade para acompanhar a fiscalização da execução do contrato, de que as normas vigentes incumbem exclusivamente à administração. Cogitar-se-ia, nesse

sentido, de regra de fiscalização pelos cidadãos assemelhada à que já se encontra no art. 4º, segunda parte, da Lei nº 8.666/93, quanto a admitir a presença de qualquer pessoa nas sessões de julgamento das licitações, que são públicas, “desde que não interfira de modo a perturbar ou impedir a realização dos trabalhos”. Seria o caso de distinguir a execução de obras ou serviços que implicarão atendimento direto à população, da execução de obras ou serviços necessários ao funcionamento interno da máquina administrativa, estabelecendo-se que à fiscalização da primeira teriam acesso os futuros usuários.

Dir-se-ia que o acesso dos futuros usuários complicaria e retardaria a instrução e o curso do processo administrativo. Talvez assim ocorresse até que os cidadãos se habituassem a tal participação. Seria o preço de transição para a governança eletrônica, cujo retorno em pertinência e adequação do projeto compensaria dilação de maior duração, com ganhos de amadurecimento democrático tanto para os cidadãos quanto para os gestores.

9. DEVER DE TRANSPARÊNCIA E DIREITO À PARTICIPAÇÃO DO CIDADÃO

A governança eletrônica deve elevar, por definição, a taxa de transparência dos atos jurídicos praticados pela administração pública, sejam unilaterais (ato administrativo), bilaterais (contratos administrativos) ou coletivos (convênios). É que falta de transparência, ou seu reduzido teor, compromete um dos atributos da governança eletrônica, que é a possibilidade da efetiva participação da sociedade. Nada obstante esforços localizados em setores da gestão pública, ainda é baixa a taxa de transparência na administração pública brasileira. Basta lembrar, para ilustrá-lo, que poucas são as cortes de contas estaduais que seguem o exemplo do Tribunal de Contas da União na publicação da íntegra dos pareceres e votos que instruem seus acórdãos e decisões. Volta e meia se percebe a existência de decisões contraditórias da mesma corte estadual ou municipal sobre determinada matéria, sem que se divulguem os fundamentos que motivariam a diversidade, o que, por óbvio, confunde a própria administração e os cidadãos que pretenderiam conhecer os fundamentos da discrepância, de cuja seriedade se passa a suspeitar, não sem razão.

A governança eletrônica reconhece, na efetiva participação dos cidadãos, importante instrumento para a eleição de prioridades legítimas a serem atendidas. Suas reivindicações desafiam, de ordinário, três eixos: o socioeconômico, o assistencial e o político. O eixo socioeconômico abrange a relação entre ocupação, renda e bem-estar material. O eixo assistencial ocupa-se do direito ao mínimo existencial dos cidadãos que não têm condições de auto-sustento. O eixo político correlaciona-se à participação dos cidadãos na definição das políticas públicas.

São fatores que concorrem para retardar a plenitude da governança eletrônica, também nas licitações e contratações do Estado: carência de instituições sólidas, incipiente cultura democrática, corrupção endêmica e crescimento da pobreza. A proposta de responsabilizar agentes da administração pública por atos de gestão antieconômica, ineficiente ou ineficaz tem progredido e ecoado nos tribunais, judiciais e de contas, sendo crescente o número de condenações e de penalidades aplicadas em decorrência da comprovada prática desses atos.

É inadiável que o desempenho dos gestores públicos apresente-se transparente, em sintonia com as necessidades legítimas da população. A sociedade deve estar ciente da gestão, cujas escolhas devem ser divulgadas e examinadas pelo cidadão, asseguradas todas as vias que traduzam a democratização da informação pelo Estado.

A Constituição da República ainda não consagrou o direito à inclusão digital, isto é, o direito de estar conectado à internet, como já providenciaram algumas ordens jurídicas estrangeiras. Se se quiser perseguir, com eficiência e eficácia, o ideal de democracia participativa, tal direito deve vir a ser inserido no título referente aos direitos e garantias fundamentais. O direito público subjetivo à conectividade tornaria efetivo o direito de 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, consoante enunciado no art. 5.º, XXXIII, da Constituição, bem como o direito de diálogo direto com os gestores públicos acerca de políticas públicas.

Na concepção da governança eletrônica, é condição para o Estado legitimar-se política e socialmente a incorporação dos cidadãos

aos negócios e às políticas públicas, oferecendo-lhes oportunidades de acesso às informações governamentais. Essa proposta supõe que quanto mais se envolvam os cidadãos no debate e se criem canais de participação social, mais o setor público verá ampliada sua capacidade de ação e o reconhecimento dos cidadãos à seriedade de suas opções. Rejeita-se, destarte, a atuação administrativa sem a possibilidade do crivo da cidadania acerca de sua formulação e de seus efeitos.

O ato administrativo, assim como todo ordenamento jurídico, deve ser voltado ao bem da sociedade, conforme os valores de sua dignidade. Assim, o controle realizado pelos sujeitos finais de sua criação, atuação e razão de existir é, em todos os sentidos, fundamental. E os mecanismos viabilizadores de sua aplicação são peças centrais da engrenagem do estado democrático de direito, na percepção da governança eletrônica.

10. PROFISSIONALIZAÇÃO DA GESTÃO DO ESTADO E GOVERNANÇA ELETRÔNICA – A EXPERIÊNCIA DE BOLOGNA

O ideário da gestão pública eficiente, eficaz e democrática inclui políticas voltadas para o desenvolvimento de alto grau de profissionalismo de seus agentes, que se espera conscientes dos objetivos, metas e resultados a alcançar, e com eles comprometidos.

Nenhuma organização - vise ou não a lucros – pode dar-se ao luxo de dispensar administradores que sejam, ao mesmo tempo, engajados na missão e conhecedores das atividades a que se propõe a organização, planejadores de seu desenvolvimento, hábeis na prática de sistemas de aferição de desempenho e de construção de indicadores gerenciais, a par de zelosos gestores financeiros. Nenhuma razão política ou administrativa autoriza que se exclua a administração pública desse modelo.

Emendas constitucionais e legislação ordinária se vêm ocupando da profissionalização dos agentes públicos, traduzindo o reconhecimento de que: (a) se faz necessária uma nova moldura administrativa para o País; (b) há graves deficiências na prestação dos serviços públicos, gerando insatisfação entre os usuários; (c) o limite ético dos gestores apresenta-se não raro enevado.

Um processo conseqüente de profissionalização e reforma deve reduzir, mais e mais, o espaço para improvisações, seja na escolha de agentes despreparados, seja na gestão de políticas públicas, seja na administração do cotidiano do serviço público.

A TIC será instrumento a ser manejado com esses compromissos. A interatividade que possibilita não é equiparada a nenhuma outra solução tecnológica, na medida em que pode promover a democracia, o desenvolvimento, a cultura de cobrança e a transparência das ações de governo.

Daí a importância de conhecerem-se experiências de governança eletrônica que já alcançaram estágios mais avançados de maturidade, como a que se encontra em Bologna, Itália¹.

Em janeiro de 1995, junto ao Ofício para as Relações com o Público² (*Ufficio per le Relazioni con il Pubblico*), foi aberta a porta para a distribuição gratuita de conexões com a rede cívica *Iperbole* aos cidadãos, organizações civis, organizações públicas e entidades sem fins lucrativos de Bologna, Itália. Teve início a primeira experiência italiana e a segunda na Europa – depois de Amsterdam, Holanda – de uma rede cívica impulsionada pela administração pública. Interatividade, acesso, parceria, diálogo e transparência nas informações foram as palavras-chave das ações e dos projetos da rede, um desafio na medida e que novas tecnologias surgiam em terreno até então quase inexplorado na emergente economia digital.

A estratégia *Iperbole* centrou-se, inicialmente, na conexão gratuita de informações *on line* para toda a comunidade de Bologna, para as organizações da sociedade civil, organismos públicos e organizações sem fins lucrativos. Após dez anos de implantação da rede cívica, avalia-se que a comunidade cresceu, os cidadãos amadureceram a idéia da conexão eletrônica, os serviços em rede multiplicaram-se,

¹ Fonte: <http://www.comune.bologna.it/iperboliani/retecivica/docs/10annidic2005.rtf>

² O Ofício para as Relações com o Público (*Ufficio per le Relazioni con il Pubblico*) constitui-se na prestação de serviços através dos quais o governo de Bologna comunica-se com os cidadãos e as empresas. Ouve e orienta o cidadão, colocando-o em posição de tirar partido de todas as oportunidades e serviços oferecidos na área. Fornece informações gerais sobre o governo, a localização de escritórios, números de telefone e hora da recepção. Garante o direito de acesso a documentos administrativos, consultas, cópias de leis, regulamentos, resoluções, avisos de leilões e concursos públicos. Distribui material promocional sobre temas de interesse público, iniciativas promovidas pela Província e outros organismos do território. Recolhe sugestões e reclamações dos cidadãos sobre o funcionamento dos serviços provinciais. Divulga informações sobre eventos culturais. Fonte: <http://www.provincia.bologna.it.urp/>.

as páginas *on line*, em 2005, somavam cerca de trinta e duas mil e quase meio milhão de contatos diários. Assegurou-se o acesso sem fio (*wireless*), como elemento estratégico para ampliar a rede cívica, além de complementar e alargar a oferta de serviços. Hoje, *Iperbole* é tida como um serviço público do cidadão de Bologna.

Democracia eletrônica, participação em processos de tomada de decisão, *e-governance*, privacidade, novos e livres conhecimentos, direitos para o cidadão digital, uma "Constituição Eletrônica" pela internet - eis algumas das propostas do presente e para os próximos anos de rede cívica de Bologna. O tema da *e-democracy* - e dos aspectos participativos relacionados a ela - é o DNA da rede *Iperbole*. As metas da administração são incentivar e promover linhas de ação dirigidas a: (a) interatividade em todos os campos, como instrumento essencial para a participação nos processos de tomada de decisão, reforçando de forma interativa a democracia representativa; (b) inclusão digital e social, com igual oportunidade de acesso; (c) implementação de serviços interativos *on line*, por meio de um portal rico em conteúdo e fácil de acessar, uma espécie de portal virtual em atividade 24 horas por dia; (d) adoção da "Carta do Cidadão Eletrônico" - com validade em toda a Europa -, como garantia de um "espaço público" plural e equitativo; e (e) desenvolvimento de um "laboratório de *software* livre", com a participação das comunidades locais.

11. CONCLUSÃO

A questão que ainda intriga, à vista das experiências em curso de governança eletrônica, é a de se saber se a internet, por si só, garantiria o surgimento de gerações de cidadãos mais engajados no controle social dos atos de governo. Tem-se visto, a exemplo dos resultados positivos de redes cívicas implantadas há mais de uma década, que a maior disponibilidade e a circulação de informações refletem novas práticas de cidadania. As redes cívicas utilizam a TIC como ferramenta para criar uma administração mais humanista (foco nas reais necessidades e prioridades dos usuários), transparente (permeável a controles efetivos), eficiente e eficaz na prestação de serviços, a par de fomentar a participação dos cidadãos no processo político de tomada de decisões.

O controle social do governo está diretamente associado à promoção da transparência ao permitir o acompanhamento da formulação de políticas e de suas iniciativas pelos cidadãos e suas organizações. Criar condições para o estabelecimento de relações de confiança entre governados e governantes legitima as ações destes últimos. Nessa categoria de direitos, promovidos pelo uso da TIC, incluem-se as iniciativas que permitem o acesso dos cidadãos a informações sobre as ações do governo, fundadas no direito à informação pública, permitindo-lhes acompanhar, avaliar e controlar o desempenho governamental.

A governança eletrônica deve transformar a qualidade das relações de poder existentes, constituindo tarefas essenciais as de explorar e disponibilizar oportunidades. O ato de reconhecer que o erro é uma oportunidade de melhoria, como a ciência da administração passou a propor a partir das lições de Peter Drucker, na segunda metade do século XX, recebe da governança eletrônica novos impulsos e dimensão, na medida em que gestores e cidadãos buscam as melhores soluções, prevenindo o erro ou sanando-o de forma compartilhada e amadurecida, com crescimento pessoal e institucional relevante.

Na seara das licitações e contratações da administração pública, quantos erros de perspectiva e desencontros de prioridades teriam sido evitados, ou corrigidos com transparência em tempo hábil, se já houvesse maior participação dos cidadãos no controle de projetos e editais, antes do certame, e, após, no acompanhamento da execução dos contratos de obras e serviços que implicam atendimento direto à população. Certamente que obras públicas que hoje se sabe desprovidas de utilidade para a população supostamente interessada, ou que resultaram em rombudo fracasso quanto à sua eficácia (capacidade de realizar as finalidades planejadas), sequer teriam sido objeto de licitações e contratações onerosas e ineficientes, se ouvidos os presumidos destinatários de seus imaginados benefícios.

E se a participação dos cidadãos não obstasse tais erros, ao menos teria valido como exercício importante para o reconhecimento das complexidades da gestão, para a redução das taxas de autoritarismo, com a conseqüente elevação da taxa de democratização, e para a formação de amadurecida consciência quanto à responsabilidade republicana de todos pelas escolhas do que deve ser público por definição e natureza.

A expansão do uso da TIC não deve denotar apenas modernidade no manejo de ferramenta administrativa, mas, antes e acima, contribuição para efetivar, na jornada diária do estado e da sociedade, os cânones democráticos e a fruição dos direitos e garantias constitucionais prometidos a todos, sem exclusão de um só brasileiro.

Por isto mesmo, a possível contribuição da TIC ao estado democrático de direito não pode soar como a fé em promessas de tempo indeterminável. Retome-se, com o fim de condicionar tal contribuição à realidade das coisas tangíveis, o alerta lançado como epígrafe ao início deste texto, extraído da mais recente obra de Zygmunt Bauman, o festejado sociólogo polonês que lecionou nas universidades de Varsóvia e de Leeds, Inglaterra, bem sopesada a incredulidade que sua octogenária existência autoriza, *verbis*:

“Jodi Dean analisou recentemente os novos aspectos acrescentados ao ‘fetichismo tecnológico’ com o advento e a propagação da comunicação eletrônica e das ‘redes’ eletronicamente mediadas. Ela sugere que ‘os revolucionários conectados’ poderiam agora ‘imaginar que estavam mudando o mundo ao mesmo tempo confortados pelo fato de que nada mudaria realmente (ou, na melhor das hipóteses, poderiam conseguir que as gravadoras baixassem os preços dos CDs)’... Não admira, podemos acrescentar, que quando nos chega ao conhecimento (muitas vezes de forma brutal) que nossas expectativas foram frustradas e o que era esperado e desejado deixou de ocorrer, o efeito seja tão chocante quanto os impactos das catástrofes naturais. E a suspeita reprimida de que a tecnologia a que confiamos nossas esperanças possa frustrá-las ou destruí-las é uma nova e formidável fonte de medo.

*Nisso, creio eu, está a causa mais profunda desse curso amplamente não-planejado, aleatório e casual do desenvolvimento moderno, que provavelmente inspirou Jacques Ellul a sugerir que a tecnologia (as habilidades e instrumentos de ação) se desenvolve exatamente porque se desenvolve, sem necessidade de qualquer outra causa ou motivo. Poucos anos antes de Ellul, em **A condição humana**, escrito logo após o fim da guerra e*

publicado em 1958, Hannah Arendt advertiu que nós, criaturas terrestres pleiteando a relevância cósmica, dentre em breve seremos incapazes de compreender e articular as coisas que somos aptos a fazer. E poucos anos depois Hans Jonas se queixou de que, embora possamos agora afetar com nossas ações espaços e tempos tão distantes a ponto de nos serem desconhecidos e incompreensíveis, nossa sensibilidade moral avançou muito pouco desde os tempos de Adão e Eva.

*Os três grandes pensadores transmitiram uma mensagem semelhante: padecemos de uma defasagem moral. Os motivos da ação só tendem a ser claramente visualizados como reflexões posteriores, freqüentemente na forma de uma desculpa retrospectiva ou de um argumento em favor de circunstâncias atenuantes, enquanto as ações que empreendemos, embora às vezes inspiradas por **insights** e impulsos morais, são mais comumente estimuladas pelos recursos de que dispomos. Como o **spiritus movens** de nossas ações, a causa substituiu a intenção” (Medo Líquido cit., p. 119-120).*

Temperada por essas tão densas quanto universais ponderações, a governança eletrônica há de cuidar para encontrar o nexos entre o uso da TIC e os valores morais e éticos que devem presidir a gestão do que é de todos, em benefício de todos. ☐

¹ Autor, entre outras, das seguintes obras: **Comentários à Lei das Licitações e Contratações da Administração Pública** (7ª edição); **Controle Judicial da Administração Pública: da Legalidade Estrita à Lógica do Razoável** (2ª edição); **Licitações de Informática**; **Da Reforma Administrativa Constitucional**; **Pregão Presencial e Eletrônico** (em colaboração).

^{**} Colaboradora nas obras: **Direito do Estado – Novas Tendências** – Edição Especial/UFRGS e **Temas Atuais de Direito Público** (Editora UTFPR)

A Tutela Penal dos Direitos Autorais

Álvaro Mayrink da Costa

Desembargador (aposentado) do TJ/RJ, Presidente do Fórum Permanente de Execução Penal e Professor da EMERJ.

1. GENERALIDADES

A atividade intelectual faz surgir novos bens no grupamento societário, caracterizados por serem coisas incorpóreas. Apregoe-se, contudo, que só com o surgimento dos meios mecânicos que possibilitaram a reprodução de uma obra com número ilimitado de exemplares acordou o legislador em razão do objetivo lucrativo da atividade. O velho Direito romano, na visão de Scialoja, já se preocupava em defender por meio da *actio iniurarum* a propriedade intelectual. Assim sendo, os grandes investimentos no campo passaram a exigir uma tutela protecionista em razão dos concorrentes, que nasce em favor do editor, olvidando o papel do autor, com atuar de natureza monopolista.

O marco na relação entre o autor e a sua obra ocorre com a *invenção da tipografia* por Johann Gutenberg (1390-1468), em Mainz, onde a literatura era até então manuscrita e sob o controle do clero, passando a ser reproduzida em larga quantidade através do trabalho gráfico da imprensa. Assim, com o aparecimento dos tipos móveis, em meados do século XV, a forma escrita fixa-se e as idéias atingem escala comercial. A partir daí, aparece o questionamento dos direitos autorais, a proteção e a remuneração dos autores. Em 1662, a *Licensing Act* proíbe a impressão de qualquer obra que não estivesse registrada, que consistia em uma forma de censura, pois não se licenciavam livros que ofendessem o licenciador.

Pessina cita que foi Pietro di Ravenna na República de Veneza (5.1.1491) o mais antigo canonista a ter reconhecido pelos governadores seu privilégio pessoal de exploração.

A conquista da proteção do direito do autor é lenta e gradual, fixando-se os marcos de evolução em um *copyright* (palavra inglesa, de uso internacional, indicativa de propriedade literária em direito autoral e que, no frontispício da obra ou, mais geralmente, no seu verso, acompanha o nome do beneficiário e o ano da primeira publicação, para os efeitos legais), em favor dos autores, através da *English Copyright Act* da Rainha Ana da Inglaterra,¹ passando pela Revolução Francesa, até a consagração de sua amplitude na legislação americana. Foi a Revolução Francesa (1789) que, através da *Loi Lakanal*, rompeu as práticas monopolistas, reconhecendo a plena liberdade de criação dos escritores, bem como o direito subjetivo à exploração exclusiva de suas obras. Aliás, através de uma Ordenação Real (1777), a França já tinha definido a propriedade vitalícia do autor da obra, proibindo sua *falsificação*. O *droit d'auteur* era uma extensão do direito da personalidade, pois questionava a *regra do registro prévio*, que veio a ser afastada no final do século XX, diante da adoção do sistema continental, que estabelecia a proteção independentemente de registro.

Na atualidade é a ferramenta jurídica padrão, administrada pela Organização Mundial de Proteção Intelectual (OMPI), que vige nos países que integram a Organização Mundial de Comércio (OMC). Assinale-se que a lei autoral brasileira é uma das mais modernas e foi promulgada sob a égide do TRIPS (Acordo sob Aspectos do Direito da Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio), firmado pelo Brasil no âmbito da Organização Mundial de Comércio.

A natureza jurídica da obra literária ou artística é assaz controversa. A característica da *reprodutividade* responderia pela exigibilidade da tutela, em virtude de tratar-se de um bom produto de utilidade patrimonial. Não se pode comparar o autor com um vendedor ambulante, pois as criações do espírito são as idéias, e a obra literária e artística se

¹ Editado em 10 de setembro de 1710, o *English Statute of Anne* concedeu pela primeira vez aos autores de obras literárias o privilégio de reprodução pelo período de 14 anos, extinguindo o sistema de privilégios dos editores e impressores, que passaram a operar suas atividades desde que houvesse autorização dos autores através de contrato de cessão.

caracteriza por ser humana (v.g.: o texto originário de um computador não é obra de arte ou literária).

Na velha discussão no plano doutrinário sobre a *natureza jurídica do direito autoral*, há os autores que defendem uma postura única de mero *direito da personalidade*, os que advogam pura característica de direito patrimonial e aqueles que defendem uma posição *sui generis*, que não se confundiria nem com o *direito de personalidade* nem com o *direito da propriedade*. Segue-se que, no Brasil, o aspecto moral é destacado no Código Criminal de 1830, que instituiu o *crime de contrafação*, punido com a perda dos exemplares. Há uma Lei, a de 11.8.1827, que criou os cursos jurídicos de São Paulo e Olinda, dando o privilégio exclusivo aos lentes sobre compêndios de suas lições pelo prazo de 10 anos.

O direito autoral é um *direito especial*, sujeito a uma disciplina própria, com princípios e regras consagrados universalmente, com peculiaridades que o distinguem do complexo normativo dos demais direitos privados.

A obra intelectual jamais poderia ser considerada como bem de produção. O direito do autor, para alguns, seria um direito real *sui generis*, tendo por objeto a obra. Todavia, tal problemática não escapou à acuidade de J. O. Ascensão, quando leciona que *“a qualificação do direito do autor como um direito exclusivo não está dependente da sua qualificação como direito pessoal ou patrimonial”*.

A nosso aviso, inexistente uma verdadeira propriedade, sendo que a essência *patrimonial* se encontra na exploração econômica da obra. É que, sem dúvida, há um *direito pessoal* e um *direito patrimonial*.

Vê-se, assim, que o legislador criminal se houve com acerto ao não o incluir no pacote dos injustos patrimoniais, criando a rubrica relativa aos injustos contra a *propriedade intelectual*.

O *direito do autor* é o ramo do ordenamento jurídico que disciplina a atribuição dos direitos restritos a obras literárias e artísticas, ao passo que o direito autoral engloba os denominados direitos conexos aos do autor. O direito do autor pode ser objeto de renúncia, mas inexistente prescrição e torna-se impossível usucapi-lo. A natureza e o interesse coletivo criam limitações, ao menos do ponto de vista econômico, ao direito do autor, caindo a obra no domínio público,

vencido o prazo de proteção *post mortem* (v.g.: a) obras em relação às quais vence o prazo de proteção; b) obras de autores falecidos que não tenham deixado sucessores; c) obras de autores desconhecidos, transmitidas pela tradição oral; d) obras publicadas em países que não participem de tratados aderidos pelo Brasil).

São previstos no capítulo relativo aos *injustos contra a propriedade intelectual* o injusto do tipo de *violação do direito autoral* (*reprodução, comercialização, oferecimento ao público* de obra com violação do direito autoral).

2. VIOLAÇÃO DE DIREITO AUTURAL

2.1. Evolução histórico-normativa do direito pátrio

As Ordenações Filipinas tratavam da impressão de livros sem licença do Rei (*“Por evitarem os inconvenientes, que se podem seguir de se imprimirem em nossos Reinos e Senhores, ou de se mandarem imprimir fora delles livros ou obras feitas por nossos vassallos, sem primeiro serem vistos e examinados, mandamos que nenhum morador nestes Reinos imprima nem mande imprimir nelles, nem fora delles, obra alguma, de qualquer matéria que seja, sem primeiro ser vista e examinada pelos Desembargadores do Paço depois de ser vista e aprovada pelos Officiais do Santo Ofício da Inquisição. E achando os ditos Desembargadores do Paço que a obra he útil para se dever imprimir darão per seu despacho licença que se imprima e, não o sendo, a negarão”*).

O Código Penal de 1830,² sob a rubrica *furto*, tratou entre os injustos contra a propriedade: *“Imprimir, gravar, lithographar ou introduzir quaisquer escriptos ou estampas que tiverem sido feitos, compostos ou trazidos por cidadãos brasileiros, enquanto estes viverem e em dez anos depois da sua morte, sem deixar herdeiros. Penas - de perda de todos os exemplares para o autor ou traductor, ou seus herdeiros, ou, na falta delles, do seu valor e outro tanto, e de multa igual ao tresdobro do valor dos exemplares. Se os escriptos ou estampas pertencerem a corporações, a prohibição de imprimir, gravar, lithographar ou introduzir, deverão somente por espaço de dez anos.”*

²Art. 261 do CP/1830.

O Código de 1890 trouxe o primeiro desenvolvimento de natureza legislativa, ao tratar no Capítulo V, sob o título “*Dos Crimes contra a Propriedade Literária, Artística, Industrial e Commercial*”, na Seção I, sobre “*Da Violação dos Direitos da Propriedade Literária e Artística*”:

a) *imprimir, ou publicar em colleções, as leis, decretos, resoluções, regulamentos, relatórios e quaisquer actos dos poderes legislativo e executivo da Nação e dos Estados: Penas - de apprehensão e perda para a Nação ou Estado de todos os exemplares publicados ou postos à venda, e multa igual à importância do seu valor;* b) *reimprimir, gravar, lithographar, importar, introduzir, vender documentos, estampas, cartas, mappas e quaisquer publicações feitas por conta da Nação ou dos Estados, em officinas particulares ou publicas;* c) *reproduzir, sem o consentimento do autor, qualquer obra literária ou artística, por meio da imprensa, gravura ou lithographia, ou qualquer processo mecânico ou químico, enquanto viver, ou a pessoa a quem houver transferido a sua propriedade, e dez annos mais depois de sua morte, se deixar herdeiros;* d) *traduzir e expor à venda qualquer escripto ou obra, sem licença do seu autor;* e) *executar, ou fazer representar, em theatros os espetáculos públicos, composição musical, tragédia, drama, comédia ou qualquer outra produção, seja qual for a sua denominação, sem consentimento, para cada vez do dono ou autor;* f) *reproduzir qualquer produção artística sem consentimento do dono por imitação ou contrafacção.*

As penas pela violação do direito do autor e dos direitos conexos eram as de *apreensão*, perda dos exemplares e de multa em favor do autor.

Com o surgimento da Constituição de 1891³, a matéria ingressa em nível constitucional, consagrando o direito exclusivo de reprodução ao autor e seus herdeiros. A Lei nº 496, de 1º de agosto de 1898, *define e garante os direitos autorais* e revoga os arts. 342 e 343 (este que versava sobre a solidariedade entre o dono da oficina, autor ou importador, e o vendedor) do Código de 1890; e o Código Civil de 1916⁴ tratava “*Da Propriedade Literária, Científica e Artística*”, sendo

³Art. 72, § 26, CF/1891.

⁴Arts. 649 e 673 do CC/1916, que foram revogados pela Lei nº 9.610/1998.

o direito do autor protegido durante toda a sua vida, e por mais um prazo de 60 anos em favor de seus herdeiros.

Somente a Carta de 1937 olvidou a tutela constitucional.

A Constituição Federativa de 1988 estabelece que pertence aos autores o direito exclusivo de utilização, publicação ou reprodução de suas obras, transmissível aos herdeiros pelo tempo que a lei fixar,^{4a} bem como são assegurados nos termos da lei: **a)** a proteção às participações individuais em obras coletivas e à reprodução da imagem e voz humanas, inclusive nas atividades desportivas; **b)** o direito de fiscalização do aproveitamento econômico das obras que criarem ou de que participarem aos criadores, aos intérpretes e às respectivas representações sindicais e associativas.^{4b}

O Código Penal de 1940 regulou a matéria, excluindo-a do conjunto dos injustos patrimoniais, tratando no capítulo referente aos injustos contra a propriedade intelectual: *“Violar direito de autor de obra literária, científica ou artística: Pena - detenção de três meses a um ano, ou multa de mil a cinco mil cruzeiros.”* *Parágrafo único: “Na mesma pena incorre quem vende ou expõe à venda, adquire, oculta ou tem em depósito, para o fim de venda, obra literária, científica ou artística, produzida com violação de direito autoral.”*⁵

O Código Penal de 1969 tratava da *“Violação de Direito Autoral ou Direitos Conexos”* (*“violar direito de autor ou direitos conexos previstos em lei”*).⁶

Os arts. 184 e 186 do Código Penal de 1940 recebem nova redação pela Lei nº 6.895, de 17 de dezembro de 1980 (*“Art. 184. Violar direito autoral: Pena - detenção de três meses a um ano, ou multa de dois mil a dez mil cruzeiros. § 1º Se a violação consistir na reprodução, por qualquer meio, de obra intelectual, no todo ou em parte, para fins de comércio, sem autorização expressa do autor ou de quem o represente, ou consentir na reprodução de fonograma e videofonograma, sem autorização do produtor ou de quem o represente: Pena - reclusão de um a quatro anos e multa de dez mil a cinqüenta*

^{4a}Art. 5º, XXVII, CF/88.

^{4b}Art. 5º, XXVIII, CF/88.

⁵Art. 184 do CP/1940.

⁶Art. 201 do CP/1969.

mil cruzeiros. § 2º Na mesma pena do parágrafo anterior incorre quem vende, expõe à venda, introduz no País, adquire, oculta ou tem em depósito, para o fim de venda, original ou cópia de obra intelectual, fonograma ou videofonograma, produzidos com violação de direito autoral.(...) Art. 186. Nos crimes previstos neste capítulo somente se procede mediante queixa, salvo quando praticados em prejuízo de entidade de direito público, autarquia, empresa pública, sociedade de economia mista ou fundação instituída pelo Poder Público, e seus casos previstos nos §§ 1º e 2º do art. 184 desta Lei”).

Anote-se que a Declaração Universal dos Direitos do Homem consagra em seu art. 27: “1 - Toda pessoa tem direito de participar livremente da vida cultural da comunidade, de gozar das artes e de participar do programa científico e dos benefícios que dele advenham. 2 - Toda pessoa tem direito à proteção dos interesses morais e materiais que lhe correspondam por motivo das produções científicas, literárias ou artísticas de que seja autora.” No plano internacional, proliferaram os tratados bilaterais. É indubitável o relevante papel da Associação Literária e Artística Internacional, criada em 1878, e sob cujos auspícios foram celebrados os congressos de Lisboa (1880) e de Viena (1881), e principalmente o de Roma (1882), no qual foi redigido o Projeto de Convenção que originou a Convenção de Berna. O primeiro grande acordo é a Convenção de Berna (1886), que é padrão, caracterizado pelo protecionismo. Administrada pela Organização Mundial de Propriedade Intelectual, a Convenção de Berna foi revista em Estocolmo (1967) e objeto de nova revisão em Paris (1971). Podemos ainda citar a Convenção Universal do Direito do Autor, aprovada em Genebra (1952) e revista em Paris (1971). A Convenção de Roma para proteção de artistas e intérpretes ou executantes foi administrada pela Unesco (1961). O Brasil aderiu a quase todos os tratados, acordos ou convenções na área específica e ratificou-os.

O anteprojeto de 1984 fez diversas modificações em relação aos injustos contra a propriedade intelectual. Inicialmente, sob a rubrica “*Violação de Direito Autoral*”, a norma reitora passa a ter a seguinte redação: *produzir ou reproduzir obra intelectual com violação de direito autoral*; e passa a ter um parágrafo único que diz que a pena é aumentada até o dobro, se a produção ou reprodução de fonograma

ou videofonograma é para fins de comércio, bem como se o agente vende, expõe à venda, introduz no País, adquire, oculta ou tem em depósito, para fim de venda, original ou cópia de obra intelectual, fonograma ou videofonograma, produzido ou reproduzido com violação de direito autoral. Inclui-se, ainda, a *usurpação de nome* ou *pseudônimo alheio*.

Entendemos que a expressão *direito autoral* engloba os chamados direitos conexos do direito do autor.

A Constituição Federativa de 1988⁷ regula a propriedade intelectual em duas normas distintas: **a)** aos autores pertence o direito exclusivo de utilização, publicação, reprodução de suas obras; **b)** esse direito é transmissível aos herdeiros pelo tempo que a lei fixar. A Carta Republicana assegura os direitos do autor de obra intelectual, reconhecendo-lhe o direito de propriedade intelectual (obras literárias, artísticas, científicas e de comunicação).

O projeto Alcântara Machado previa os direitos do autor sob a rubrica *“Dos crimes contra a propriedade imaterial”*, abrangendo os injustos contra a propriedade industrial.

A Lei nº 8.635, de 16 de março de 1993, fez introduzir dois parágrafos ao art. 184 do Código Penal: *“§ 1º Na mesma pena do parágrafo anterior incorre quem vende, expõe à venda, aluga, introduz no País, adquire, oculta, empresta, troca ou tem em depósito, com o intuito de lucro, original ou cópia de obra intelectual, fonograma ou videofonograma, produzido ou reproduzido com violação de direito autoral. (...) § 3º Em caso de condenação, ao prolatar a sentença, o juiz determinará a destruição da produção ou reprodução criminosa.”*

A Lei que regula os direitos autorais, estendendo-se essa denominação aos direitos autorais e aos que lhes são conexos, é a Lei nº 9.610, de 19 de fevereiro de 1998.

O anteprojeto de 1999, no que concerne aos injustos contra a propriedade intelectual, estatui a rubrica da *violação do direito autoral qualificada*, que consiste: *“I - utilização, por qualquer meio, de obra intelectual, no todo ou em parte, para fins de comércio, sem autorização expressa do autor ou de quem o represente; II - reprodução,*

⁷Art. 5º, XXVII, IX, X, XXVIII, CF/1988.

fonograma ou obra audiovisual, sem autorização do produtor ou de quem o represente; III - transmissão ou retransmissão, não autorizada pelo produtor, de sons ou imagens.” Repete-se o texto do § 2º, do art. 184 do Código Penal. A resposta penal é muito menos aflictiva (Pena - detenção, de um a três anos, e multa). O injusto de *usurpação de nome ou pseudônimo alheio* também passa a ter uma sanção de detenção, de um mês a um ano, ou multa. Criminaliza o atuar sob o **nomen iuris** alteração de obra de criação alheia (*“Modificar ou mutilar obra de criação alheia, prejudicando a reputação do autor”*).

Com a edição da Lei nº 10.695, de 1.7.2003, foi revogado o art. 185 do Código Penal que definia o injusto de usurpação de nome ou pseudônimo alheio e fez acrescentar ao art. 184 do Código Penal o § 4º (*“O disposto nos §§ 1º, 2º e 3º não se aplica quando se tratar de exceção ou limitação ao direito do autor ou os que lhe são conexos, em conformidade com o previsto na Lei nº 9.610, de 19 de fevereiro de 1998, nem cópia de obra intelectual ou fonograma, em um só exemplar, para uso privado do copista, sem intuito de lucro direto ou indireto”*).

2.2. Objetividade jurídica

O direito autoral, que engloba o direito do autor e os chamados direitos conexos do direito do autor (direitos dos artistas, intérpretes ou executantes, dos produtores de fonogramas e dos organismos de radiodifusão), disciplina a atribuição de direitos relativos às obras literárias, científicas e artísticas.

O *objeto jurídico* é o *direito autoral*, objetivando a proteção da exploração econômica (garante ao criador o direito de ter o seu nome impresso na divulgação de sua obra e o respeito à indignidade desta, além de lhe garantir os direitos de modificá-la, ou mesmo impedir sua circulação) e moral (regula as relações jurídicas da utilização econômica das obras intelectuais) da obra. Como vimos, a característica da reprodutividade reclama a tutela legal.

O *objeto de direito autoral* situa-se no caráter criativo, pouco importando o mérito da obra, salvo na hipótese de constituir ilicitude penal (pornográfica ou obscena). Ensina com propriedade Paulo José da Costa Jr. ser *“essencial que a obra surja como resultado de uma*

atividade que tenha trazido para o mundo exterior algo que antes não existia. Nisto consiste a originalidade”.

De resto, se não há criação, não há objeto a ser tutelado.

O *objeto material* da ação são as obras intelectuais protegidas, incluídos os textos de obras literárias, artísticas ou científicas (conferências, alocuções, sermões, obras dramáticas e dramático-musicais; coreográficas, audiovisuais, cinematográficas, fotográficas, desenho, pintura, gravura, escultura, litografia, arte cinética, ilustrações, mapas, projetos, esboços, adaptações, traduções; programas de computador, coletâneas, analogias, enciclopédias, dicionários, base de dados, enfim, uma criação intelectual). Na avaliação do objeto, a criação e a originalidade caracterizam a obra intelectual. Se já existia obra idêntica, não há aquisição de direitos. Ao autor de obra análoga incumbirá o ônus da prova, visto que o registro, a divulgação ou a publicação criam a presunção em relação à originalidade.

Ao contrário da Consolidação das Leis Penais, que em seu art. 342 estatuiu quais os direitos autorais, na legislação pátria em vigor é norma penal em branco, tendo como fonte completa a Lei nº 9.610, de 19 de fevereiro de 1998. Não se pode olvidar o caráter de *vitaliciedade* dos direitos patrimoniais do autor.

Trata-se de tipo comum, comissivo, de forma livre, doloso, de lesão (distribuição, venda, locação, aquisição) ou de mera conduta (ocultação ou introdução de fonograma no país; ou no oferecimento ao público), instantâneo ou permanente (ocultação, depósito ou exposição à venda), plurissubsistente e unilateral. Na hipótese de várias representações teatrais sucessivas, execuções orquestrais, edições ou tiragens de livros ou discos, configura-se o crime continuado. Admite-se a tentativa.⁸

2.3. Sujeitos ativo e passivo

O *sujeito ativo* pode ser qualquer pessoa que viole direito do autor ou que lhe for conexo. Como ensina J. O. Ascensão: *“O direito do autor caracteriza-se em faculdades de caráter patrimonial e em faculdades de caráter pessoal.”* Admite-se a co-autoria com o editor,

⁸Neste sentido: Luiz Regis Prado, op. cit., 8, 609.

empresário da representação, atores, vendedores, desde que atuem com a consciência da ilicitude do obrar, lesionando os direitos morais e patrimoniais do titular sobre a obra intelectual produzida.

O sujeito passivo é o autor da obra, criador de obra literária, artística ou científica, que pode se identificar através de seu nome civil completo ou abreviado, iniciais, pseudônimo ou qualquer outro sinal convencional, cujos direitos morais são inalienáveis e irrenunciáveis, seus herdeiros e sucessores, bem como a pessoa jurídica, como concessionária ou sucessora dos direitos autorais.⁹ Cabe ao autor o direito de utilizar, fruir e dispor da obra literária, artística ou científica, bem como pode autorizar sua utilização ou fruição, no todo ou em parte, por terceiros (pessoa física ou jurídica).

Tratando-se de obra anônima ou pseudônima, caberá a quem publicá-la o exercício dos direitos patrimoniais do autor.^{9a} A omissão do nome do autor, ou de seu co-autor, na divulgação da obra não presume o anonimato ou a cessão de seus direitos.^{9b}

Com a edição da Lei nº 10.695/2003 foi ampliado o espectro normativo de proteção complementativa da norma penal em branco, incluindo os *artistas intérpretes* (cantores, atores de peças teatrais e televisivos) e *executantes* (músicos de orquestra ou banda). Diz o legislador que o autor que alienar obra de arte ou manuscrito, sendo originais os direitos patrimoniais sobre a obra intelectual, tem direito irrenunciável e inalienável a participar da mais-valia que a eles advierem, em benefício do vendedor, quando novamente alienados. Se é caso de obra anônima ou pseudônima, os direitos autorais cabem a quem publicá-la. Os direitos patrimoniais do autor extinguir-se-ão por toda a vida e será de setenta anos¹⁰ o prazo de proteção sobre as obras anônimas ou pseudônimas, contado de 1º de janeiro do ano imediatamente posterior ao da primeira publicação. Advirta-se que os direitos do autor podem ser cedidos a terceiros, a título universal ou similar.

Não é *sujeito passivo* o revisor, atualizador, executivo da edição ou apresentador. Contudo, na obra cinematográfica são co-autores o

⁹José Henrique Pierangeli, op. cit., 1.5, 194.

^{9a}Art. 40 da Lei nº 9.610, de 19.2.1998.

^{9b}Art. 52 da Lei nº 9.610, de 19.2.1998.

¹⁰Art. 41 da Lei nº 9.610, de 19.2.1998.

autor do assento ou argumento literário, musical, o diretor e o produtor.

Pode-se ter, na violação do direito autoral de uma mesma obra, vários sujeitos passivos, isto é, múltiplos cessionários ou concessionários, que substituem o autor no plano patrimonial (v.g.: o romance, adaptado, depois, para o teatro, cinema e televisão). É comum a coexistência de vários titulares e sucessores contratuais ao lado do autor da obra, que fica privado dos direitos correspondentes (v.g.: reproduções, traduções, adaptações, arranjos, ou melhor, em obras derivadas, ou de “segundo grau”). Sucede que nas hipóteses aventadas o sujeito passivo deixa de ser o *criador*, para ser o *sucessor contratual*, na condição de cessionário ou concessionário, obviamente, desde que tenha havido seccionamento *total* dos elos de ligação de seu criador. São sujeitos passivos os co-autores da obra (letrista, autor de argumento em trilha sonora, roteirista, diretor de obra cinematográfica, teatral ou encenação televisiva).

A proteção dos direitos autorais independe de *registro*, sendo *facultativo*; o autor pode e deve registrar a sua obra conforme a sua natureza na Biblioteca Nacional, na Escola de Música e de Belas Artes da Universidade do Rio de Janeiro ou no Conselho Federal de Engenharia e Agronomia.

Aduza-se que isso poderá operar-se nas seguintes hipóteses: **a)** transferência contratual, total ou parcial, por meio de doação ou cessão de direitos; **b)** oneração com vínculos reais, como no caso do penhor ou do usufruto; **c)** na sucessão legítima ou testamentária; **d)** no abandono ou perda do exemplar único; **e)** na prescrição; **f)** na desapropriação. Não é sujeito passivo aquele cuja obra tenha sido retirada de circulação por força de sentença transitada em julgado, pois fica impedido de exercer a titularidade dos direitos autorais.

Por fim, no caso de *titulares derivados*, a derivação plena ocorre somente em relação ao fenômeno naturalístico sucessório, pois ficam sempre mantidos os vínculos morais personalíssimos do autor, atribuindo-se ao Estado a defesa da obra que caiu no *domínio público*.

Os direitos morais e patrimoniais sobre sua obra pertencem ao autor que a criou, que tem o direito exclusivo de utilizar, fruir e dispor da obra literária, artística ou científica. Nada poderá ser reproduzido sem sua expressa e prévia autorização.

2.4. Elementos objetivos

A ação típica consiste em realizar a figura típica, isto é, violar (infringir, ofender, transgredir, descumprir, desrespeitar) o direito do autor e os que lhe forem conexos. A lei penal não define o que seja direito do autor e os que lhe são conexos. Trata-se de norma penal em branco. A norma completiva está na Lei nº 9.610, de 19 de fevereiro de 1998. Os direitos conexos são os correlatos dos de autor, de artistas-intérpretes ou executantes, produtores fonográficos e as empresas de radiodifusão.¹¹

Cogitando de direitos conexos ao direito do autor, figuram como sujeitos passivos os artistas-intérpretes (atores, cantores, bailarinos), produtores fonográficos e as empresas de radiodifusão.¹²

Entendemos que o autor, mesmo que realize contrato de cessão de seus direitos patrimoniais, mantém o seu direito moral sobre a obra. Trata-se de direito inalienável e irrenunciável, pois é um conjunto englobante dos elementos morais e pecuniários, dentro da tríplice característica (criatividade, originalidade e exterioridade). Nos países da *common law*, o *copyright* é direito de propriedade. Aduza-se que a pessoa jurídica pode ser titular de tais direitos. Na hipótese de não mais ser o autor ou o titular do direito de propriedade de exploração da obra o seu titular, a *utilização* está subordinada ao Conselho Nacional de Direito Autoral. A Constituição Federativa de 1988, em seu art. 5º, incisos XXVII e XXVIII, alíneas **a** e **b**, regula a matéria.

Os *direitos morais*^{12a} do autor são: **a)** reivindicar, a qualquer tempo, a paternidade da obra; **b)** ter seu nome, pseudônimo ou sinal convencional indicado ou anunciado, na utilização da obra;^{12b} **c)** conservá-la inédita; **d)** assegurar a integridade, opondo-se a quaisquer modificações, ou à prática de atos que, de qualquer forma, possam prejudicá-lo, ou atingi-lo, como autor, em sua reputação ou honra; **e)** modificar a obra,^{12c} antes ou depois de utilizá-la; **f)** retirá-la de circulação, ou cancelar-lhe qualquer forma de utilização já autorizada; **g)**

¹¹Arts. 90 a 95 da Lei nº 9.610/98.

¹²Neste sentido: Julio Fabbrini Mirabete, *Manual de Direito Penal, Parte Especial*, 22ª ed., São Paulo, Atlas, 2004, 18.1.5, 375.

^{12a}Art. 24 da Lei nº 9.610, de 19.2.1998.

^{12b}Art. 108 da Lei nº 9.610, de 19.2.1998.

^{12c}Arts. 24, § 3º, e 66, Lei nº 9.610, de 19.2.1998.

ter acesso a exemplar único e raro da obra, quando se encontre legitimamente em poder de outrem, para o fim de, por meio de processo fotográfico ou assemelhado ou audiovisual, preservar a memória, de forma que não cause o menor inconveniente possível a seu detentor, que, em todo caso, será indenizado de qualquer dano ou prejuízo que lhe seja causado.

Outrossim, depende de autorização do autor de obra literária, artística ou científica a edição, a tradução, a adaptação ou inclusão em fonograma ou película cinematográfica, a comunicação ao público, a execução, representação, recitação ou declamação, radiodifusão, emprego de alto-falantes, videofonografia.

Ao artista, herdeiro ou sucessor, a título oneroso ou gratuito, cabe o direito de impedir a gravação, reprodução, transmissão, ou retransmissão, por empresa de radiodifusão, ou utilização de suas interpretações em execuções, quando não dado prévio e expreso consentimento. O produtor de fonogramas tem o direito de autorizar ou proibir-lhe a reprodução.

Visualizada a questão das *limitações aos direitos do autor*, constatamos **ex lege** que *não constitui ofensa*: **a)** a reprodução; **b)** os trechos de obras já publicadas ou, ainda que integral, de pequenas composições alheias no contexto de obra maior, desde que esta apresente caráter científico, didático ou religioso e haja a indicação da origem e do nome do autor; **c)** na imprensa diária ou periódica, de notícia ou de artigo informativo, sem caráter literário, publicados em diários ou periódicos, com a menção do nome do autor, se assinados, e da publicação de onde foram transcritos; **d)** no corpo de um escrito, de obras de arte, que sirvam como acessório para explicar o texto, mencionados o nome do autor e a fonte de que provierem; **e)** de obras de arte existentes em logradouros públicos; **f)** de retratos, ou de outra forma de representação da efígie, feitos sob encomenda, quando realizada pelo proprietário de objeto encomendado, não havendo a oposição da pessoa neles representada ou de seus herdeiros; **g)** a reprodução, em um só exemplar, de qualquer obra, desde que não tenha como objeto a utilização com fim de lucro; **h)** a citação, em livros, jornais ou revistas, de passagens de quaisquer obras, para fins de estudo, crítica ou polêmica; **i)** o apanhado de lições em estabelecimentos de ensino

por aqueles a quem elas se dirigem, vedada, porém, sua publicação, integral ou parcial, sem autorização expressa de quem as ministrou; j) e, finalmente, a utilização de obras intelectuais quando indispensáveis à prova judiciária ou administrativa.

É considerada uma gravura de arte original aquela em que o artista que criou o desenho é o mesmo que realizou a gravação e, na maior parte das vezes, também a impressão. Não se deve confundir com a “gravura de reprodução”, que não é realizada pelo autor da gravura original.

A *assinatura* é uma afirmação do individualismo, e, nos primórdios, o ato de copiar uma gravura não era considerado plágio, mas sim o de colocar uma assinatura nessa cópia. Há inúmeros casos de reprodução feita por processo manual por mais de duas pessoas, assinadas e numeradas pelo artista criador do desenho, passando por original (v.g.: Rembrandt, em determinada chapa terminada por Seghers, denominada **O anjo guiando Tobias**, retira o anjo e Tobias e modifica a paisagem, acrescentando gravação sua, criando uma **Fuga para o Egito**).

Ainda que inexistisse norma legal que instituisse punição contra as violações do que se denominaria ser direito dos autores das obras intelectuais, sempre esteve presente a reprovação moral, que impunha o repúdio público do contrafator e a sua desonra e desqualificação nos meios intelectuais. A constatação de um *plágio* é questão complexa de difícil avaliação pelos peritos judiciais, diante das subjetividades e da imaterialidade características da propriedade intelectual.

A *contrafação* é a imitação fraudulenta de obra literária, científica ou artística, bem como de fonograma, não autorizada. Salienta Hungria a dificuldade da prova em relação a certas obras, mapas geográficos e topográficos, diante da inexistência de um trabalho criativo, restringindo-se tão-só a reprodução do que existe no mundo objetivo.¹³ O *plágio* (usurpação de autoria) se constitui no ato ilícito de imitar trabalho alheio, principalmente reproduzindo, no todo ou em parte, obra literária, científica ou artística de outrem, sem o seu consentimento ou omissão da fonte, como se fosse própria.¹⁴ Ensina Hungria que há

¹³Nelson Hungria, *op. cit.*, 184, 239.

¹⁴Academia Brasileira de Letras Jurídicas, **Dicionário Jurídico**, 6ª ed., Rio de Janeiro, Forense Universitária, 2000, 644.

necessidade de se distinguir entre “a imitação servil e a imitação remota ou fluida”, só ocorrendo quando há usurpação de trechos relevantes da obra alheia, ocasionando a reprovabilidade ético-jurídica. Escreve Hungria que “para identificação do plágio criminoso não deve o juiz colocar-se no ângulo de vista demasiadamente susceptível ou rigoroso da ética literária ou artística”. Assim, não se constitui em plágio a mera cópia ou reprodução servil, mas o aproveitamento da criação, apresentada com nova roupagem.¹⁵ Na lição de Hungria, “se o plágio se limita ao que os franceses chamam *larcins imperceptibles, inexiste contrafação*”; em síntese: “Plágio quando alguém usurpa, pelo menos, trechos importantes da obra alheia ou essenciais de sua estrutura ideológica.”¹⁶

No plágio ocorre a usurpação, ao passo que a contrafação caracteriza-se pela atuação sobre obra alheia não declarada como própria, ocorrendo mais no direito de reprodução.

Não se deve confundir o juízo de tipicidade penal na figura da apropriação indébita em relação à ação de apropriar-se ou utilizar-se indevidamente de obra alheia, porque o objeto material da ação no injusto do tipo de apropriação indébita, previsto no art. 168 do Código Penal, é coisa material e não imaterial.

A consumação varia com a modalidade (v.g.: publicação ou reprodução abusiva, exposição ao público, execução, representação). Sabemos que, ocorrendo a exposição de *exemplares* (critério temporal) para a venda, haverá *crime permanente*, e, na hipótese de edições ou tiragens, representações, execuções, exposições sucessivas, crime continuado. De seu turno, a mera reprodução consome o injusto penal, abstraída a exposição à venda, embora no § 2º do art. 184, Código Penal, exija-se o recebimento do preço.

É admissível a tentativa. Apesar de tudo e de todas as advertências, há inúmeras publicações em que são feitas acusações de plágio no mundo da crítica literária e artística; porém, é deveras raro que se concretizem judicialmente e, mais ainda, com a procedência do pedido condenatório. Poderíamos aduzir, como vulnerabilidade às dificuldades probatórias, além do relativismo dos *conceitos de imita-*

¹⁵Nélson Hungria, *op. cit.*, 113, 338 e ss.

¹⁶Nélson Hungria, *op. cit.*, 183, 339.

ção e *originalidade*, o grave risco de que as imputações de plágio se traduzam em imputação de calúnia, invertendo papéis.

Nem toda *fotografia* merece amparo legal, cabendo à perícia decidir sobre o aspecto de sua *artisticidade*, bem como se a sua utilização está condicionada a normas especiais. Quando o retratado é pessoa humana, são respeitados os seus direitos e a difusão do uso de reproduções, no que concerne à proteção de imagem. A Constituição Federativa de 1988 assegurou inclusive o direito de indenização por dano à imagem. É conhecida a decisão judicial de que o modelo fotográfico não é co-autor de obra fotográfica, não sendo detentor de direitos autorais. Entendemos que o *modelo fotográfico* pode ser sujeito passivo de injusto do tipo de violação do direito autoral, porque há a proteção à imagem, desde que a foto tenha *artisticidade*.

Enfim, como já foi dito, a lei civil inclui no conceito de direito autoral os direitos do autor e os direitos conexos, sendo que, sob o ângulo do Direito Penal, a reprovação do obrar incide na cópia ou reprodução abusiva, excluindo-se a imitação ou o aproveitamento de idéias, métodos ou sistemas criados originalmente pelo autor.

Nossos Tribunais corretamente excluem o *modelo fotográfico* como autor ou *co-autor de obra fotográfica*; porém, há possibilidade do concurso de pessoas quando o violador do direito for o editor do livro, o empresário da representação teatral, o produtor do CD, ou mesmo os atores, vendedores ou co-partícipes, desde que conhecedores da fraude.

2.5. Elemento subjetivo

O injusto de violação de direito autoral (*caput*) é punível a título de dolo, vontade livre e consciente de violar o direito do autor, inexistindo elemento subjetivo especial do tipo (*animus lucri faciendī*).

Há possibilidade de ocorrer *erro do tipo*, se o sujeito ativo imaginar que a obra já caiu no domínio público.

2.6. Pena e ação penal

A pena cominada ao crime de violação do direito autoral é *alternativa*, isto é, privativa de liberdade, de *detenção*, de três meses a um ano, ou *multa*.

A ação penal é pública de iniciativa privada (queixa). No caso de o sujeito passivo ser entidade de Direito Público, autarquia, empresa, sociedade de economia mista ou fundação instituída pelo Poder Público, a ação penal é pública incondicionada.

A ação penal é de iniciativa privada tão-só no caput do art. 184 do Código Penal, continuando para o procedimento em vigor os arts. 524 a 530 do Código de Processo Penal, que prevêem *procedimento especial prévio*, sendo necessário que o ofendido ajuíze requerimento para a expedição de mandado de busca e apreensão do objeto material do injusto de violação, realizando-se a perícia para a sua comprovação, só quando então viabilizará a *propositura da ação penal*.

2.7. Figuras típicas qualificadas

Ocorrerá a figura qualificada em duas hipóteses: **a)** se a violação constituir-se na reprodução, por qualquer meio, de obra intelectual, no todo ou em parte, com o intuito de lucro, sem autorização expressa do autor ou de quem o represente; **b)** consistir na reprodução de fonograma e videofonograma, sem autorização do produtor ou de quem o represente.

Já vimos que o fundamento básico do direito patrimonial do autor se encontra na exploração econômica da obra. Para a realização do tipo qualificado, é requisito que o agente atue objetivando um lucro direto ou indireto de *natureza patrimonial*. Vale esclarecer a presença de elementos normativos do tipo (*sem autorização expressa e sem autorização*), bem como na avaliação do elemento subjetivo o especial fim de agir (*animus lucri faciendi*).

2.7.1. Reprodução com o intuito de lucro

Constatamos através de várias reformas específicas a preocupação em fortalecimento do direito do autor de obra intelectual. Registre-se que a Lei nº 6.895, de 17.12.1980, fez incluir dois parágrafos ao art. 184 do Código Penal, os quais vieram a ser revogados pela Lei nº 8.635, de 16.3.1993, tendo sido processada nova reforma pela Lei nº 10.695, de 1.7.2003. Aduza-se que a Lei nº 9.609, de 19.2.1998, já dispunha sobre a proteção da propriedade intelectual de programa de

computador¹⁷ e sua comercialização, e no capítulo V define o injusto de violação de direitos de autor de programa de computador e regula ação penal mediante queixa e estabelece exceções.¹⁸ Pelo Decreto nº 2.894, de 22.12.1998, foram regulamentados a emissão e o fornecimento de selo ou sinal de identificação dos fonogramas e das obras audiovisuais, previstas no art. 113 da Lei nº 9.610, de 19.2.1998.

O tipo qualificado estatui que “*se a violação constitui em reprodução (cópia) total ou parcial, com o intuito de lucro direto ou indireto (através de intermediário), por qualquer meio ou processo (técnica), da obra intelectual, interpretação, execução ou fonograma, sem autorização expressa do autor, do artista intérprete ou executante, do produtor, conforme o caso, ou de quem o represente*”.¹⁹

Diante do verbo reitor *reproduzir* com o intuito de lucro (“pirataria”) há esfera de âmbito de mais reprovabilidade (reclusão, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa). Assim, é requerido que o obrar do sujeito ativo seja movido pelo *animus lucri faciendi*, direto ou indireto; caso contrário, deverá, na hipótese, incidir no caput do art. 184 do Código Penal. Se não há *originalidade* e já é do *domínio público*, inexistente incidência comportamental.

O injusto de reprodução não autorizada com o intuito lucrativo é material; a consumação ocorre com a real e efetiva reprodução, ainda que não tenha alcançado o lucro almejado (exaurimento).

Admite a tentativa.

2.7.2. Comercialização de obra intelectual

Cuida-se de tipo derivado composto de oito verbos reitores (distribuir, vender, expor à venda, alugar, introduzir no país, adquirir, ocultar e ter em depósito) que pune a realização da reprodução com o *animus lucri faciendi*, direto ou indireto, e sem a expressa autorização dos titulares dos direitos autorais ou de quem os represente.

Trata-se de norma penal em branco, pois as expressões normativas *obra intelectual, interpretação, execução e fonograma* têm seu conceito fornecido pela norma completiva da Lei nº 9.618/1998.

¹⁷Art. 1º da Lei nº 9.610, de 19.2.1998, define o que seja *programa de computador* para os efeitos legais.

¹⁸Arts. 12, 13 e 14 da Lei nº 9.610/98.

¹⁹Art. 184, § 1º, CP.

Cogita-se de reprodução não autorizada expressamente pelo titular dos direitos autorais, entendida como a multiplicação dos exemplares materiais da obra intelectual, objeto da proteção penal. Se o sujeito ativo obra sem o intuito de lucro, a conduta é atípica, ou desloca-se para o *caput* do art. 184 do Código Penal.

A nosso aviso, diante da expressão *sem a autorização expressa do autor*, estaríamos diante do *consentimento justificante*, pois o direito autoral está no grupo de determinados tipos de injustos, de *bens jurídicos renunciáveis*. A justificação requer um consentimento autorizado eficazmente.

Como já salientamos, o conceito de *obra intelectual* abarca as obras literárias, científicas, artísticas, programas de computador, coleções ou compilações, analogias, enciclopédias, dicionários, bases de dados e outras obras que por sua seleção, organização ou disposição de conteúdo constituam criação intelectual.²⁰ *Fonograma* designa toda a fixação de sons de uma execução, interpretação de outros sons ou de uma representação de sons, que não seja uma fixação em uma obra audiovisual.²¹

Questão delicada é a que se refere à abrangência ou não da qualificadora à reprodução de *videogames*. Há duas correntes: **a)** haveria incidência comportamental tão-só no tipo fundamental, diante da proibição da interpretação extensiva ou da analogia *in malam partem*, com reflexos também na ação penal de iniciativa privada ao invés de pública;²² **b)** são apenas espécies de obras intelectuais, não se podendo deixar de dar a devida interpretação extensiva.²³

A nosso sentir, seria um constrangimento lógico dar-se maior gravame da tutela aos *fonogramas* (CD's) do que aos *videogames* (DVD's) no combate à *pirataria*, sem olvidar que se trata de norma penal em branco que é completada pela Lei nº 9.610/1998.

As leis penais em branco, próprias ou impróprias, geram dificuldades hermenêuticas, pois os reenvios obrigam efetuar uma reconstrução preliminar dos conteúdos que são objeto de interpretação, risco

²⁰Art. 7º, XII e XIII, Lei nº 9.610/98.

²¹Art. 5º, IX, Lei nº 9.610/98.

²²Delmanto, *Código Penal Comentado*, 7ª ed., Rio de Janeiro, Renovar, 2007, 563.

²³Guilherme de Souza Nucci, *Código Penal Comentado*, 5ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 12, 743.

que se acentua quando remete a normas extrapenais. A doutrina questiona sobre os problemas de inconstitucionalidade; porém, cabe indagar se poderíamos prescindir por completo diante da variedade de situações das quais depende a lesão do bem jurídico protegido por um tipo em branco. A nosso sentir, há bens jurídicos cuja integridade depende de circunstâncias conjunturais, de variações inevitáveis. A tendência atual é direcionada à exigência de que a ação e o resultado se encontrem especificados em lei formal e que seus complementos se realizem de conformidade com os princípios informadores do Direito Penal (*usual principles of penal law*), conciliando as exigências político-criminais com as necessidades práticas.^{23a}

Túlio Lima Vianna, em direção contrária, sustenta que o autor nada perde com a cópia de sua obra, pois quanto mais pessoas lerem seus textos, ouvirem sua música e apreciarem a sua arte, tanto mais reputação ganhará na sociedade. Sustenta que, diante da natureza eminentemente privada e de seu caráter exclusivamente pecuniário, sua criminalização afronta os princípios de intervenção mínima e da vedação constitucional à prisão por dívida.^{23b}

A modalidade qualificada exclui a hipótese de receptação, constituindo-se em participação posterior à consumação do injusto penal (Hungria fala em “*concurso à execução do crime*”).

Somente na modalidade de *ocultar* ou *ter em depósito* há o especial fim de agir (*para o fim de venda*), como requisito do elemento subjetivo do tipo que é *permanente*.

Trata-se, na modalidade de “*expor à venda*”, de tipo formal, unissubsistente. O elemento subjetivo do tipo, na modalidade de difusão de obra intelectual contrafeita, exige o conhecimento de que é produto de violação do direito autoral.

2.7.3. Violação se constitui no oferecimento ao público

Com a edição da Lei nº 10.695/2003, o legislador adequou a legislação aos avanços da tecnologia. Assim, acrescentou a terceira

^{23a} Enrique Cury, *La Ley Penal em Blanco*, Bogotá, Temis, 1998, 14, 58/59.

^{23b} Túlio Lima Vianna, “A Ideologia da Propriedade Intelectual (a inconstitucionalidade da tutela penal dos direitos patrimoniais do autor)”, in *Revista da EMERJ*, v. 8, nº 20, 2005, 89/108.

qualificadora: se a violação se constitui no oferecimento público, mediante *cabo, fibra ótica, satélite, ondas ou qualquer outro sistema que permita ao usuário realizar a seleção da obra ou a produção para recebê-la*, com o intuito de lucro, direto ou indireto, sem autorização expressa, conforme o caso, do autor, do artista-intérprete ou executante, do produto de fonograma, ou de quem o represente.

O sujeito ativo é próprio, pois no oferecimento ao público com o *animus lucri faciendi*, direto ou indireto, está o *comerciante*, que mediante cabo, fibra ótica, satélite, ondas ou através de outro sistema permite a seleção da obra.²⁴

Guilherme de Souza Nucci lembra da violação do direito autoral pela *internet*, através do oferecimento ao público, com o *animus lucri faciendi*, de músicas, filmes e livros, proporcionando ao usuário da rede instalá-los em seu computador, lesando os direitos do autor.²⁵

A Lei nº 7.646/87 acolheu a tese que já era ditada no plano internacional, proclamando o direito do autor sobre programas de computador e tipificando a comercialização indevida. Na mesma direção, a Lei da Informática,^{25a} que dispõe sobre a propriedade intelectual do programa de computador, entende que o regime de proteção é aquele conferido às obras literárias pela legislação dos direitos autorais e conexos que constitui a Lei nº 9.610, de 19 de fevereiro de 1998, que atualizou e consolidou a legislação.

A Lei nº 11.723, modificada pela Lei nº 25.036, incluiu no conceito de obra protegida “*os programas de computação fonte e objeto, as compilações de dados e de outras matérias*”. A maioria da doutrina entende que o *software* estava implicitamente incluído na norma, porque essa continha uma enumeração não-taxativa e ampla. Através do Acordo ADPIC do GATT, introduzido pela Lei nº 24.425, dispõe que “*os programas de microcomputador, quer programas-fonte, quer programas-objeto, serão protegidos como obras literárias em virtude do Convênio de Berna (1971)*”.

²⁴Em sentido contrário: José Henrique Pierangeli, *op. cit.*, 16.4, 401, sustentando ser qualquer pessoa e até um ato isolado desde que realizado com o intuito de lucro.

²⁵Guilherme de Souza Nucci, *op. cit.*, 22-B,745

^{25a}Lei nº 9.609, de 19.2.1998.

Não podemos olvidar que o programa de computador tem natureza de *bem imaterial* e contempla uma finalidade econômica que não afasta os aspectos morais do direito do autor.

Na primeira década do século XXI, o mundo caminha na direção do aperfeiçoamento na defesa dos direitos da propriedade intelectual. Não podemos esquecer que a internet, especialmente serviço de troca de arquivo sem provedor central (*peer-to-peer*), afeta a exploração de obras intelectuais, com maior relevância musicais, possibilitando a prática de violações ao direito dos autores, vedada na Carta Republicana.^{25b}

Registre-se, nesta direção, nos Estados Unidos, a edição do **Digital Millennium Copyright Act** (1998). Na França, em 23 de novembro de 2007, foi celebrado acordo com produtores de audiovisuais, editores, provedores de acesso à *internet* e a plataforma de serviços *on-line*, objetivando medidas contra a violação dos direitos autorais (combate à pirataria).

No centro do questionamento jurídico está que a mesma força capaz de dar ao bem imaterial de propriedade intelectual status de bem em mercado, ao permitir a sua produção em escala, pode ser a mesma que dele retira o retorno econômico imediato, ao elevar os níveis de sua oferta. A evolução tecnológica impõe mudanças e adaptações na forma como o controle da propriedade intelectual (reprodução de músicas, filmes, programas de computador e de outros tipos de bens intelectuais que circulam pela *internet*).

A vertente de que a legislação brasileira deve mudar, *flexibilizando* em relação aos excessos de proteção os direitos autorais, não deve ser acolhida, mas, sim, incentivarmos uma maior fiscalização com a conscientização de repúdio ao produto pirata.

Note-se que o *elemento subjetivo* nas figuras qualificadas é o dolo, direto ou eventual, além do elemento especial do injusto consistente no intuito de lucro.

Para os nossos meios de comunicação, teoricamente, uma das formas alternativas para o controle da propriedade intelectual é o denominado *copyleft*, que se restringe às obras autorais, e não se aplica, pelo menos num modelo elaborado, aos bens imateriais in-

^{25b} Art. 5º, XXVII, CF/88, e arts. 46 a 48 da Lei nº 9.610/98.

dustriais. O retorno para o autor viria com a sua divulgação e com a prestação de serviços (obras musicais, produção de *shows*, palestras e conferências).

A nosso sentir, deve-se repudiar a pura instrumentalização do direito de autor à política da informação, bem como a diluição do direito de autor numa direção genérica do direito da informação.

Nos tempos atuais, o direito do autor não tem como centro de gravidade o autor como pessoa física criadora no amplo espectro do exercício de sua liberdade de criação intelectual, mas antes as empresas que operam nos mercados da comunicação e da informação. Realmente, o autor não passa de um sujeito, fungível, na produção dos conteúdos informativos, que as empresas exploram pela distribuição junto de outras empresas e do próprio consumidor final.^{25c}

2.8. Exceções ao direito do autor

O § 4º, do art. 184 do Código Penal, reza: *“O disposto nos §§ 1º, 2º e 3º não se aplica quando se tratar de exceção ou limitação ao direito do autor ou os que lhe são conexos, em conformidade com o previsto na Lei nº 9.610, de 19 de fevereiro de 1998, nem a cópia da obra intelectual ou fonograma, em um só exemplar, para uso privado do copista, sem intuito de lucro direto ou indireto.”*

A nosso aviso, tal dispositivo é rebarbativo, visto que explicitamente inaplicável às qualificadoras diante da ausência do dolo com o elemento subjetivo do injusto (*animus lucri faciendi*), sendo norma penal em branco, já destacada expressamente na Lei nº 9.610, de 19.2.1998.²⁶ A conduta é atípica. No que tange à parte final (*“...nem cópia de obra intelectual ou fonograma, em um só exemplar, para uso privado do copista, sem intuito de lucro direto ou indireto”*), fora das hipóteses da Lei nº 9.610, de 19.2.1998, aplica-se ao *caput* do art. 184 do Código Penal.

^{25c}Alexandre Dias Pereira, “Conferência proferida no Arquivo da Universidade de Coimbra”, no dia 9 de abril de 2003, in *Revista da ABPT*, 64, maio/junho de 2003, 21/28.

²⁶Art. 46 da Lei nº 9.610/98.

2.9. Pena e ação penal

A pena privativa de liberdade cominada às qualificadoras²⁷ é de reclusão, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa.

No que concerne à ação penal, será de iniciativa pública incondicionada nas hipóteses previstas nos §§ 1º e 2º, do art. 184 do Código Penal, ou quando praticado em prejuízo de entidade de direito público, autarquia, empresa pública, sociedade de economia mista ou fundação instituída pelo Poder Público.²⁸ No caso previsto no § 3º, do citado dispositivo legal, a ação penal é de iniciativa pública condicionada à representação.²⁹

O Código de Processo Penal³⁰ reza que: *“Nos casos das infrações previstas nos §§ 1º, 2º e 3º, do art. 184 do Código Penal, a autoridade policial procederá à apreensão dos bens ilicitamente produzidos e reproduzidos, em sua totalidade, juntamente com os equipamentos, suportes e materiais que possibilitam a sua existência, desde que estes se destinem precipuamente à prática do delito.”* Não há exigibilidade de sua perícia conduzida pelo perito do juiz,³¹ tão-só se requer que a análise do material apreendido tenha sido periciado oficialmente, ou por pessoa tecnicamente habilitada.³² ☐

²⁷Art. 184, §§ 1º, 2º e 3º, CP.

²⁸Art. 184, II e III, CP.

²⁹Art. 186, V, CP.

³⁰Art. 530-B do CPP.

³¹Art. 527 do CPP.

³²Art. 530-D do CPP.

O Direito à Vida

Claudio de Mello Tavares

Desembargador TJ/RJ. Presidente da 11ª Câmara Cível.

A extinção da CPMF não pode colocar fim ao debate democrático que interessa às camadas mais amplas da sociedade brasileira. O que está em causa, de fato, é o problema da saúde pública em nosso país. De um lado, é a perplexidade dos que assistem à permanente agonia de uma solução que nunca se consuma e se perde na vala escura das promessas sempre repetidas, mas jamais inteiramente cumpridas. De outro, a maioria esmagadora dos que, em razão da absoluta falta de recursos, penam na frustrada esperança do socorro a vir do Poder Público, quase sempre insatisfatório, senão inútil, por ausência ou ineficiência.

Trata-se de um triste espetáculo, porque visível aos olhos de todos. Tanto mais que exposto, a bem dizer diariamente, à luz candente dos meios de comunicação no seu mais notável serviço.

O clamor é imenso e não se mede apenas pelo ostensivo das eternas filas à porta dos hospitais e postos de saúde. O mal é insidioso e alcança, muita vez silenciosamente, os que se perdem na variada gama da Assistência Médica, não raramente subsumida no esfarelamento de providências pelas quais nem sempre é possível esperar.

Desse tipo, para mencionar apenas um exemplo, é o caso dos necessitados, à míngua de recursos pessoais, ou da pobreza absoluta, que, enfermos, não têm condições de se submeterem a tratamento apropriado, ou de obter os medicamentos necessários, indispensáveis e urgentes para a própria sobrevivência. Não são poucos os reclamos dos mais necessitados, que já chegaram, com natural freqüência, à barra dos tribunais. Especialmente nas hipóteses mais extremas e urgentes em que, sob argumento da falta de recursos específicos, a Administração Pública levanta a parede da impenhorabilidade dos bens públicos, na

forma de uma tradição jurídica em tais situações ultrapassada, como se fosse possível, ou necessário conter o que eminente jurista francês, desde a primeira metade do século passado, já denunciava como “a revolta dos fatos contra os Códigos”.

Em hipóteses dessa ordem, não só na primeira instância, mas também nos tribunais, já se vai consolidando o entendimento mais justo e consentâneo com as normas inscritas na vigente Carta Magna que, sob esse aspecto bem pode chamar-se de “Constituição Cidadã”, e com a própria legislação ordinária, segundo as quais o que é preciso proteger e resguardar, em tais situações dramáticas, é o direito à vida, inerente e indispensável à proteção da cidadania e da própria dignidade humana.

A regra da impenhorabilidade, mais do que a relutância da autoridade pública, há de ceder lugar ao propósito superior de dar-se ao indivíduo a possibilidade de vencer o obstáculo de natureza legal em favor da interpretação que melhor se ajuste aos mais sensíveis resultados, sociais e humanos do benefício pleiteado. A penhorabilidade desses bens, notoriamente constituídos por importâncias em moeda corrente e sujeitos aos aleatórios das proclamadas restrições orçamentárias, torna-se assim possível. E inegável, na medida em que a falta ou a impossibilidade de outro meio coercitivo, o que se sacrifica, afinal, é o indeclinável direito à vida e a oportunidade de exercê-lo em sua plenitude.

Tal entendimento, assim se cristaliza como obra meritória do direito pretoriano e como ação objetiva do Poder Judiciário. E acabar, ao que tudo indica, por vencer resistências apenas decorrentes da incompreensão e do apego exagerado dos que ainda se agarram à letra fria da lei, em detrimento de seu verdadeiro espírito e de sua mais importante finalidade. ☐

Métodos de Cumprimento da Tutela Específica

Carlos Eduardo da Rosa da Fonseca Passos
Desembargador do TJ/RJ.

A tutela específica consiste na condenação do devedor ao cumprimento de uma obrigação de dar (coisa certa ou incerta), fazer (fungível ou infungível) e não fazer.

Diz-se que a tutela é específica, porquanto, ao contrário das perdas e danos, corresponde, exatamente, àquilo que o credor pretende, daí seu caráter de especificidade, diferentemente das perdas e danos, que são estabelecidas quando não mais possível sua obtenção.

Todos devem respeitar a honra alheia. Se não há a consecução desse dever de abstenção, através daquela forma de provimento, a questão se resolve em perdas e danos.

Gradativas reformas processuais suprimiram o processo de execução fundado em sentença, tornando-o mera fase posterior do processo cognitivo (cumprimento da sentença), eis por que o uso das expressões, processo sincrético e sincretismo processual.

A tutela específica das obrigações de fazer e não fazer é cumprida conforme o art. 461, do CPC.

Suponha-se alguém condenado a cancelar uma hipoteca ou inscrição em cadastro restritivo de crédito. Tal obrigação é de fazer. A forma de seu cumprimento encontra-se estabelecida naquele dispositivo, o qual trata das obrigações de fazer e de não fazer, admitida a antecipação da tutela (art. 461, § 3º, do CPC).

Em princípio, a condenação será cumprida, visando, exatamente, ao que foi imposto pela sentença, só se convertendo em perdas e danos, se o credor assim o desejar ou se impossível atingir aquele resultado (art. 461, § 1º, do CPC). Destarte, aquelas constituem sucedâneo da tutela específica.

Dado que inadmissível coagir fisicamente o devedor, uma das formas de alcançar o adimplemento da obrigação é a imposição da multa (art. 461, § 4º, do CPC).

No entanto, tal modo de coerção, designado pela doutrina como medida de apoio, não se esgota nela.

O § 5º, do mesmo artigo, estabelece outras formas tendentes ao cumprimento da tutela específica (busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas etc.).

Na medida em que o legislador, naquele parágrafo, utilizou-se da expressão, “tais como”, evidente seu caráter exemplificativo, o que permite a adoção de outras providências, ainda que não previstas expressamente no texto.

Assim, no caso do cancelamento da hipoteca e da inscrição indevida no SERASA ou SPC, se a multa é infrutífera, ou mesmo se há outro método mais eficaz, deste o juiz deve valer-se para alcançar o resultado prático equivalente (art. 461, *caput*, do CPC, *in fine*).

Tal efeito pode ser obtido, *v. g.*, pela substituição da vontade do devedor, através da atuação judicial, que a supre.

Basta que o juiz, ao invés de impor a multa, o que muitas vezes prolonga o trâmite processual e implica em desperdício de atividades desnecessárias, oficie diretamente ao cartório do RGI ou aos cadastros restritivos de crédito, determinando a baixa. Tudo será resolvido de forma mais racional e rápida, ultimando-se de maneira simplificada a fase do cumprimento da sentença.

A medida de apoio – substituição da vontade do devedor através da determinação judicial exteriorizada pela expedição de ofício, tendente a efetivar a tutela específica –, conquanto não prevista no elenco do § 5º, do art. 461, do CPC, encontra-se estabelecida no art. 466-A, do mesmo estatuto, o qual disciplina a sentença relativa à obrigação de emitir declaração de vontade, modalidade de obrigação de fazer, caso em que a sentença vale como manifestação da vontade do devedor.

Cumprir destacar que não haverá afronta ao princípio da correlação entre o pedido do autor e a sentença (art. 460, *caput*, do CPC), visto que a condenação continua sendo aquela obrigação de fazer. Seu cumprimento, simplesmente, parece ensejar uma substituição do *petitum* por outra providência judicial.

Isso é só aparente, dado que se trata, apenas, de estabelecer uma medida de apoio voltada à obtenção do resultado prático equivalente. E aquela pode ser decretada, inclusive, de ofício (art. 461, § 5º, do CPC).

Ressoa evidente que esta forma de atuação só é pertinente, se a obrigação de fazer for fungível. Incabível, por motivos óbvios, sua aplicação nos casos de obrigações de fazer infungíveis e de não fazer. Cumpre ressaltar que esta forma de proceder torna fácil e abrevia o exercício da jurisdição, na medida em que evita a multiplicação de incidentes oriundos da aplicação da multa (exagero ou insignificância de seu valor).

As obrigações de dar coisa certa e incerta são cumpridas na forma do art. 461-A, do CPC. O § 3º deste artigo manda aplicar os §§ 1º a 6º, do art. 461, o que significa dizer que as medidas de apoio, anteriormente referidas, podem ser utilizadas nesta espécie de tutela específica se adequadas e necessárias.

Na obrigação de dar coisa incerta, após a condenação à sua entrega pela sentença, em determinado prazo, haverá necessidade de observância do período da concentração, em que se individualiza a coisa (art. 461-A, §1º, do CPC).

Tornada ou sendo certa a coisa, decorrido o prazo fixado pela sentença para a entrega do credor (art. 461-A, *caput*, do CPC), o juiz determinará a expedição de mandado de busca e apreensão ou imissão na posse, conforme seja a coisa móvel ou imóvel.

Face à remissão contida no § 3º, do art. 461-A aos §§ 1º ao 6º, do art. 461, ambos do CPC, óbvia a inferência de que as obrigações de dar também podem ser convertidas em perdas e danos, nas mesmas circunstâncias estabelecidas para as obrigações de fazer e não fazer.

Contudo, a regra é a obtenção da tutela específica, uma vez que significa, precisamente, o que o credor postulou, quando deduziu sua pretensão. ☐

Os Reajustes por Mudança de Faixa Etária nos Planos de Saúde

Luciana de Oliveira Leal

Juíza de Direito do TJ/RJ. Mestre em Justiça e Cidadania pela UGF.

INTRODUÇÃO

Os contratos de plano de saúde são contratos de prestação de serviços por meio dos quais o consumidor-contratante transfere onerosamente ao fornecedor-contratado os riscos de futuros eventos envolvendo sua saúde. Assim, o fornecedor se obriga a arcar com os custos - se existirem - da assistência médica necessária à manutenção ou ao restabelecimento da saúde do consumidor, nos limites da cobertura contratual a qual aderiu.

Dada a relevância social desta espécie de contrato, o oferecimento do produto plano de saúde ao consumidor é minuciosamente regulado na legislação pátria, tendo esta regulação por principal fonte normativa a Lei 9.565/1998 e como fontes secundárias os atos normativos expedidos pela ANS (Agência Nacional de Saúde) e pelo CONSU (Conselho de Saúde Suplementar), os quais atuam como legisladores extraordinários, editando, revogando ou modificando normas com vistas a alterar a relação de tratamento obrigatório, adaptando os contratos à evolução da ciência médica.

Os reajustes por mudança de faixa etária afetam sobremaneira estes contratos, de modo que são também limitados não apenas pela legislação vigente, mas pelas normas constantemente expedidas pela ANS e pelo CONSU, com vistas a evitar abusos.

É, precisamente, para se organizar os critérios que levam à legalidade ou não destes reajustes que se desenvolve este estudo.

ASPECTOS GERAIS

Como acima já mencionado, o contrato de plano de saúde é contrato de prestação de serviços. Por sua natureza, contudo, as coberturas possíveis, os tipos de contrato e seus valores de reajuste anual ou por mudança de faixa etária são minuciosamente regulados em lei.

A Lei 9.656/98, todavia, somente se aplica diretamente aos contratos celebrados a partir de sua vigência, na forma de decisão em ADIN do STF, cuja liminar foi concedida pelo então Ministro Nelson Jobim. Contudo, conforme o entendimento do STJ, a Lei 9.656/98 serve de boa orientação para a interpretação dos contratos a ela anteriores, que se regem apenas pelo CDC (REsp. 242.550-SP-18/02/2002). De qualquer modo, as cláusulas e estipulações dos contratos (critérios de reajuste, revisão de contraprestações, modificação de rede conveniada etc.) ficam sujeitas ao poder regulamentar da ANS e de seu órgão de assessoramento, o CONSU. Ademais, a relação jurídica existente entre a operadora e o usuário do plano ou seguro saúde será *sempre* uma relação de consumo, não importando se o contrato é coletivo ou individual, e os dependentes do titular do plano também são consumidores. Isto porque tanto a operadora como o usuário se enquadram nos conceitos dos arts. 2º e 3º, *caput*, do Código de Defesa do Consumidor, e a natureza do serviço contratado no conceito do art. 3º, § 2º, do mesmo diploma legal. Portanto, no plano de saúde, ainda que se trate de modalidade de autogestão, a operadora será fornecedora, e o contrato se submete às normas do CDC. Note-se que, embora o art. 35-H da Lei 9.565/98 mencione a aplicação subsidiária do CDC, sua incidência, na verdade, é direta, estando o contrato sujeito não apenas à Lei 9.565/98, mas também à lei consumerista.

O contrato será sempre de adesão, pois as cláusulas são preestabelecidas e o consumidor não tem como negociar com o fornecedor a sua modificação. Trata-se, ainda, de contrato cativo de longa duração, no dizer de Cláudia Lima Marques, porque se enquadra na

“...série de novos contratos, ou relações contratuais que utilizam os métodos de contratação de massa (através de contratos de adesão ou de condições gerais dos contratos), para fornecer serviços especiais de longa duração, envolvendo uma cadeia de fornecedores organizados entre si e com uma característica determinante: a posição de ‘catividade’ ou ‘dependência’ dos clientes, consumidores”.

Trata-se, ainda, de contrato de trato sucessivo e oneroso, em que a prestação dos serviços é feita por terceiro, e não diretamente pelo contratado (a prestação do serviço é feita pelo médico, pelo hospital, pelo laboratório credenciado, ou mesmo por rede própria do contratado, que apenas administra esta prestação dos serviços).

O contrato de plano de saúde pode ser, ainda, coletivo ou individual, e pode adotar a modalidade de autogestão. Todas as hipóteses, porém, se sujeitam às normas do CDC e são reguladas pela Lei 9.565/98, sujeitando-se, igualmente, ao poder regulamentar da ANS.

OS REAJUSTES POSSÍVEIS

Em todas as modalidades de contrato de plano de saúde, o reajuste pode ser anual, atuarial ou por mudança de faixa etária. Os dois primeiros visam a atualização das mensalidades com base no aumento dos custos da operadora, seja pela inflação (aumento anual) ou pela mudança de perfil de utilização do plano, o que gera alterações no risco transferido à operadora (aumento atuarial). O terceiro igualmente se vincula ao risco, na medida em que é fato notório que, quanto maior a idade, maior a probabilidade de utilização de serviços médicos e, portanto, maior o risco assumido pela operadora, com variação, portanto, da equação atuarial que orienta a formação dos custos das operadoras e seguradoras.

O objetivo, aqui, é verificar em que circunstâncias este último reajuste é válido. Ainda citando Cláudia Lima Marques, “só deve ser possível o aumento ou reajuste geral por faixas que não seja objetivo, específico ou por sinistralidade, e sim um aumento do risco abstrato de doenças”.

Tal reajuste não é, portanto, inválido *a priori*. Ao contrário, é válido e atende à natureza do contrato, tanto que autorizado pela Lei 9.656/98, em seu art. 15, o qual se aplica prevalecendo sobre o CDC, vez que, em relação a este, é norma especial, reguladora de uma espécie de contrato de consumo. O CDC incidirá como sobrenorma, de forma que seus princípios e regras se aplicam igualmente ao contrato, tanto diretamente como em conjunto com as normas específicas da Lei 9.656/98, e ainda na interpretação das normas contratuais.

Assim, considerando-se os requisitos do art. 15 c/c 16, IV da Lei 9.656/98 e os princípios do Código de Defesa do Consumidor, pode-se afirmar que a validade da cláusula que estabeleça o reajuste pressupõe:

a) Previsão expressa no contrato inicial, com indicação dos percentuais de reajuste para cada faixa etária.

b) Que desta(s) cláusula(s) se dê ciência prévia ao usuário do plano, sendo ônus da operadora comprová-la.

c) Que a cláusula esteja grafada com o devido destaque e em termos que facilitem sua compreensão, tornando-a de fácil visualização para o consumidor.

d) Que os percentuais fixados atendam a critérios de razoabilidade, de modo a evitar que a prestação do consumidor seja desproporcional, colocando o fornecedor em vantagem excessiva, hipótese em que incidirá o disposto no art. 6º, inc. V, do CDC.

e) Não esteja caracterizada a exceção prevista no parágrafo único do art. 15 da Lei 9.656/98 (consumidor com mais de 60 anos de idade e mais de 10 anos de contrato).

Para se concluir, assim, pela validade ou não da cláusula contratual que estabelece o reajuste por mudança de faixa etária, há que se verificar, em cada caso concreto, se estes requisitos de validade foram atendidos. A resposta negativa a qualquer deles acarreta a invalidade da cláusula, quer por força do art. 15 da Lei 9.656/98 (itens *a* e *e*), quer por força das normas do CDC, autorizando o julgador, portanto, a afastar a aplicação da cláusula que estabelece o reajuste, por meio de sua nulidade, ou a modificar o percentual aplicado, considerando-se a natureza do contrato e a necessidade de manutenção do equilíbrio contratual, que exige, entre outras condições, a equivalência das prestações devidas por cada contratante.

Em resumo, ao julgador restam as seguintes possibilidades no momento de decidir:

- declarar nula a cláusula que prevê aumento em função da faixa etária, limitando os aumentos possíveis ao reajuste anual do contrato, com percentual fixado pela ANS;

- reconhecer a validade da cláusula, mantendo-a tal como contratada;

- reconhecer a legalidade da cláusula, mas também a conseqüente onerosidade excessiva do percentual aplicado (o que se verifica caso a caso, de acordo com as condições do consumidor) e excluir o aumento, ou reduzir o percentual, com base no princípio da razoabilidade.

Há, ainda, um outro aspecto a se destacar, que é a vigência do Estatuto do Idoso, estabelecido pela Lei 10.741/2003, que em seu art. 15, § 3º determinou que “é vedada a discriminação do idoso nos planos de saúde pela cobrança de valores diferenciados em razão da idade”. A ANS, visando adequar os contratos à nova realidade legal, editou a Resolução RN 63, em 22/12/2003, e estabeleceu 10 (dez) faixas, sendo a última a partir de 59 anos. Limitou a variação entre a 1ª e a última a 500%. A distribuição do reajuste entre as faixas etárias ficou a critério das operadoras, mas os reajustes aplicáveis às 4 últimas (da 7ª à 10ª) faixas não podem somar mais do que os aplicáveis da 1ª à 7ª faixas. Assim, os idosos ficam isentos do pagamento de reajustes por mudança de faixa etária. Contudo, a aplicação desta resolução somente se dá sobre os contratos celebrados a partir da vigência da Lei 10.741/2003, na medida em que suspenso o art. 35-E da Lei 9.656/98, por liminar deferida na ADIN 1931, afastando-se sua incidência sobre os contratos anteriores à Lei 9.656/98.

Desta forma, a legislação aplicável aos reajustes por mudança de faixa etária assim se resume:

- Contratos anteriores à Lei 9.656/98: decide-se com aplicação do Código de Defesa do Consumidor. A Lei 9.656/98 incide de modo indireto, como orientação para a interpretação do contrato.

- Contratos posteriores à Lei 9.656/98: decide-se com base no art. 15 desta lei, em leitura conjunta com o Código de Defesa do Consumidor.

- Contratos posteriores ao Estatuto do Idoso: aplicam-se o art. 15 da Lei 9.656/98, o Código de Defesa do Consumidor e a RN nº 63/2003.

CONCLUSÃO

Os reajustes por mudança de faixa etária são necessários à preservação da equivalência das prestações devidas pela operadora dos planos de saúde e pelo consumidor, na medida em que há efetivo aumento do risco assumido pelo fornecedor, já que os problemas de saúde são proporcionais ao aumento da idade, abstratamente considerado.

Contudo, devem se manter em limites de periodicidade e de percentuais que não inviabilizem a manutenção do vínculo contratual, sob pena de grave violação do equilíbrio contratual imposto pelos princípios estabelecidos no CDC.

Assim, é de grande relevância a atuação do Poder Judiciário no restabelecimento do equilíbrio contratual violado por reajustes fundados em cláusulas nulas, ou, ainda, estabelecidos em percentuais que importem em excessiva onerosidade ao consumidor. ☐

Responsabilidade Extracontratual – Fato da Vítima

Alessandra Cristina Tufvesson Peixoto
*Juíza de Direito TJ/RJ. Mestranda em Direito
Civil na UERJ*

1. RESPONSABILIDADE CIVIL. ORIGEM, EVOLUÇÃO, CONCEITO

Inicialmente, entendo necessária breve síntese da evolução da responsabilidade civil. A introdução da idéia de culpa como fundamento da obrigação de indenizar tem por marco, no sistema romano-ocidental, a *lex Aquilia de damno* (século III a.C.), lei de aplicação restrita a hipóteses limitadas. Consolidado o direito romano pelo *Corpus Juris Civilis*, assinalado por magníficos desenvolvimentos dado pelos pretores, somente na chamada Idade Moderna registrou-se o segundo momento, representado pela formulação do princípio geral da “não responsabilização sem culpa”, que se deve aos juristas da escola de direito natural dos séculos XVII e XVIII, a dita escola jusracionalista, que se empenhava em construir um direito fundado na razão. Esse princípio da “não responsabilização sem culpa” passou para os nossos códigos civis modernos. Entretanto, os problemas continuavam, sendo insuficiente o sistema da culpa.

Assim, legislador, doutrina e jurisprudência foram quebrando a antiga regra e procuraram assegurar uma indenização equitativa à vítima. Nessa medida, foram surgindo a presunção de culpa e o conceito de risco.¹ Apesar da evolução da jurisprudência, doutrina e legislação

¹Nesse sentido NORONHA, Fernando. “Desenvolvimentos contemporâneos da responsabilidade civil.” *Revista dos Tribunais*. São Paulo, v. 88, nº 761, p. 31-44. Anderson Schreiber complementa: “O sistema de

a respeito da responsabilidade, não é im procedente a afirmação de que *“é a equidade que gerou a teoria do risco. É a moral que mantém a teoria da culpa”*². Citando Georges Ripert, Arnaldo Wald procura concluir: *“os juristas escrevem: devemos abandonar a idéia de culpa, é uma idéia antiga, o progresso a substituiu pela idéia do risco. Ousariam eles escrever: devemos esquecer que o homem deve proceder bem, devemos dizer-lhe conduze-te como quiseres, por tua conta e risco, desde que pagues pelo dano causado”*.³

O princípio da culpa, nesse sentido, passa a ser base eterna da filosofia moral. Contudo, no estudo da responsabilidade civil, principalmente à luz da Constituição de 1988, é necessário retirar o foco da análise da culpa para outros elementos de relevância semelhante ou maior.

Não se trata, entretanto, de legitimar a conduta desregrada, mas de priorizar a vítima e o ressarcimento integral do dano por ela sofrido, em atendimento à primazia da pessoa humana estabelecida pela Constituição da República de 1988⁴.

Como dito acima, à equidade exige, muitas vezes, a aplicação da teoria do risco. Hoje, nos dizeres de Mario Moacyr Porto *“a responsabilidade é um problema de garantia social, e por isso mesmo refoge às condicionantes subjetivas a culpa individual”*⁵. Destarte, o autor questiona em que princípio moral assenta a opção de deixar a vítima sem reparação, optando pelo autor do dano. Questiona, ainda, por que no caso de ino corrência de culpas o prejuízo deve ser todo da vítima.

Essa breve análise da evolução da responsabilidade civil e a tentativa de salientar os questionamentos acerca da presença da ví-

responsabilidade civil consagrado pelas grandes codificações ancorava-se em três pilares: culpa, dano e nexo causal. Na prática judicial, isto significava que a vítima de um dano precisava, além de evidenciar seu prejuízo, superar duas sólidas barreiras para obter indenização: (i) a demonstração da culpa do ofensor; e (ii) a demonstração do nexo de causalidade entre a conduta culposa do ofensor e o dano.” SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos**. São Paulo: Atlas. 2007, p. 11.

²WALD, Arnaldo. “A evolução da responsabilidade civil e dos contratos nos direitos francês e brasileiro”. In: **Revista Forense**, v. 101, nº 382. Rio de Janeiro, p.15-27.

³RIPERT, Georges. “A regra moral nas obrigações civis” *apud* WALD, Arnaldo. “A evolução da responsabilidade civil e dos contratos nos direitos francês e brasileiro”. In: **Revista Forense**, v. 101, nº 382. Rio de Janeiro, p.15-27.

⁴A Constituição em seu artigo 1º, inciso III, estabelece que a dignidade da pessoa humana constitui fundamento da República Federativa do Brasil.

⁵PORTO, Mário Moacyr. “O acaso da culpa como fundamento da responsabilidade civil”. In: **Revista Forense**, v. 84, nº 302. Rio de Janeiro, p. 45-48.

tima neste cenário de responsabilidade iniciam o desenvolvimento de nosso texto, que terá por fim maior analisar a figura da vítima na responsabilidade civil.

2. NEXO CAUSAL E A VÍTIMA DO DANO

Na obra em que trata das novas tendências da responsabilidade civil, Anderson Schreiber⁶ disserta sobre a erosão dos filtros tradicionais da responsabilidade civil, quais sejam, a prova da culpa e do nexo causal. Com relação a este, afirma que, muitas vezes, o magistrado atua de forma discricionária na eleição da teoria do nexo causal, buscando dar maior proteção à vítima.

Muitas vezes, para não deixar a vítima sem indenização, socorre-se à teoria da causalidade alternativa, que atribui à conduta de todos os envolvidos, em conjunto, a relação de causalidade com o dano gerado. A erosão explica-se pela necessidade de assegurar alguma reparação à vítima. Há deslocamento de foco, da culpa e do nexo causal para o dano e, portanto, para a vítima. Para melhor compreensão dessa erosão, necessário se faz examinar as teorias acerca do nexo de causalidade.

Surge a questão de saber, portanto, qual é a causa eficiente do dano, em havendo um desencadeamento de eventos anteriores à sua ocorrência, ou seja, como se comprova o nexo causal se nesse caso não há condições de indicar a causa direta do dano. Destacam-se três teorias na tentativa de elucidar soluções adequadas da causalidade:

1 – Teoria da Equivalência das Condições - teoria da *conditio sine qua non*

Elaborada por Von Buri, entre os anos de 1860 e 1885 para o direito penal, posteriormente reformulada por Von Liszt, sustenta que todas as concausas se tornam igualmente necessárias para a produção de certo resultado. Afirma-se que a teoria da equivalência das condições aceita qualquer das concausas como eficiente, de forma que, suprimida uma delas, o dano não se verificaria. Para Caio Mário da

⁶SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos*. São Paulo: Atlas. 2007

Silva Pereira⁷, em havendo culpa, todas as condições de um dano são equivalentes. Deverá a causa ser condição *sine qua non* do dano, mesmo que não seja imediata, próxima ou remota.

A teoria foi demasiadamente criticada por ter repercussão ampla demais, podendo levar a conseqüências injustas. Diz-se que tenderia a tornar cada homem responsável por todos os males que atingem a humanidade. Nelson Hungria⁸ formulou o exemplo de que, em hipótese de homicídio, mesmo o fabricante da arma por meio da qual se cometeu o crime seria responsabilizado pelo evento danoso.

2 – Teoria da causalidade adequada ou subjetiva

Para ser havido como causa, o fato tem que ser condição necessária do evento lesivo, havendo adequada relação de causalidade entre o fato e o dano.

Para Von Kries, causa adequada é aquela que, no instante da verificação, aos olhos do agente, poderia surgir como suscetível de acarretar o dano (critério da previsibilidade subjetiva). Dá-se o exemplo: **A** desferir uma leve pancada em **B**, mas este possui uma deficiência de calcificação que lhe tornou o parietal menos resistente e bem mais frágil. **B** falece. A pancada sofrida não teria constituído causa necessária e eficiente de sua morte, pois, desferida de forma leve, não seria capaz de ocasionar, em tese, a morte de qualquer homem normal em condições idênticas.

Para Rumelin⁹, deve-se formular a questão - se a causa poderia surgir como suscetível de acarretar o dano – a partir do ângulo de um observador normal, e não do agente - critério do prognóstico objetivo retrospectivo.

Para Enneccerus¹⁰, toda condição necessária do dano é presumidamente causa dele, a menos que o agente demonstre ser fato indiferente à produção do dano e que, na hipótese, tornou-se condição

⁷PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito Civil*, v. III Rio de Janeiro: Forense, 2001.

⁸HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. Rio de Janeiro: Forense.

⁹RUMELIN, Gustav. *Methodisches über juristische Personen*. Freiburg i.B.: Universitäts-Buchdruckerei Ch. Lehmann, 1891.

¹⁰ENNECERUS, Lehmann. *Derecho de Obligaciones*. Tradução Espanhola de Puig Brutau. Barcelona: Bosch, 1954, v. I.

necessária apenas em virtude de circunstâncias extraordinárias - critério da inversão do ônus da prova.

Enquanto a teoria da equivalência das condições predomina no direito penal, ao menos na Alemanha, a do condicionamento adequado é prevalente na órbita civil.

Para Orlando Gomes¹¹, a idoneidade do fato a produzir a causa do dano afere-se pela inevitabilidade constante do efeito. Quando o dano advier de circunstâncias extraordinárias que escapam à experiência corrente, não há causalidade adequada. Importa que o ato seja, em abstrato, a condição essencial da realização do dano. Entretanto, a doutrina é subjetiva, porque exige, no exame de cada causa adequada para a produção do dano, o conhecimento do agente por ocasião do evento. Questionou-se, criticamente, qual seria o tipo de homem padrão utilizável para aferição de tal conhecimento por parte do agente por ocasião do dano – o de inteligência média ou superior.

Assim, recebe críticas a doutrina por ser demasiadamente filosófica, pela pouca maleabilidade prática, pela grande complexidade e por sua imprecisão. A subjetividade da teoria constitui sua pedra angular, porque, para a produção do dano, é necessário que o agente conheça as circunstâncias e as condições na ocasião do ato do qual se originou o prejuízo. Tentou-se eliminar a infinidade dos antecedentes causais, mas a imprecisão ainda ocorre em razão da subjetividade da teoria.

3 – Teoria dos danos diretos e imediatos

Para diminuir os aspectos injustos das duas doutrinas examinadas, Dumoulin e Pothier estabeleceram uma nova teoria, denominada Teoria do dano direto e imediato, também chamada de Teoria da Interrupção do Nexo Causal, internada no artigo 1.060 do Código Civil de 1916 (*ainda que a inexecução resulte de dolo do devedor, as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeito dela direto e imediato*). Com sua aplicação, deve ser considerada causa do dano a ação mais próxima que dele deriva.

A exigência do pressuposto da imediatez faz com que sejam eliminados os danos indiretos remotos. Não há dúvida de que o nexo causal é interrompido quando, entre a ação e o dano, se interpõe um

¹¹ GOMES, Orlando. *Contratos*. 16ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

fato provocado pela própria vítima e por terceiro. A crítica a esta teoria surge nas outras hipóteses, em que, por exemplo, a causa imediata não seria suficiente para a produção do dano.

Tomasco Mosca, ao analisar onexo causal, lançou sua Teoria da Causalidade Jurídica, entendendo que, entre diversas concausas, será a causa determinante aquela que represar fato ilícito. Se vários são os ilícitos, o último se reputa causa direta e imediata do evento. Entende o autor que, juridicamente, não e podem reputar causas senão, unicamente, os fatos ilícitos. Assim, se de um fato natural ou de pessoa natural não imputável surge um novo dano, não se interrompe o nexo causal, subsiste a responsabilidade do agente causador do primeiro dano. Se o causador do segundo dano é pessoa imputável e ilícito o ato, desaparece a responsabilidade do primeiro. Afasta, de modo inequívoco, as causas naturais, considerando somente as jurídicas, que têm origem no ilícito.

Há uma outra interpretação da teoria do dano direto e imediato formulada por Corviello e exposta por Fórmica, com base no artigo 957 do Código Civil de 1916 (*o devedor em mora responde pela impossibilidade da prestação, embora essa impossibilidade resulte de caso fortuito ou força maior, se estes ocorrerem durante o atraso, salvo se provar isenção de culpa ou que o dano sobreviria ainda quando a obrigação fosse oportunamente desempenhada*). Entende o estudioso que ocorre a liberação do primeiro agente se a causa que gerou o novo dano o tivesse produzido, ainda que a ação do agente inicial não tivesse ocorrido.

Contudo, a que melhor explica a teoria do dano direto e imediato é a Teoria da Conseqüência Necessária defendida por Agostinho Alvim¹²: suposto certo dano, considera-se causa a que lhe é mais próxima ou remota, mas com relação a esta última, é mister que se ligue ao dano diretamente. Entende-se que as expressões direta e imediata não significam duas idéias distintas, mas deverão ser tomadas como um reforço do conceito de necessariedade daquela causa.

¹² Agostinho Alvim, citado por Paulo Sergio Gomes Alonso, alerta que “a pesquisa da verdadeira causa do dano nem sempre é fácil, dado o aparecimento de concausas, que podem ser sucessivas, danos sucessivos, o ultimo dos quais só se explica pelos seus antecedentes, ou concomitantes; um só dano, ocasionado por mais de uma causa”. ALVIM, Agostinho. *Apud* ALONSO, Paulo Sergio Gomes. **Pressupostos da Responsabilidade civil objetiva**. São Paulo: Saraiva. 2000.

Esta parece a vertente mais acolhida pela jurisprudência, sendo certo que o entendimento relativo à consagração da teoria do dano direto e imediato, ou teoria da interrupção donexo causal, tem por **leading case** o julgamento do Recurso Extraordinário 130.7641 do Supremo Tribunal Federal, ainda sob a égide do Código Civil de 1916, relatado pelo Ministro Moreira Alves, em que se afirmou que *“Em nosso ordenamento jurídico, como resulta do disposto no artigo 1.060 do Código Civil, a teoria adotada quanto ao nexode causalidade é a teoria do dano direto e imediato, também denominada teoria da interrupção do nexo causal. Não obstante aquele dispositivo da codificação civil diga respeito à impropriamente denominada responsabilidade contratual, aplica-se ele também à responsabilidade extracontratual, inclusive a objetiva, até por ser aquela que, sem quaisquer considerações de ordem subjetiva, afasta os inconvenientes das outras duas teorias existentes: a da equivalência das condições e a da causalidade adequada.”*¹³

As teorias da responsabilidade pelo resultado mais grave (**thin skull rule**) e teoria da causalidade alternativa¹⁴ não parecem encontrar fundamento em nosso ordenamento, pelo que não serão comentadas. É, portanto, da miscelânea das teorias expostas que muitos magistrados se valem para obter, no caso concreto, decisão considerada mais justa. Ainda que a conduta do agente não seja claramente a causadora do dano, dependendo da teoria adotada é possível garantir à vítima a devida reparação ao dano sofrido, o que demonstra a urgência de doutrina unívoca acerca do tema, afastando-se o risco de vitimização social, ou **blame culture**¹⁵.

3. FATO DA VÍTIMA

3.1. Concorrência de culpa

Trata-se da hipótese em que a conduta da vítima contribuiu de forma eficaz e suficiente para a prática do dano, sendo atribuída a

¹³ O julgado está no livro SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos**. São Paulo: Atlas, 2007.

¹⁴ SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos**. São Paulo: Atlas, 2007.

¹⁵ A expressão foi retirada do livro SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos**. São Paulo: Atlas, 2007, p. 75.

ela parcela da responsabilidade pelo evento danoso. A matéria tem especial relevância, tendo sido tratada no direito privado pelo Código Civil em seu artigo 945:

Art. 945. Se a vítima tiver concorrido culposamente para o evento danoso, a sua indenização será fixada tendo-se em conta a gravidade de sua culpa em confronto com a do autor do dano.

Há culpa concorrente quando, paralelamente à conduta do agente, a própria vítima contribui para a produção do dano, de modo que o resultado nasce das duas condutas. Essa atuação da vítima será, portanto, causa de redução da responsabilidade civil do autor do dano. Ao comentar o artigo 945, afirma Aguiar Dias que “*volta-se a considerar a gravidade da culpa concorrente para determinar a participação na obrigação de indenizar, quando o melhor e mais exato critério, na espécie, é a causalidade*”¹⁶. Não obstante, o autor aponta que muitos doutrinadores ainda confundem causalidade com culpa. Acertado seria que o legislador tivesse feito referência ao grau de interferência da vítima no evento danoso. Na verdade, não há concorrência de culpa, mas influência da vítima no nexo de causalidade, de modo a se poder falar em diversas causas concorrentes para o evento danoso¹⁷.

Na hipótese de culpa concorrente, não há compensação de culpas, porque culpas não se compensam, como ensina Caio Mario¹⁸. Na verdade, verifica-se em que medida o ofendido concorreu para o dano ou se o aumentou, pois a relação de causalidade entre o dano e o fato pelo qual outrem é responsável é apenas a do dano causado menos aquele que se liga ao ato do ofendido. Não obstante, a professora Maria Helena Diniz admite a ocorrência de culpa comum, hipótese

¹⁶ DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**, atualizada por Rui Berford Dias. Rio de Janeiro: Renovar. 2006. O autor ainda trata da hipótese da pluralidade de agentes: “*Quando houver vários agentes, serão solidariamente responsáveis diante da vítima, mas é mais razoável que o prejuízo seja distribuído segundo a participação de cada um no resultado nocivo, função condizente com a responsabilidade civil, que quer garantir o ressarcimento da vítima.*” Id.

¹⁷ “*A doutrina atual tem preferido falar, em lugar de concorrência de culpas, em concorrência de causas ou de responsabilidade, porque a questão (...) é mais de concorrência de causa do que de culpa. A vítima também concorre para o evento, e não apenas aquele que é apontado como único causador do dano.*” CAVALLIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 5ª ed.. São Paulo: Malheiros Editores. 2003, p. 61.

¹⁸ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**, v. III. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

em que vítima e ofensor causaram culposa e conjuntamente o mesmo dano, caso em que haverá compensação de reparações. Se as partes estiverem em situação desigual, por haver gradatividade na culpa de cada um, ter-se-á uma condenação por perdas e danos proporcional à medida de culpa que lhe for imputável¹⁹.

Em sede consumerista, discute-se se é possível considerar a culpa concorrente do ofendido como causa de atenuação da responsabilidade civil, apesar de não haver alusão expressa ao fato concorrente do consumidor, mas tão somente à culpa exclusiva²⁰.

Parte da doutrina, dentre os quais, Antonio Herman Vasconcellos²¹, Zelmo Denari²² Luiz Antonio Rizzatto Nunes²³, Roberto

¹⁹ DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil*. 13ª ed. São Paulo: Saraiva. 2000.

²⁰ No CDC – “Art. 12. O fabricante, o produtor, o construtor, nacional ou estrangeiro, e o importador respondem, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos decorrentes de projeto, fabricação, construção, montagem, fórmulas, manipulação, apresentação ou acondicionamento de seus produtos, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua utilização e riscos.

§ 1º O produto é defeituoso quando não oferece a segurança que dele legitimamente se espera, levando-se em consideração as circunstâncias relevantes, entre as quais:

I - sua apresentação;

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

III - a época em que foi colocado em circulação.

§ 2º O produto não é considerado defeituoso pelo fato de outro de melhor qualidade ter sido colocado no mercado.

§ 3º O fabricante, o construtor, o produtor ou importador só não será responsabilizado quando provar:

I - que não colocou o produto no mercado;

II - que, embora haja colocado o produto no mercado, o defeito inexiste;

III - a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro.

Art. 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos.

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

I - o modo de seu fornecimento;

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

III - a época em que foi fornecido.

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

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

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

II - a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro.” (grifo acrescentado)

²¹ BENJAMIN, Antônio Herman Vasconcellos e. Capítulo V. Das Práticas Comerciais. In GRINOVER, Ada Pellegrini et. al.. *Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*, 7º ed.. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001, p. 215-440.

²² DENARI, Zelmo. Capítulo IV. Da qualidade de produtos e serviços, da prevenção e da reparação de danos. In GRINOVER, Ada Pellegrini et. al.. *Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*, 7º ed.. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001, p. 170-171 e 175.

²³ NUNES, Luiz Antonio Rizzatto, CALDEIRA, Mirella D’Angelo. *O dano moral e sua interpretação jurisprudencial*. São Paulo: Saraiva. 1999.

Norris²⁴, e Guilherme Couto de Castro²⁵, manifesta-se pela irrelevância da culpa concorrente por falta de previsão legal. Entretanto, outra parte da doutrina entende que a atuação concorrente da vítima deve ser aceita como causa de atenuação da responsabilidade do fornecedor. Afirma-se que a culpa concorrente deve ser admitida como causa de atenuação, uma vez que o CDC não rejeita a concorrência de culpa como minorante, regulando apenas as hipóteses de exclusão de responsabilidade, e, ainda, porque a admissão não é contrária aos princípios orientadores deste microsistema. O microsistema do consumidor deve ser considerado dentro de um sistema mais abrangente de responsabilidade, permitindo a interpretação com base nos princípios norteadores da responsabilidade civil.

O direito comunitário europeu dispôs expressamente sobre a possibilidade de redução ou supressão da responsabilidade do fornecedor na hipótese de concorrência de defeito do produto e de fato culposos da vítima. Nos termos do artigo 8º da Diretiva nº 374/85/CEE de 25/07/1985, *“a responsabilidade do produtor pode ser reduzida ou suprimida, tendo em conta todas as circunstâncias, se o dano tiver sido causado conjuntamente por um defeito do produto e por fato culposos da vítima”*.

Ainda nesse espectro, é inevitável tratar do nexos causal para determinação da verificação das hipóteses em que a conduta concorrente da vítima será relevante para diminuir ou excluir a responsabilidade do agente causador direto do dano.

Com relação à concorrência de culpas, afirma o professor Gustavo Tepedino²⁶ que esta se estabelece toda vez que a vítima tiver contribuído com alguma intensidade para o resultado danoso. Assenta que a mínima noção de equidade recomenda que se reduza a indenização proporcionalmente à participação da vítima no evento. Ratifica que a culpa não deveria ter servido como medida de indenização, e, portanto, muda o foco da análise para a verificação da influência da atitude da vítima no nexos causal da conduta danosa.

²⁴ NORRIS, Roberto. **Responsabilidade civil do fabricante pelo fato do produto**. Rio de Janeiro: Forense, 1996, p. 92-93.

²⁵ CASTRO, Guilherme Couto de. **A responsabilidade objetiva no direito brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 84-86.

²⁶ TEPEDINO, Gustavo; MORAES, Maria Celina Bodin de; e BARBOZA, Heloisa Helena Gomes. **Código Civil Interpretado**. Rio de Janeiro: Renovar. 2006.

Essa intervenção da vítima de forma direta no nexo causal produzirá efeitos no *quantum* indenizatório. Para o professor Sergio Cavalieri²⁷, a aplicação do princípio da concorrência de culpas, com a divisão da indenização, foi apenas a correspondência lógica aos apelos da equidade, nos casos excepcionais em que não se cogita da preponderância manifestada e provada da culpa do agente.

Já A. Von Thur afirma que, nos casos em que o próprio prejudicado age com culpa, não surge, como em outros casos, um dever de indenização, mas uma simples diminuição da indenização que se pode exigir²⁸.

O direito comparado também nos oferece contribuições para o caso de concorrência de culpas. O Código de Obligaciones e o Código Alemão deixam ao Juiz margem maior para reduzir ou suprimir a indenização, ponderando reciprocamente as culpas. Assim, se o causador do dano agiu com dolo, será indiferente a simples culpa do prejudicado, e não influiria em nada no dever de indenização. Mas as culpas consideradas equivalentes podem levar à supressão da indenização.

3.2. Culpa exclusiva

A culpa exclusiva da vítima, na lição de Paulo Sergio Gomes Alonso,²⁹ constitui hipótese em que a ação da própria vítima é causa voluntária de exclusão da responsabilidade, que se opõe às causas determinadas pela Lei. Explica o autor que nesta situação não está configurada a relação de causa e efeito entre o ato culposo do agente e o prejuízo experimentado pela vítima.

Em alguns casos, a lei pode estabelecer que a excludente da responsabilidade seja somente a culpa exclusiva da vítima. Não se admite, em tais situações, que a concorrência de culpas entre o autor do dano e a vítima seja suficiente para afastar a responsabilidade, ou mesmo atenuá-la. Exemplo claro de tal hipótese é o Decreto nº

²⁷ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. São Paulo: Melhoramentos. 2003.

²⁸ THUR, A. Von. *Tratado de las obligaciones*. Madrid: Réus. 1934.

²⁹ ALONSO, Paulo Sergio Gomes. *Pressupostos da Responsabilidade civil objetiva*. São Paulo: Saraiva. 2000.

2.681/1912 que disponha sobre a responsabilidade civil das estradas de ferro, *in verbis*³⁰:

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

I – caso fortuito ou força maior;

II – culpa do viajante, não concorrendo culpa da estrada”.
(grifo acrescentado)

Não se trata, na verdade, de culpa exclusiva da vítima, mas de ato ou fato exclusivo da vítima, conforme Aguiar Dias³¹. Há quem afirme que a expressão é imprópria, pois confundiria dois elementos da responsabilidade civil absolutamente distintos: a culpa e o nexo causal. Quando ocorre culpa exclusiva da vítima, portanto, a responsabilidade do agente é afastada por falta de nexo causal entre a sua conduta e o dano³².

Desta forma, a atuação da vítima, no sentido de romper o nexo de causalidade entre a ação do agente infrator e o dano, tem por consequência direta e imediata que será ela própria quem deverá suportar o prejuízo³³.

³⁰ Vê-se que o dispositivo faz menção à culpa presumida. Por uma exegese literal defendeu-se se tratar de responsabilidade subjetiva. Se assim fosse, o causador do dano poderia provar que não agiu com culpa para afastar o dever de indenizar. Isto porque a culpa presumida apenas inverte o ônus da prova. Todavia, em um exame mais detido da lei, verifica-se que o art. 17 não admitia ao transportador fazer prova de que não agiu com culpa, mas tão-somente permitia como causas exonerativas da responsabilidade o caso fortuito, a força maior e a culpa do viajante, não concorrendo culpa da estrada de ferro. Percebe-se, pois, que o Decreto visava a estipulação da responsabilidade objetiva, em que o elemento culpa é despidendo. Só caberia ao causador do dano exonerar-se caso provasse a ocorrência de uma das causas de exclusão do nexo de causalidade. A partir disso, portanto, a melhor doutrina e jurisprudência evoluíram no sentido de reconhecer a responsabilidade objetiva, baseada na teoria do risco.

³¹ DIAS, José de Aguiar. Da responsabilidade civil. 5ª ed.. Rio de Janeiro: Forense.

³² O professor Sílvio Rodrigues afirma que a culpa exclusiva, em termos gerais, faz desaparecer a relação de causa e efeito entre o ato do agente causador do dano e o prejuízo experimentado pela vítima. O agente que causa o acidente é apenas um instrumento do acidente. No caso de culpas concorrentes, a responsabilidade se atenua, na proporção em que for justa. Afirma que, a despeito da oposição de alguns escritores, tais como Mazeaud e Mazeaud, a divisão da indenização não precisa necessariamente ser feita por metade, devendo variar segundo o grau de culpabilidade de qualquer das partes. Mazeaud e Mazeaud entendem que a indenização decorre do liame de causalidade e, havendo culpa concorrente, a vítima só terá direito à metade da indenização. Ver RODRIGUES, Sílvio. Direito Civil, v. 4. São Paulo: Saraiva. 2002.

³³ Um exemplo clássico dessa situação é o do surfista ferroviário - pessoa que se arrisca em cima de uma composição ferroviária e assume as consequências de seus atos, não se podendo exigir da companhia ferroviária efetiva fiscalização, o que seria impraticável. Nesse sentido, Sergio Cavalieri, afirma que a culpa exclusiva

Aqui, o agente que causa diretamente o dano seria mero instrumento da conduta da vítima, como ensina o professor Silvio Rodrigues³⁴. Como afeta o nexo causal, até mesmo em sede de responsabilidade objetiva isenta o agente de responsabilidade.

Examinando a questão da culpa exclusiva da vítima nas hipóteses de responsabilidade civil objetiva, Gustavo Tepedino³⁵ afirma que não há nexo causal entre a atividade e o dano quando a causa do dano está no fato exclusivo da vítima. O professor discute se, em sede de responsabilidade objetiva, pode-se falar em concorrência de culpas para reduzir a indenização. A tendência é de aceitar a redução, mas com um fundamento diverso, uma vez que a concorrência da conduta da vítima atenua o nexo causal. A concorrência será avaliada a partir da eficácia causal de cada participação.

Neste instante, abrimos um parêntese para trazer à tona a discussão que se trava, em sede doutrinária, sobre a situação na qual a vítima, que enseja a exclusão do nexo causal, é menor de idade ou apresenta desenvolvimento mental incompleto. A maioria da doutrina entende que é possível ser afastada a responsabilidade, justamente porque, ainda que as vítimas sejam incapazes, suas atuações suprimem a cadeia causal. A questão seria, portanto, de causalidade.

Ressalva importante encontra-se na lição de André Tunc e Leon Mazeaud³⁶, em que se afirma que o agente conhecedor desta condição deve, entretanto, prever que a ação da vítima, em conjunto com sua própria ação, pode provocar o dano. Afirmam que uma pessoa que entrega uma arma carregada a um indivíduo com desenvolvimento mental retardado, com a qual este se fere, não pode invocar a imprudência do louco, porque sua culpa consiste precisamente em deixar a arma à disposição de um insensato. Da mesma forma, um motorista de carro que, ao ver uma criança pequena na metade da calçada, não reduz

da vítima é causa de exclusão do próprio nexo causal, porque o agente causador diretamente do dano é mero instrumento do acidente; para os fins de interrupção do nexo causal, basta que o comportamento da vítima represente o fato decisivo do evento. A culpa exclusiva da vítima opera isenção de responsabilidade do agente. CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. São Paulo: Melhoramentos. 2003.

³⁴ RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil**. V. 4. São Paulo: Saraiva, 2002.

³⁵ TEPEDINO, Gustavo; MORAES, Maria Celina Bodin de; e BARBOZA, Heloisa Helena Gomes. **Código Civil Interpretado**. Rio de Janeiro: Renovar. 2006.

³⁶ TUNC, André; Mazeaud, Leon. apud Gisela Sampaio da Cruz. **O problema do nexo causal na Responsabilidade civil**. Rio de Janeiro: Renovar. 2005.

sua velocidade. Com relação a esta hipótese, o professor Aguiar Dias afirmou que *“parece-nos censurável decisão da justiça argentina que, ao julgar o caso de um menor atropelado e morto por um automóvel, quando tentava, aflitadamente, atravessar a rua de grande movimento, após assentar que a diminuição da marcha do veículo teria evitado o desastre, concluiu pela concorrência de culpas”*³⁷.

Antonio Lindbergh C. Montenegro³⁸, tratando de ressarcimento de danos, examina a questão a partir de um foco distinto. Afirma que só deve responder pelas conseqüências do dano quem possui discernimento para dimensionar o seu comportamento, segundo as regras do mandamento jurídico. Defende que a situação do incapaz coloca o problema em um plano no qual predomina a mera causalidade material, o que importa redução da indenização a ele devida.

A análise acerca da culpa exclusiva da vítima não seria completa se não enfrentássemos algumas situações já verificadas pelos Tribunais. Aguiar Dias³⁹ ensina que o Supremo Tribunal Federal já decidiu que a condenação criminal, a menos que afirme inequivocamente a culpa exclusiva do responsável, não exclui o exame da concorrência de culpa no juízo cível.⁴⁰ Também não exclui o exame da questão da concorrência de culpa a absolvição no juízo criminal, a menos que afirme a culpa exclusiva da outra parte.

Ao tratar da culpa exclusiva do passageiro, nos casos de responsabilidade civil do transportador, Sergio Cavalieri⁴¹ explica que a jurisprudência do STJ tem entendido que o fato de a vítima viajar como pingente não elide a responsabilidade do transportador, pois a empresa transportadora tem a obrigação de exercer a necessária vigilância e dar as condições indispensáveis para que os passageiros viagem em segurança. Afirmam os magistrados que, normalmente, os acidentes ocorridos com pingentes devem-se às péssimas condições

³⁷ DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*, atualizada por Rui Berford Dias. Rio de Janeiro: Renovar. 2006.

³⁸ MONTENEGRO, Antonio Lindbergh C. *Ressarcimento de Danos*. Rio de Janeiro: Lumen Júris. 2005.

³⁹ DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. atualizada por Rui Berford Dias. Rio de Janeiro: Renovar. 2006.

⁴⁰ RTJ 33/52.

⁴¹ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. São Paulo: Melhoramentos. 2003.

dos transportes coletivos oferecidos à população, quer pela má conservação dos veículos, quer pela sua superlotação.

Tem-se admitido o fato exclusivo da vítima somente em casos excepcionais, quando a vítima, podendo viajar no interior do trem, se expõe voluntariamente a grave risco, por puro exibicionismo, optando injustificadamente por viajar no teto, onde, inclusive, “*passa a dar cambalhotas*”⁴².

Colhe-se do acórdão que diversa seria a situação se a ferrovia permitisse que passageiros fossem conduzidos como pingentes, porquanto, neste caso, a culpa é do transportador, ao admitir que os vagões transitem com as portas abertas, desrespeitando as normas de segurança. Em síntese, a questão resolve-se pela verificação da concorrência de condutas para a produção do resultado danoso. ☐

⁴² TACiv., 8ª Câmara, Ap. Cível 6.387/1992, Rel. Juiz Carlos Ferrari, confirmado pelo STJ que não conheceu do REsp. 35103-4, do qual foi relator o Ministro Fontes de Alencar.

Da Rescisão Locatícia nos Juizados Especiais

Euclides de Lima Miranda
Juiz de Direito - TJ/RJ

Nos Juizados Especiais Cíveis, existem diversas demandas pleiteando a rescisão contratual locatícia, que, a meu ver, não são autorizadas pelo inciso III, do art. 3º, da Lei 9.099/99. Ao fazer uma breve pesquisa, deparei-me com diversas decisões das Turmas Recursais acolhendo os referidos pleitos, o que incentivou este magistrado a tecer humildes considerações acerca do assunto.

A Constituição Federal de 1988, em seu art. 98, inciso I, autoriza a criação dos Juizados Especiais para as causas de menor complexidade. Em 1991, foi criada a Lei 8.245, que dispõe sobre as locações dos imóveis urbanos e os procedimentos a elas pertinentes, estabelecendo em seu artigo 80 que: “Para os fins do inciso I do art. 98 da Constituição Federal, as ações de despejo poderão ser consideradas como causas cíveis de menor complexidade”. A expressão “poderão” do referido artigo deixa claro que ficará a critério do legislador infraconstitucional a instituição da limitação da atuação da ação de despejo no âmbito dos Juizados Especiais.

Posteriormente, em 1995, com o advento da Lei federal 9.099, o legislador cria os Juizados Especiais, tendo por base os princípios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade, com o intuito de instituir um juízo capaz de atender com rapidez e simplicidade a população, deixando de lado as formalidades excessivas do rito ordinário.

A competência material dos Juizados Especiais é fixada pelos incisos do artigo 3º da Lei 9.099/95. Dentre os referidos incisos, o que será objeto da presente discussão é o III, o qual considera como causa cível de menor complexidade a *ação de despejo para uso próprio*.

Primeiramente, deve-se considerar o rol do referido artigo como taxativo, não se podendo interpretá-lo de forma extensiva com o fim de abranger a competência dos Juizados Especiais, pois a elasticidade da competência, com certeza, irá colocar em risco a intenção inicial do legislador ao instituí-lo, qual seja, criar um sistema célere, simples e informal para as causas de menor complexidade.

Ocorre que, hodiernamente, é muito comum nos Juizados Especiais a proposição de demandas denominadas *rescisão contratual cumulada com perdas e danos* para mascarar o que, na verdade, seriam rescisões locatícias que têm por efeito final o despejo do locatário do imóvel sem observar se esse despejo é para uso próprio ou não; ou seja, por via transversa o locador acaba tendo a concessão da rescisão contratual e, por conseguinte, o despejo do locatário, sem estar sua demanda abrangida pela regra de competência estabelecida no artigo 3º da Lei 9.099/95.

Percebe-se que a prática reiterada dessa atitude pelas partes e causídicos vem influenciando de maneira equivocada os juristas e operadores do direito, tanto é que, no XXI FONAJE (Fórum Nacional dos Juizados Especiais), realizado de 30 de maio a 2 de junho de 2007 em Vitória, foram editados os Enunciados Cíveis, dentre eles destaca-se o Enunciado 4, que traz a seguinte redação: “Nos Juizados Especiais só se admite a ação de despejo prevista no art. 47, inciso III, da Lei 8.245/1991”. O artigo 47 da Lei 8.245/91 demonstra as hipóteses em que o imóvel destinado a locação residencial poderá ser retomado e, em seu inciso III, estabelece: “se for pedido para uso próprio, de seu cônjuge ou companheiro, ou para uso residencial de ascendente ou descendente que não disponha, assim como seu cônjuge ou companheiro, de imóvel residencial próprio”. Observa-se que o Enunciado 4 dá elasticidade ao inciso III do artigo 3º da Lei 9.099/95, mitigando o caráter taxativo fixado pelo legislador na edição da Lei. No mesmo FONAJE, foi editado o Enunciado 30 nos seguintes termos: “É taxativo o elenco das causas previstas no artigo 3º da Lei 9.099/95”. É latente a antinomia estabelecida nos enunciados supracitados, tornando-os conflitantes, pois, enquanto um dá elasticidade ao inciso III, do art. 3º, o outro lhe dá caráter taxativo, que foi o pretendido pelo legislador no momento da edição da Lei.

Por outro lado, a Lei 8.245/91 criou rito próprio para as relações locatícias brasileiras. Em especial, o artigo 5º traceja que: “seja qual for o fundamento do término da locação, a ação do locador para reaver

o imóvel é a de despejo”, ou seja, havendo o término da locação, há obrigatoriedade da ação de despejo. Por sua vez, o legislador, na sua sapiência legislativa, quis dar celeridade máxima ao despejo para uso próprio, não se prendendo ao rito mais rigoroso acima mencionado, abrindo exceção única e exclusivamente na Lei 9.099/95 no artigo 3º, inciso III. Destarte, o que deve vigorar é o último enunciado, pois é o que melhor transmite o desejo do legislador, mesmo porque, viabiliza a entrega da prestação jurisdicional com maior celeridade, atendendo aos Princípios instituidores dos Juizados Especiais.

Outro fato que chama a atenção nos Juizados é a inclusão das administradoras de imóveis no pólo passivo nas ações entre locador e locatário, considerando-as como parte legítima para atuarem como representante do locador. Ora, o que se tem que levar em conta é a qualificação jurídica da administradora e é evidente que a relação jurídica existente entre ela e o locador é mero mandato, ou seja, ela atua não em nome próprio, mas sim, em nome do locador, conforme reiteradas decisões do STJ: “A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça tem se firmado no sentido de que a Administradora de Imóveis, por ser mera mandatária do locador do imóvel, não possui legitimidade processual para figurar no pólo passivo de eventual ação judicial que tenha por fundamento o contrato de locação. Isso porque não se pode confundir o proprietário do imóvel com quem o representa, ou seja, com seu mandatário, tendo em vista que este, ao celebrar o contrato de locação, não o fez em nome próprio, mas em nome de seu mandante, o locador”¹.

Por fim, embora não haja ainda a temerosa súmula vinculante, vê-se necessária maior cautela do operador de direito na interpretação do artigo 3º da Lei 9.099/95, devendo cingir-se à interpretação da lei de modo mais cauteloso para não alargar demais a competência dos Juizados Especiais, inviabilizando o que temos de mais moderno na legislação brasileira em matéria processual, isto é, um sistema que faz com que a entrega da prestação jurisdicional seja célere e simples, que socorre grande parte da população que ainda vê o Judiciário como a tábua de salvação de suas pretensões básicas, quando é obrigado a bater na porta da justiça para pleitear uma resposta imediata. ☐

¹REsp 664654/RJ/Recurso Especial/2004/008558877.

Julgamento Antecipado da Lide como Forma de Evitar a Morosidade Judicial e Garantir a Observância dos Princípios da Celeridade e da Efetividade

Alberto Republicano de Macedo Jr.
Juiz de Direito do TJ/RJ

A morosidade do Judiciário é tema que aparece reiteradamente nas discussões que envolvem a política judiciária. E um aspecto que deve tomar lugar de destaque nessa problemática com que se defronta o Poder Judiciário são as constantes e sucessivas tentativas de se aprimorar a legislação que regulamenta o processo, meio pelo qual se opera a prestação jurisdicional, ou seja, a forma como o Poder Judiciário exerce sua função de soberania sem que, por outro lado, se percam as garantias da justiça bem distribuída.

A magistratura nacional tem, costumeiramente, interpretado as hipóteses previstas no artigo 330 do Código de Processo Civil como mera faculdade do julgador. Entretanto, acredito que uma análise mais aprofundada acerca do dispositivo legal ora invocado nos levará à imperiosa conclusão de que aquele dispositivo não representa mera faculdade do magistrado, mas sim, uma determinação legal.

Com efeito, esse mecanismo foi previsto inicialmente no art. 350 do Código de Processo Civil de 1939, em seu parágrafo único, que estabelecia que *“o juiz conhecerá, entretanto, diretamente do pedido, proferindo sentença definitiva, quando a questão de mérito*

for unicamente de direito, ou, sendo de direito e de fato, não houver de produzir prova em audiência”.

Posteriormente, com o advento do Código de Processo Civil de 1973, o mencionado dispositivo passou a ser regulamentado no já citado artigo 330, inciso I, acrescentando-se, contudo, a hipótese da revelia (inciso II), que representou uma inovação trazida pelo legislador para dar maior celeridade e economicidade ao andamento dos processos.

O núcleo norteador do supracitado dispositivo centra-se na expressão “conhecerá diretamente do pedido”, de onde se infere sua natureza cogente, que não abre possibilidades nem faculdades para que o juiz, sob infundado receio, não profira, de plano, sentença meritória.

Vários doutrinadores renomados seguem nessa linha de raciocínio. O saudoso Theotônio Negrão, em comentários ao artigo 330, se posiciona da seguinte forma sobre o assunto: *“O preceito é cogente: ‘conhecerá’, e não poderá conhecer; se a questão for exclusivamente de direito, o julgamento antecipado da lide é obrigatório. Não pode o juiz, por sua mera conveniência, relegar para fase ulterior a prolação da sentença se houver desnecessidade de ser produzida prova em audiência”.*

Assim, o julgamento antecipado da ação representa uma forma anormal de decisão, tendo em vista que é ultrapassada a fase instrutória do processo, ou seja, pelo fato de tratar-se de questão unicamente de direito ou que prescindida de produção de provas, por já se ter todos os fatos alegados devidamente comprovados por meio de documentos, o magistrado deverá conhecer diretamente do pedido e exarar, desde logo, sentença de mérito, recorrível, apesar de ser proferida de plano.

Nessa linha de idéias, quando a questão discutida nos autos versar sobre matéria exclusivamente de direito, não havendo, portanto, fatos controvertidos nem duvidosos a serem provados, a solução do litígio dependerá tão-somente da interpretação que o juízo ou Tribunal dispensar acerca do tema.

Por outro lado, em havendo fatos a serem comprovados, o magistrado tem o dever-poder de julgar antecipadamente a lide, desprezando a produção de provas, ao constatar que o acervo documental acos-

tado aos autos possui suficiente força probante para nortear e instruir seu entendimento. Além disso, o julgamento antecipado da lide não constitui cerceamento de defesa, haja vista que referido julgamento somente será efetivado quando irrelevantes outras provas mais.

O estudo acerca do tema visa ao aprofundamento da matéria, com o escopo de auxiliar uma nova mentalidade da magistratura, no sentido de que o julgamento antecipado da lide figura como um dos instrumentos mais eficazes para o combate à morosidade do Judiciário.

Não se pode perder de vista que agilizar o processo significa aumentar o volume de julgamentos, num menor espaço de tempo e com o mesmo contingente humano. Entretanto, tal problemática não pode nos impedir de utilizar mecanismos que ensejem a celeridade processual contribuindo com a agilização procedimental, sendo tal agilidade o que a sociedade espera do Judiciário moderno.☐

Da Extinção dos Contratos*

Antonio Augusto de Toledo Gaspar
*Juiz de Direito da 2ª Vara Cível da Comarca
de São Gonçalo*

O tema, a despeito da sua importância, não vinha expressamente tipificado no CC/16, tão somente a ele fazendo-se menção em dispositivos esparsos na legislação.

Assim, passou o novel legislador a regulamentar a questão nos arts. 474/480 do CC/02, sem que, contudo, trouxesse à baila o fim da celeuma existente quanto ao assunto, mais precisamente quanto à terminologia a ser utilizada.

Também não foram trazidas nos referidos dispositivos legais – e aí com razão – as hipóteses em que o vínculo se dissolve (ou que é declarado como já dissolvido) em razão da existência de máculas que importam em nulidade ou anulabilidade da avença, mormente por ser tal matéria tratada na Parte Geral do Código Civil, visto que aplicável não só aos contratos (negócio jurídico bilateral), mas também aos negócios unilaterais.

Ocorre que, partindo-se de uma acepção ampla, e socorrendo-se dos ensinamentos de Orlando Gomes, podemos verificar a primeira vertente que viabiliza a extinção dos contratos, ou seja, *aquela que se refere às causas concomitantes à formação do vínculo* (negócio) e que atinge o plano da validade do negócio (arts. 166 e segs. do CC/02).

Contudo, há causas específicas de extinção, referentes tão só aos contratos e que são reguladas nos dispositivos mencionados. Ainda citando Orlando Gomes, são causas supervenientes à formação do vínculo, sendo elas: a) resilição; b) resolução. Não se pode olvidar que o pagamento é a causa normal da extinção do vínculo contratual.

*O presente estudo tem como intento a análise do término do vínculo contratual.

No que concerne à resilição, pode esta ser bilateral ou unilateral.

Quando bilateral, é chamada de distrato (ou seja, novo consenso para desfazer o contrato), sendo necessária a observância dos requisitos de existência e validade como em um negócio qualquer. Ressalte-se que, à luz da autonomia da vontade, podem as partes estabelecer o modo em que os efeitos do distrato se operarão – se *ex tunc* ou *ex nunc*. O novo CC/02 trata do tema no art. 472 ao falar da forma do distrato, que deve ser aquela exigida para o contrato, se a lei assim fizer. Observe-se: não é a forma escolhida pelas partes para o contrato, mas a forma, excepcionalmente, imposta por lei. Por outro lado, se para o negócio a lei impõe forma específica, como, por exemplo, na hipótese do art. 108 do CC/02, o distrato deve observar tal forma. Diferentemente se o negócio tiver forma livre, quando, então, poderá o distrato ser feito de qualquer forma, ainda que diferente da que foi utilizada no contrato.

Já a resilição unilateral, no que concerne ao seu âmbito de incidência, mostra-se em menor número, visto que ela materializa a vontade de uma das partes do contrato, sendo certo que o art. 473 do CC informa que tal forma extintiva só decorre de poder conferido pela lei.

Diz o mencionado dispositivo legal que a resilição opera-se pela denúncia do contrato. Ou seja, a denúncia é uma das formas de se utilizar a resilição unilateral. Contudo, outras formas de resilição unilateral são apresentadas pela doutrina, tais como a revogação e a renúncia.

Permite-se a denúncia em contratos com prazo indeterminado, tal como no contrato de comodato e na locação (art. 46, § 2º da Lei 8.245/91 – para o inquilino, art. 4º).

O termo revogação é oriundo do latim *revocare*, significando, em síntese, “fazer voltar” e verifica-se, segundo ensinamento de Arnoldo Wald, através daquele que participa da formação de contrato que tinha como elemento a confiança, tal como ocorre na revogação do mandato pelo mandante (art. 682). Também se vê a revogação da doação nas hipóteses previstas no art. 555.

Extingue-se, ainda, o vínculo contratual através da renúncia, como prevê, por exemplo, o art. 688 CC/02 (renúncia do mandatário),

ou naquelas hipóteses em que o credor, renunciando ao seu direito (que é disponível), torna “vazio” o vínculo contratual, importando na sua extinção (quando o contrato for unilateral).

Ao lado da resilição, temos a resolução. Dá-se a extinção do contrato pela resolução quando evento futuro e incerto se verifica, quais sejam: a) inadimplemento; b) onerosidade excessiva. Não se pode olvidar, porém, que qualquer outro evento pode figurar como condição a ensejar a resolução do negócio jurídico, à luz do art. 128 CC.

O evento inadimplemento é regulado nos arts. 474 e 475, enquanto a onerosidade excessiva, nos arts. 478/480.

Passa-se, pois, à análise da resolução pelo inadimplemento, também chamada de rescisão contratual.

Possível que as partes contratantes estabeleçam, através de cláusula contratual, que o inadimplemento gerará a resolução do contrato. Trata-se, pois, do que se chama de cláusula resolutiva expressa. Assim, lendo o art. 474 CC, 1ª parte, vê-se que a mesma opera de pleno direito, ou seja, não é necessária a sentença desconstituindo o contrato, visto que eventual reconhecimento terá efeitos meramente declaratórios. Há de se ressaltar que tal cláusula pode estar presente até em contrato unilateral (*pacta sunt servanda*).

Mas também se fala na cláusula resolutiva tácita, que recai, tão só, sobre os contratos bilaterais.

Entende-se, nesses contratos, que o inadimplemento é causa de pedir de pretensão desconstitutiva deduzida em juízo. Contudo, impõe-se a constituição em mora mediante interpelação judicial.

Seja em razão da cláusula expressa, seja em razão da tácita, a extinção por inadimplemento, nos termos dos art. 233/256 CC, gera efeitos *ex tunc*, ou seja, busca-se o retorno ao *status quo* ante, além do pagamento das perdas e danos. Entretanto, impende mencionar que as recentes reformas feitas no Código de Processo Civil vieram viabilizar o cumprimento específico da obrigação, conforme se vê dos artigos mencionados.

A título de esclarecimento, nas hipóteses de cláusula resolutiva expressa em relação de consumo constituída por força de negócio de execução diferida ou de trato sucessivo, tem a jurisprudência identificado a necessidade de não se extinguir o contrato, mas tão só de

se cobrar ao consumidor o efetivo cumprimento de sua obrigação quando já cumprida boa parte do contratado, mormente em razão do princípio da boa-fé objetiva e da função social do contrato (arts. 421 e 422 CC). Nesse passo, o legislador não mais permite que a cláusula resolutiva expressa importe na cláusula de decaimento (art. 53, Lei 6.078/90), embora, também à luz da boa-fé objetiva e da função social do contrato, esteja a jurisprudência fazendo, na hipótese de ser o contrato extinto, uma compensação entre o que foi pago e o que foi utilizado; em síntese, do que o consumidor se beneficiou. Julgados do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, como a apelação cível nº 2003.001.30031, Rel. Des. Luiza Cristina Bottrel Souza, fixaram perda de 30% em prol do fornecedor.

Falando-se em inadimplemento, há de se verificar que pode ser este reconhecido por meio de defesa de mérito indireta, denominada *exceptio non adimplenti contractus*, estudada nos art. 476/477 CC, aplicável aos contratos bilaterais, onde um contratante não pode exigir do outro o cumprimento da prestação se ainda não cumpriu com a sua. Nesse contexto, conclui-se que, se as partes não houverem estabelecido o cumprimento sucessivo das prestações, ou então a lei, como dispõe, por exemplo, o art. 491 do CC/02, a pretensão de cobrança só surge após o cumprimento da obrigação.

Pode, ainda, ocorrer a extinção do contrato pela resolução em virtude de onerosidade excessiva, tema que é regulamentado nos art. 478/480 CC.

O tema, embora não tivesse colhido a simpatia dos romanistas, teve na Idade Média o seu nascedouro, com a ponderação de seus juristas de que o momento da execução deverá estar em perfeita concorrência com o momento de constituição do contrato, sob pena de ofensa a uma das partes. Tal teoria foi conhecida como cláusula *rebus sic stantibus*, ou seja, deve o contrato ser cumprido de acordo como as coisas vinham se dando (ocorrendo).

Nos dias atuais, deu a cláusula *rebus sic stantibus* ensejo ao nascimento da teoria da imprevisão, que, segundo Caio Mário, mostra-se mais adequada, embora a teoria da base do negócio jurídico também alcançasse o mesmo efeito, ao dizer que a base do contrato comutativo é a equivalência das prestações. Uma vez composta tal base, compõe-se o próprio contrato.

Segundo o art. 478 CC, aplica-se a onerosidade excessiva nos contratos comutativos de execução diferida ou de trato sucessivo (execução continuada) quando, por motivos supervenientes e imprevisíveis, a prestação de uma parte se *“torna excessivamente onerosa”*, podendo esta pedir a resolução do contrato. Mas, a parte contrária pode evitar a resolução, oferecendo-se a modificar de forma eqüitativa o contrato.

Há de se ressaltar que a teoria da imprevisão já havia sido adotada pelo CDC em seu art. 6º, V, inclusive de forma mais completa, pois contempla a revisão, à luz do princípio da manutenção dos negócios, não exigindo a comprovação do requisito da imprevisibilidade. Observe-se que é a superveniência uma das características que distingue a onerosidade excessiva da lesão.

Enfim, o art. 480 CC/02 considera a onerosidade excessiva aos contratos unilaterais, para revisão da prestação, e não, para resolução, ou seja, deu tratamento mais adequado ao contrato unilateral frente ao bilateral comutativo, circunstância esta que se apresenta como uma incoerência, merecendo do intérprete a necessária adequação no sentido de sempre se buscar a manutenção do vínculo contratual.

Depreende-se, pois, ter a novel codificação dado um largo passo no sentido de uma escorreita regulamentação das causas extintivas do vínculo contratual indo ao encontro do que afirmavam Doutrina e Jurisprudência. ☐

Constitucionalismo no Brasil

1946 – 1987¹⁻²

Antonio Sebastião de Lima

Magistrado aposentado - RJ. Mestre em Ciências Jurídicas. Professor de Direito Constitucional.

I. INTRODUÇÃO

Após a guerra mundial (1939-1945) sopra uma brisa democrática nos céus europeus. O direito valoriza-se como fator de paz social e condicionador da ação política. O direito natural serve de fundamento às decisões do Tribunal de Nuremberg e de referencial de legitimidade ao poder político. Declina o positivismo jurídico que amparou as autocracias européias. Carta das Nações Unidas, publicada em 26/06/1945, conclama os povos a: **(i)** conjugar esforços para coexistência pacífica e segurança internacional **(ii)** usar a força apenas no

¹ Os artigos referentes aos períodos de 1822-1929 e 1930-1945 foram publicados na **REVISTA EMERJ** nº 39 e 41, respectivamente. O período 1988-2007 será publicado no próximo número.

² Obras visitadas: **Constituições Brasileiras**, São Paulo, Sugestões Literárias, 1978; **Carta das Nações Unidas**, Porto Alegre, Livraria Sulina, 1968; **Textos Históricos do Direito Constitucional** (Jorge Miranda) Lisboa, Imprensa Nacional-Casa da Moeda, 1980; **Las Constituciones Europeas** (Mariano Daranas Pelaéz) Madrid, Editora Nacional, 1979; **A Constituição norte-americana e seu significado atual** (Edward S. Corwin), Rio, Jorge Zahar Editor, 1986; **Brasil: Nunca Mais** (Arquidiocese de São Paulo), Petrópolis, Vozes, 1985; **1968 – O ano que não terminou** (Zuenir Ventura), Rio, Nova Fronteira, 1988; **Introdução ao Estudo de Problemas Brasileiros** (Machado Paupério), Rio, Freitas Bastos, 1983; **O Povo Brasileiro** (Darcy Ribeiro), São Paulo, Companhia das Letras, 1995; **História do Povo Brasileiro** (Jânio Quadros/Afonso Arinos), São Paulo, J. Quadros, 1967; **História da Sociedade Brasileira** (Francisco Alencar e/ou), Rio, Ao Livro Técnico, 1985; **Historia Moderna e Contemporânea** (José Jobson de Andrade Arruda), São Paulo, Ática, 1977; **História das Sociedades** (Rubim S. L. Aquino e/ou), Rio, Ao Livro Técnico, 1988; **História Combatente** (José Honório Rodrigues), Rio, Nova Fronteira, 1982; **O Brasil de minha geração** (Lyra Tavares), Rio, Biblioteca do Exército, 1976; **Perestroika** (Mikhail Gorbachev) São Paulo, Best Seller, 1987; **Ascensão e Queda das Grandes Potências** (Paul Kennedy) Rio, Campus, 1989; **História da Guerra Fria** (John Lewis Gaddis), Rio, Nova Fronteira, 2006; **A era da turbulência** (Alan Greenspan), Rio, Elsevier, 2008; **Curso de Direito Constitucional** (Paulino Jacques), Rio, Forense, 1977; **O Sistema Constitucional Brasileiro** (Fernando Whitaker da Cunha), Rio, Espaço Jurídico, 1996; **Teoria do Estado e da Constituição** (Antonio S. de Lima) Rio, Freitas Bastos, 1998; **Princípios Gerais do Direito Constitucional Moderno** (Pinto Ferreira) São Paulo, RT, 1971.

interesse comum **(iii)** empregar mecanismo internacional para promover o progresso econômico e social de todos **(iv)** preservar as futuras gerações do flagelo da guerra **(v)** respeitar obrigações decorrentes de tratados e de outras fontes do direito internacional. A Assembléia Geral da ONU promulga, em 10/12/1948 (com o voto contrário da URSS), a Declaração Universal dos Direitos do Homem, fundada nas seguintes proposições: (i) a liberdade, a justiça e a paz no mundo sustentam-se no reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis **(ii)** a mais alta aspiração do homem comum consiste no advento de um mundo em que os seres humanos gozem da liberdade de palavra, de crença e de viverem a salvo do temor e da necessidade **(iii)** direitos do homem protegidos pelo império da lei de modo a evitar a rebelião como último recurso contra a tirania e a opressão **(iv)** relações amistosas entre as nações **(v)** melhores condições de vida em uma liberdade mais ampla **(vi)** fé nos direitos fundamentais do homem, na dignidade e no valor da pessoa humana e na igualdade de direitos do homem e da mulher.

No Brasil, após eleições diretas (02/12/1945), Eurico Gaspar Dutra toma posse como presidente da República para cumprir mandato de 5 anos (1946-1950), imbuído de um nacionalismo mitigado pelo ambiente internacional do pós-guerra. Os parlamentares eleitos para se reunirem em assembléia constituinte cobrem todo o espectro ideológico, da extrema esquerda à extrema direita. O revolucionário comunista Luiz Carlos Prestes e o revolucionário fascista Getúlio Vargas, ambos líderes carismáticos e mitológicos, foram eleitos senadores, cada qual com enorme votação. Nos trabalhos constituintes predominam os partidos: **(i)** social democrático (PSD), braço burguês de Vargas, apoiado por industriais, comerciantes, fazendeiros e que reunia vasta clientela no interior do país **(ii)** liberal democrático (UDN), opositor ferrenho de Vargas, integrado pela aristocracia urbana e rural, conservadora, des preocupada com reformas econômicas e sociais **(iii)** trabalhista (PTB), braço proletário de Vargas, integrado por sindicalistas, operários, políticos getulistas, cuja proposta era a defesa dos interesses dos trabalhadores e impedir que eles se filiassem ao comunismo. Os eleitos, com poderes constituintes, criaram comissão que elaborou

o projeto de Constituição. No plenário da assembléia constituinte o projeto foi emendado, debatido, votado e promulgado. Coerente com o seu passado de árbitro dos antagonismos internos, Vargas se recusou a assinar a nova Constituição. Motivo explícito da recusa: a assembléia rejeitara a representação profissional. Motivo implícito da recusa: o constrangimento de assinar uma Constituição democrática, depois do seu governo autocrático (1937-1945).

II. PERÍODO DEMOCRÁTICO

1. Constituição de 1946

A Mesa da Assembléia Nacional Constituinte promulgou a Constituição dos Estados Unidos do Brasil (18/09/1946), que resultou de um compromisso entre as forças progressistas e as conservadoras, ensejando o modelo social-democrático de governo, na esteira da brasileira de 1934, da alemã de 1919 e da mexicana de 1917. Foram adotados, sob influência da Constituição dos EUA (1717): **(i)** forma republicana federativa de Estado **(ii)** separação dos poderes **(iii)** sistema de governo democrático, representativo e presidencialista. Em 17 anos, a Constituição havia recebido 6 emendas (1946-1963); depois, em apenas 2 anos recebeu 15 emendas, 4 atos institucionais e 30 atos complementares (1964-1966). Havia uma separação flexível entre os poderes constituídos. Os ministros de Estado, cujo cargo era compatível com o de parlamentar, podiam comparecer ao Congresso Nacional para tratar de assuntos atinentes às suas pastas. Cuidava-se de técnica parlamentarista no presidencialismo brasileiro, sob influência da Constituição francesa de 1848. Da cidadania ativa, foram excluídos os menores de 18 anos, os soldados, cabos e sargentos, os analfabetos, os que não soubessem exprimir-se na língua nacional e os que estivessem privados dos direitos políticos. A Constituição silenciou sobre os mendigos. O sufrágio era universal. O voto, masculino e feminino, era direto, secreto e obrigatório. Integravam o Poder Judiciário da União: Supremo Tribunal Federal, Tribunal Federal de Recursos, Juízes e Tribunais militares, eleitorais e do trabalho. A Justiça Federal foi criada pelo AI 12/65. A Justiça Estadual vinha disciplinada em título próprio, o que atendia ao princípio federativo (autonomia constitucional dos Estados federados). O legislador constituinte concedeu aos magistrados

as garantias de vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de vencimentos. Listou como direitos fundamentais: a vida, a liberdade, a segurança individual e a propriedade. A discriminação desses direitos seguiu o modelo liberal, com restrições à propriedade plena. No estado de sítio, as garantias podiam ficar suspensas. Além do tradicional *habeas corpus*, foi incluído, com nova redação, o *mandado de segurança* que constava do item 33, do artigo 113, da Constituição de 1934. O legislador constituinte vedou a organização de partido político ou associação, cujo programa ou ação contrariasse o regime democrático baseado na pluralidade dos partidos e na garantia dos direitos fundamentais. Esse dispositivo constitucional serviu de esteio à decisão do Tribunal Superior Eleitoral que cassou o registro do Partido Comunista Brasileiro (1947).

2. Ciclo social-democrático

A Constituição de 1946 disciplinou a ordem econômica e social. Atribuiu função social à propriedade. Além da *necessidade e utilidade pública*, incluiu o interesse social como razão suficiente à desapropriação pelo Poder Público. Condiçãoou o uso da propriedade ao bem-estar social. A lei poderia promover a justa distribuição da propriedade com igual oportunidade para todos. A justiça social, conciliadora da liberdade de iniciativa e da valorização do trabalho humano, era o princípio fundamental da ordem econômica. O trabalho era obrigação social. A lei das contravenções penais tipificou como *vadiagem* a ociosidade sem renda de subsistência de quem é apto para o trabalho (rico ocioso é capitalista; pobre ocioso é vadio). Assegurava-se a todos o que possibilitasse, dentro da licitude, existência digna. Permitia-se a intervenção do Estado no domínio econômico por interesse público e no limite dos direitos assegurados na Constituição. Salvo necessidade pública, a navegação de cabotagem para transporte de mercadorias era privativa dos navios nacionais. A lei reprimiria toda e qualquer forma de abuso do poder econômico, inclusive as uniões ou agrupamentos de empresas individuais ou sociais, qualquer que fosse a sua natureza, que tivesse por fim dominar os mercados nacionais, eliminar a concorrência e aumentar arbitrariamente os lucros. O legislador constituinte remeteu ao legislador ordinário a disciplina jurídica: (i)

dos bancos de depósitos **(ii)** das empresas de seguros, capitalização e fins análogos **(iii)** das empresas concessionárias de serviços públicos. A política estatizante do regime anterior foi abandonada. O amparo à lavoura e à pecuária dar-se-ia mediante a criação de estabelecimentos de crédito especializado. A fixação do homem no campo obedeceria aos planos de colonização e de aproveitamento das terras públicas. Dar-se-ia preferência a aquisição de até 100 hectares, aos posseiros de terras devolutas que nelas tivessem a sua morada habitual. Os preceitos sobre trabalho e previdência social assemelhavam-se aos da Carta de 1937, com algumas diferenças, tais como: **(i)** o salário mínimo devia suprir as necessidades normais da família ao invés das necessidades do trabalhador individualmente considerado **(ii)** participação obrigatória e direta do trabalhador nos lucros da empresa **(iii)** higiene e segurança do trabalho **(iv)** assistência aos desempregados **(v)** seguro por conta do empregador a fim de proteger o trabalhador em caso de acidente no trabalho **(vi)** existência prévia de fonte de custeio como *conditio sine qua* para criação, majoração ou extensão de serviço de caráter assistencial ou de benefício compreendido na previdência social **(vii)** inclusão da greve entre os direitos dos trabalhadores.

As disposições sobre família permaneceram as mesmas: **(a)** vínculo indissolúvel do casamento e efeitos civis do casamento religioso **(b)** assistência obrigatória à maternidade, à infância, à adolescência e amparo às famílias de prole numerosa **(c)** vocação para suceder em bens de estrangeiro existentes no Brasil, tutelada pela lei brasileira em benefício do cônjuge ou de filhos brasileiros, sempre que lhes não fosse mais favorável lei nacional do *de cuius*. A educação seria dada no lar e na escola, inspirada nos princípios da liberdade e nos ideais de solidariedade humana. Administrado e efetivado pelo Poder Público, o ensino era livre à iniciativa particular. O ensino oficial ulterior ao nível primário seria gratuito a quem provasse falta ou insuficiência de recursos. As empresas industriais, comerciais e agrícolas eram obrigadas a manter ensino primário gratuito para empregados e filhos quando nelas trabalhassem mais de 100 pessoas. As empresas industriais e comerciais eram obrigadas, em cooperação, a ministrar aprendizagem aos seus trabalhadores menores de idade, respeitados os direitos dos professores. O provimento das cátedras no ensino oficial secundário e

superior dar-se-ia após aprovação em concurso de provas e títulos; os professores assim admitidos seriam vitalícios. Cada sistema de ensino teria serviços de assistência educacional que assegurassem, aos alunos necessitados, condições de eficiência escolar. O amparo à cultura era dever do Estado. As ciências, artes e letras, eram livres. A lei criaria institutos de pesquisas, preferencialmente, junto aos estabelecimentos de ensino superior.

3. Fim da república democrática

O processo de industrialização continuou como decorrência da substituição das importações. Diversificou-se a partir de 1950. A classe empresarial aderiu ao capital estrangeiro e à política desenvolvimentista que mantinha a dependência tecnológica e financeira do Brasil em relação aos EUA. Cresceu a importância econômica e política das camadas sociais urbanas. A falta de emprego e de boas condições de vida, nas regiões de origem, provocou a migração de trabalhadores. Levas de nortistas e nordestinos deslocaram-se para a região sudeste. Por exceder a capacidade de absorção da economia urbana, formou-se um contingente de marginalizados. Cresceram favelas e cortiços, agravando os problemas urbanos de São Paulo e Rio de Janeiro. Pleito por aumento salarial e pela redução do custo de vida motivou inúmeras greves de operários, uma das quais durou quase um mês, com centenas de milhares de operários (São Paulo, 1953). O governo Dutra criou a Companhia Hidrelétrica do São Francisco, construiu a usina de Paulo Afonso e as refinarias de Cubatão e Mataripe e organizou a Frota Nacional de Petroleiros. Para evitar inflação, Dutra discordava de qualquer aumento salarial. Getúlio Vargas, eleito para o quinquênio 1951-1955, aumentou em 100% o salário mínimo. Vargas baixou normas sobre economia popular, comissão parlamentar de inquérito e corrupção de menores; criou a Petrobrás e a Eletrobrás; fundou o Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico; investiu em setores básicos da economia (siderurgia, construção naval e energia). Com pertinácia, buscou a emancipação nacional e a ascensão da classe trabalhadora. A queda no preço do café diminuiu a receita oriunda do exterior (1953). Vargas liberou as importações e a entrada e saída de capitais; facilitou o crédito à indústria mediante baixas taxas de juros. A dívida externa chegou à casa dos 600 milhões de dólares.

A imprensa oposicionista (**O Globo**, **Tribuna da Imprensa**, **Estado de São Paulo**) denunciava corrupção em negócios do governo e alardeava suposto golpe de Estado. Gregório Fortunato, chefe da segurança pessoal do presidente, toma as dores de Vargas e planeja o assassinato de Carlos Lacerda, dono do jornal **Tribuna da Imprensa**. O pistoleiro contratado erra o alvo e acerta Rubens Vaz, major da Aeronáutica que acompanhava o jornalista. Os militares reagiram vigorosamente e instauraram inquérito. Os oposicionistas não perderam a chance: exigiram a renúncia de Vargas. O presidente lavrou depoimento em que denunciava as forças adversas aos interesses do povo; a campanha subterrânea de grupos internacionais aliados a grupos nacionais contrários: (i) às garantias do trabalho (ii) à lei dos lucros extraordinários (iii) às empresas públicas como Petrobrás e Eletrobrás. Vargas encerra a carta-testamento dizendo que saía da vida para entrar na História. O suicídio de Vargas (24/08/1954) comoveu o povo e provocou greves, invasão da embaixada dos EUA, empastelamento do jornal **O Globo** e retração dos oposicionistas. O vice-presidente Café Filho cumpriu o mandato presidencial restante. Na data marcada, realizaram-se as eleições (1955). Saíram vitoriosos: Juscelino Kubitschek (presidente) e João Goulart (vice-presidente). Os oposicionistas tentaram impedir a posse dos eleitos alegando: (i) nulidade dos votos comunistas por estar o PCB na ilegalidade (ii) não ter sido alcançada a maioria absoluta dos votos (exigência introduzida no ordenamento constitucional nove anos depois pela EC 9/64). O presidente Café Filho afastou-se do cargo por suposta doença. Carlos Luz, presidente da Câmara dos Deputados, assumiu o governo e demitiu o Ministro da Guerra. O general Henrique Lott reagiu com força militar, cercou bases aéreas e navais envolvidas na conspiração, ocupou prédios, jornais, emissoras de rádio, destituiu Carlos Luz e indicou, na ordem de sucessão estabelecida na Constituição, o vice-presidente do Senado, Nereu Ramos, para assumir o governo (12/11/1955). Os conspiradores, entre eles, Carlos Luz e Carlos Lacerda, se refugiaram no cruzador Tamandaré, ancorado na Baía da Guanabara. O Congresso Nacional decretou o estado de sítio e o impedimento de Café Filho para reassumir a presidência. Nereu Ramos governou por 2 meses e deu posse aos eleitos (31/01/1956).

Juscelino Kubitschek – JK, médico, empreendedor, otimista, cumpriu o mandato até o fim (1956-1960). *O plano de metas* do seu governo dava prioridade à base material da nação: aço, energia e transportes. A melhoria da educação e da saúde seria consequência. Os opositores defendiam o inverso: prioridade à educação, saúde e cultura; o progresso material seria consequência. JK incrementou a indústria automobilística, construiu as centrais elétricas de Furnas e Três Marias, as siderúrgicas Cosipa e Usiminas, a refinaria Duque de Caxias e Brasília. Deu prioridade às rodovias, com destaque para as que ligavam Brasília ao norte e ao nordeste do país. A malha ferroviária foi negligenciada. A política econômica centrada na indústria de bens de capital e de bens duráveis concentrava renda e beneficiava as camadas alta e média. A dívida pública aumentou. JK optou pelo crescimento econômico com inflação e rompeu com o Fundo Monetário Internacional.

Jânio Quadros – JQ, foi eleito para o quinquênio 1961-1965. Homem culto, professor, moralista, carismático, apreciador de bebida alcoólica (gosto comum a estadistas como Winston Churchill e a governantes medíocres como George W. Bush e Luiz Inácio da Silva). Constava do programa de governo de JQ: (i) combate à corrupção e à especulação (ii) austeridade econômica (iii) mecanismos contra a inflação (iv) independência e pluralismo nas relações exteriores. A aproximação do Brasil com países socialistas (URSS, China, Cuba), desagradou ao governo dos EUA. A temperatura subiu quando JQ condecorou o Ministro da Indústria e Comércio de Cuba, Ernesto Guevara (o *Che* argentino). A política de austeridade econômica e de combate à corrupção desagradou à aristocracia urbana. Carlos Lacerda, governador do Estado da Guanabara, em sintonia com o governo dos EUA na oposição ao governo brasileiro, afirma, em emissora de televisão, ter sido convidado a participar de um golpe de Estado que seria desferido por JQ. No dia seguinte, JQ renuncia ao cargo. Declara-se vítima de forças terríveis que o intrigavam e o difamavam (25/08/1961). A carta que enviara ao governador de São Paulo, em 1959, quando renunciara à candidatura ao pleito presidencial, prenunciava tal desfecho: *Não desejo, Governador, nem por um instante, chegar à chefia da Nação, se não puder exercer essa chefia*

com toda plenitude de suas prerrogativas (...) É preferível um cidadão livre, do que um Presidente prisioneiro. O sentimento do candidato-renunciante permaneceu no presidente-renunciante. Fator objetivo da renúncia ao cargo presidencial: o Legislativo resistia às propostas do Executivo; JQ pretendia governar com amplos poderes, amparado na enorme votação que recebera; tal pretensão implicava reforma que adviria da ressonância do seu ato. Fator subjetivo da renúncia: acostumado à metrópole paulista, JQ não se dava bem com a solidão de Brasília, que ainda lembrava um canteiro de obras. Fator aleatório da renúncia: JQ estava de porre. Os ferroviários entraram em greve. Os estudantes protestaram. A embaixada dos EUA foi atacada. eclodiu a crise institucional.

João Goulart – JG, vice-presidente da República, em visita à China, devia assumir o governo, nos termos da Constituição. Consideraram-no homem de esquerda, embora isto não se afinasse com o *status* de latifundiário no Rio Grande do Sul. Homem rico, bem educado e cordial, estava mais para populista. Os militares brasileiros, instigados por agentes dos EUA, em tempo de guerra fria, resistiam à posse de JG na presidência da República. Rio Grande do Sul, Santa Catarina e Paraná se uniram em favor da legalidade, cujo movimento ganhou força e apoio em todo o país. O Congresso Nacional implantou o parlamentarismo, através da EC 4/1961, a fim de apaziguar os ânimos e evitar o confronto armado. A chefia de Estado coube a JG. Ao Conselho de Ministros coube a direção da política nacional e da administração federal. O parlamentarismo durou 2 anos e 3 gabinetes (Tancredo Neves, Brochado da Rocha e Hermes Lima). A consulta à população sobre o sistema de governo, que só deveria ocorrer, na modalidade *plebiscito*, em maio de 1965, foi antecipada. Para contornar o óbice do prazo, o Legislativo submeteu a própria EC 4/61 à consulta popular, na modalidade *referendo* (LC 2/62). O povo não a referendou. O Legislativo, então, promulgou a EC 6/63 revogando a EC 4/61. Emenda *revogar* emenda é impropriedade técnica. A emenda modifica o texto constitucional. Emenda subsequente pode modificar, substituir ou suprimir o *dispositivo do texto constitucional* alterado pela emenda anterior.

Restabelecido o presidencialismo, JG assume as chefias de Estado e de governo. A sociedade estava inquieta desde a renúncia de Jânio

Quadros. Os trabalhadores rurais, organizados em *ligas camponesas* distribuídas por 20 Estados, enfrentaram a força pública e a resistência dos fazendeiros. Pleiteavam reforma agrária, lei trabalhista própria e direito à livre organização (1961). Desse pleito coletivo resultou o Estatuto do Trabalhador Rural, que incluía o direito de organizar sindicatos rurais (1963). O governo lançou o Plano Trienal de Desenvolvimento Econômico e Social, elaborado sob a direção de Celso Furtado, visando ao crescimento da economia com decréscimo da inflação. Diante da resistência do Legislativo ao plano, JG se aproxima das organizações sociais de esquerda que exigiam nova Constituição. A direita reagiu. O Instituto Brasileiro de Ação Democrática, o Instituto de Pesquisas e Estudos Sociais e os governos de São Paulo, Minas Gerais e Guanabara receberam ajuda dos EUA para derrubar o governo Goulart. O governo daquele país discordava das medidas nacionalistas tomadas por JG (restrição à remessa de lucros, nacionalização das empresas de comunicações, revisão das concessões para exploração de minas) e suspendeu a ajuda que prestava ao governo federal brasileiro. A recusa dos EUA em negociar a dívida repercutiu negativamente na balança comercial brasileira. A inflação chegou a 74%. Houve aumento do custo de vida e da dívida pública (1963). As camadas média e alta da sociedade foram arregimentadas pelos opositores para manifestação de rua contra o comunismo, apelidada de “Marcha da Família com Deus pela Liberdade”, amplamente apoiada pela Igreja Católica, pela imprensa, pelo PSD e pela UDN (1964). Os organizadores da espetacular passeata de centenas de milhares de pessoas, que empolgou a nação brasileira, associaram o comunismo ao governo federal. JG foi acusado de pretender *bolchevizar* ou *cubanizar* o país e instituir uma república sindicalista. A direita utilizou o comunismo como argumento para justificar o golpe de Estado. Em defesa do governo constitucional de JG, dissidentes do PSD e da UDN (capitalistas, democratas, liberais) formaram a *Frente Parlamentar Nacionalista* com parlamentares do PTB e do PSB e apoio da União Nacional dos Estudantes e da Confederação Geral dos Trabalhadores. Em comício que reuniu centenas de milhares de pessoas no Rio de Janeiro (13/03/64) nas imediações da estação da Estrada de Ferro Central do Brasil – local onde Vargas fazia comícios – JG lançou o programa das reformas de

base (rural, urbana, encampação de refinarias, direito de voto aos analfabetos, delegação legislativa). Em Brasília, sargentos da Aeronáutica prenderam oficiais, interditaram o aeroporto e sabotaram aviões, porque o Supremo Tribunal Federal, lastreado em norma constitucional, negara registro à candidatura de um sargento que se elegera deputado estadual no Rio Grande do Sul (1963). No Rio de Janeiro, a Associação dos Marinheiros e Fuzileiros Navais promoveu reunião, no Sindicato dos Metalúrgicos, para comemorar aniversário de fundação da entidade e se solidarizar com o seu presidente, cabo José Anselmo, ameaçado de prisão pelo comando militar. Soube-se, depois, que o “cabo Anselmo”, na verdade, era policial a serviço dos oposicionistas, infiltrado no órgão de representação dos marinheiros. Para reprimir a reunião, o comando naval enviou um destacamento de fuzileiros. Ao invés de prender os participantes, o destacamento com eles se confraternizou (26/03/64). JG demitiu o Ministro da Marinha e pronunciou discurso na Associação dos Sargentos da Polícia Militar do Rio de Janeiro, com pesada carga emocional, atacando as elites e os oficiais da Marinha (30/03/64). Militares de alta patente, políticos e personalidades da sociedade civil, instigados, instruídos e financiados pelo governo dos EUA, conspiravam, há algum tempo, para depor o presidente. Aquele discurso desencadeou a ação dos conspiradores. JG retira-se do governo. Em Porto Alegre, ele desaprova a resistência armada sugerida por Leonel Brizola. Evitou derramamento de sangue. As rédeas do Estado brasileiro passaram às mãos dos militares, com o aplauso de uma parcela do povo e a perplexidade da outra (1º/04/64). O presidente da Câmara dos Deputados assumiu o governo, sob a tutela do Comando Supremo da Revolução.

III. PERÍODO AUTOCRÁTICO

1. Carta de 1967

Os Comandantes do Exército, da Marinha e da Aeronáutica expediram o AI 1/64, modificando a Constituição de 1946 na parte relativa aos poderes do Presidente da República. Passa a vigorar a *doutrina da segurança nacional* elaborada na Escola Superior de Guerra, sob influência do governo dos EUA, segundo a qual, a defesa da pátria

incluía o combate aos inimigos internos. O lema do governo militar era *segurança e desenvolvimento*, à semelhança do lema positivista da bandeira nacional: *Ordem e Progresso*. Os militares exerceram o Poder Constituinte de modo permanente. Montaram um Estado que provocou sérias dificuldades à classe política, aos intelectuais de esquerda e ao exercício dos direitos à vida, à liberdade e à segurança individual. Civis, militares e religiosos perderam direitos; alguns desapareceram. A energia da nação destinava-se a nutrir e fortalecer o *Poder Nacional* cujo exercício cabia ao estamento militar, que ditava as regras e a elas se sobrepunha. O Legislativo endossou os nomes do general Humberto de Alencar Castelo Branco e do deputado José Maria Alckmin para os cargos de presidente e vice-presidente da República (11/04/64). Após uma pletera de emendas à Constituição e de atos institucionais e complementares, o presidente da República apresentou projeto de Constituição que sistematizava aquelas normas e institucionalizava os princípios e propósitos da autocracia militar. O Congresso Nacional foi convocado pelo AI 4/66, em caráter extraordinário, para discutir e aprovar o referido projeto no curto período de 43 dias (12/12/66 a 24/01/67). Sem a efetiva titularidade do Poder Constituinte e sem liberdade, o Congresso Nacional aprovou o projeto e promulgou a Carta de 1967, com o nome oficial de *Brasil*. A EC 1/69 mudou o nome oficial para *República Federativa do Brasil*.

A Carta contemplava separação de poderes e declaração de direitos. Prevalencia a segurança nacional sobre todos os interesses públicos e privados. Toda pessoa natural ou jurídica era responsável pela segurança nacional o que, por um lado, estimulava a delação e, por outro, ensejava enquadramento de qualquer pessoa na lei marcial. Os atos praticados pelo Comando Supremo da Revolução foram aprovados pela Carta e excluídos da apreciação judicial. Os cargos públicos eram acessíveis a todos os brasileiros, na forma da lei. O presidente da República podia expedir decretos-leis sobre segurança nacional e finanças públicas. A eleição do chefe de governo para um período de 5 anos era indireta. O Congresso Nacional, juntamente com delegados das assembléias legislativas, exercia a função de colégio eleitoral para escolha do presidente da República. A Assembléia Legislativa, juntamente com delegados das câmaras municipais, exercia a função

de colégio eleitoral para escolha de governador (EC 1/69). Cabia, ao legislador ordinário, regular a organização, o funcionamento e a extinção dos partidos políticos, respeitada a democracia representativa. A pluralidade de partidos e a garantia dos direitos fundamentais do homem eram anunciadas como base da nova organização política. Partidos de âmbito estadual foram proibidos. Os partidos teriam âmbito nacional e adquiriam: (i) personalidade jurídica, mediante registro dos estatutos (ii) legitimidade, mediante atuação permanente dentro do programa aprovado pelo Tribunal Superior Eleitoral, sem vinculação de qualquer natureza com ação de governos, entidades ou partidos estrangeiros. A coligação estava proibida. Os partidos ficavam sujeitos à fiscalização financeira e à disciplina partidária.

Na organização do Poder Judiciário entraram os tribunais e juízes federais. A Justiça Estadual foi incluída no Poder Judiciário da União como órgão da *Justiça Nacional*. A homogeneidade política e ideológica imposta à nação por governo ditatorial contrário ao pluralismo e ao federalismo, responde por esse caráter *nacional* imprimido à magistratura e ao Judiciário estadual. Os magistrados estaduais ficaram submetidos ao governo central através da criação de um *Conselho da Magistratura Nacional*. Tal submissão era incompatível com o princípio federativo e com a autonomia constitucional dos Estados. O governo militar fez, do Brasil, um Estado unitário de fato. *Democracia* e *federação* eram fachadas. Os civis estavam submetidos à jurisdição militar. Os juízes eram removíveis no interesse público e perdiam o cargo por sentença judicial ou por aposentadoria compulsória aos 70 anos de idade. Os vencimentos sujeitavam-se aos impostos gerais.

A declaração de direitos compreendia os tópicos: nacionalidade, direitos políticos, partidos políticos, direitos individuais e estado de sítio. A ordem econômica e social era disciplinada em título específico. Família, educação e cultura, também, situavam-se em título próprio. A lista dos direitos e garantias seguia o modelo liberal, reconhecia os direitos à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade (sem referência à *segurança individual*). Os espetáculos e diversões públicas ficavam sujeitos à censura oficial. Propaganda de guerra, subversão da ordem e preconceito de raça ou classe não eram tolerados. A intolerância do governo era extremada em relação aos opositores classificados como

subversivos. Sob *estado de guerra* admitia-se pena de morte, prisão perpétua, banimento e confisco. A integridade física e moral do preso seria respeitada pelas autoridades. Isto não impediu torturas e assassinatos de opositores ao regime. A prisão civil por dívida era permitida só nos casos do depositário infiel e do inadimplente de obrigação alimentícia. A criatividade dos legisladores gerou a figura da *alienação fiduciária*, que faz, do comprador, depositário do bem adquirido e, assim, sujeito à prisão civil. A esperteza camuflou a imoralidade e contornou a vedação constitucional de prisão por dívida. Quanto ao direito de reunião, o legislador ordinário podia determinar os casos em que seriam necessárias a comunicação prévia à autoridade e a designação do local. Foi mantida a vedação da propriedade e administração de empresas jornalísticas de qualquer espécie (emissoras de rádio e televisão inclusive): (i) a estrangeiros (ii) a sociedades por ações ao portador (iii) a sociedades que tivessem como acionistas ou sócios, estrangeiros ou pessoas jurídicas. A responsabilidade e a orientação intelectual e administrativa dessas empresas continuaram reserva de brasileiros natos. Em defesa da democracia e no combate à subversão e à corrupção, o legislador podia estabelecer outras condições para a organização dessas empresas. O estado de sítio suspendia a vigência dos direitos e garantias. O presidente da República podia tomar todas as medidas legais a fim de preservar a integridade e a independência do país e o livre funcionamento dos Poderes e das instituições, se ameaçados pela subversão ou corrupção.

O AI-5, concedendo poderes especiais ao presidente da República para suspender direitos e garantias individuais, confiscar bens, colocar em recesso casas parlamentares, decretar o estado de sítio e a intervenção nos estados e municípios, foi a resposta ao movimento estudantil e aos distúrbios civis contra o regime (13/12/1968). O estamento militar considerou a insurgência civil uma contra-revolução. A negativa da Câmara dos Deputados de conceder licença para que um deputado fosse processado no STF por injuriar as forças armadas, foi a gota de água que faltava para o copo transbordar. O presidente da República fechou o Congresso Nacional e endureceu a repressão. A organização denominada *Comando de Caça aos Comunistas* aterrorizou o país. Seguiram-se 12 atos institucionais e 21 atos complementares

até outubro de 1969. O presidente Arthur da Costa e Silva adoeceu e ficou inabilitado para o cargo. O vice-presidente Pedro Aleixo foi impedido de assumir. Fora o único a votar contra o AI-5 em reunião ministerial que precedera a edição. O aparelho militar recusava civil na presidência. Os comandantes das forças armadas expediram o AI-16 declarando vagos os cargos de presidente e de vice-presidente da República (14/10/1969). Instituíram uma junta governativa formada por eles próprios, promulgaram a EC 1/69 e escolheram o general Emílio Garrastazu Médici como novo presidente da República (1970-1974). No quinquênio seguinte (1975-1979) o presidente Ernesto Geisel decretou o recesso do Legislativo, aumentou para 6 anos o mandato do seu sucessor, criou a figura do senador biônico (apelido alusivo a um herói de filme de TV) e reformou o Poder Judiciário (EC 7/77 e 8/77). O processo de abertura lenta e gradual para a democracia continuou no governo do general João Figueiredo (1980-1985).

O governo militar editou nova lei de segurança nacional, lei de imprensa, código eleitoral e leis disciplinando a propaganda eleitoral, o uso dos meios de comunicação, o transporte gratuito de eleitores no dia da eleição, o processamento de dados eletrônicos, a requisição de servidores públicos pela Justiça Eleitoral, a organização bipartidária, com um partido da situação (ARENA) e outro da oposição (MDB). A competência legislativa do presidente da República foi ampliada. Na linha do ideário dominante, receberam disciplina legal as seguintes matérias: manifestação do pensamento, abuso de autoridade, representação por inconstitucionalidade, responsabilidade de prefeitos e vereadores, ação popular, sistema tributário nacional, reforma administrativa, situação do estrangeiro no Brasil, prevenção e repressão ao tráfico ilícito de entorpecentes, execução penal e processo civil. Milhares de inquéritos militares foram instaurados pela Comissão Geral de Investigação (CGI). Criaram o Serviço Nacional de Informações (SNI) que primou pela devassa na vida das pessoas. O combate à subversão teve primazia. Negligenciaram o combate à corrupção.

2. Ciclo social-autocrático

A ordem econômica e social tinha por fim realizar a justiça social e por base: (i) liberdade de iniciativa (ii) valorização do trabalho

como condição da dignidade humana (iii) função social da propriedade (iv) a harmonia e solidariedade entre os fatores de produção (capital + trabalho; empresário + trabalhador) (v) desenvolvimento econômico (vi) repressão ao abuso do poder econômico caracterizado pelo domínio dos mercados, pela eliminação da concorrência e pelo aumento arbitrário dos lucros. Por motivo de segurança nacional ou para organizar setor que não pudesse se desenvolver com eficiência no regime de competição e de liberdade de iniciativa facultava-se a intervenção do Estado no domínio econômico e o monopólio de indústria ou atividade, assegurados os direitos individuais. Ao proprietário do solo era garantida a participação no resultado da lavra. A pesquisa e a lavra de petróleo, em território nacional, constituía monopólio da União. As atividades econômicas seriam organizadas e exploradas pelas empresas privadas com o estímulo e apoio do Estado.

Leis disciplinaram o mercado de capitais, o condomínio em edificações e as incorporações imobiliárias. A correção monetária foi introduzida no sistema econômico mediante a Lei federal 4.380/64, que criou o Banco Nacional de Habitação e autorizou a intervenção do governo federal no setor habitacional. Com o objetivo de atrair investidores estrangeiros, adotou-se modelo econômico que favoreceu a concentração de renda e o achatamento salarial. O sistema tributário nacional foi reformulado (EC 18/65) e integrou, em capítulo próprio, a Carta de 1967. Houve incentivo fiscal e facilidade de crédito, de remessa de lucros e de aquisição de terras para empresas multinacionais se instalarem no Brasil. Empresas americanas, européias e asiáticas investiram nos setores químico, farmacêutico, automobilístico, metalúrgico, mecânico e eletrônico. A indústria aeronáutica, naval, de material bélico e de bens de consumo duráveis se expandiu. Siderurgia, telecomunicações, energia e transportes ficaram sob controle do governo.

A separação entre Ética e Poder, que pavimentou a guerra fria entre as duas grandes potências mundiais, influenciou na política brasileira. O florescimento da cultura técnica foi notável (economia, administração, informática, eletrônica). A tecnologia sombreou o humanismo. Há planejamento nos negócios de governo (tecnocracia). Foram construídas as usinas nucleares de Angra dos Reis, a hidrelétrica de

Itaipu (com o sacrifício da beleza natural de Sete Quedas de Guaíra, no Paraná) a rodovia Transamazônica e a ponte Rio-Niterói (símbolo geopolítico da fusão dos antigos Estados da Guanabara e do Rio de Janeiro). A decisão do governo brasileiro de ampliar o mar territorial de 12 para 200 milhas provocou reação do governo dos EUA e retardou a prorrogação do Acordo Internacional do Café (1971). Empresas estatais cresceram em número e incorporaram o espírito capitalista. Aumentou o consumo de bens duráveis, facilitado pela expansão do crédito aos consumidores. Facilitou-se o crédito agrícola. A exportação de manufaturados e gêneros agrícolas foi incrementada. A produção rural modernizou-se e surgiram mais empresas agropecuárias. Prevaleram a pecuária e a lavoura de exportação (soja e trigo). Caiu a produção de café. O chamado *milagre econômico brasileiro* se desfaz a partir da crise mundial do petróleo (1973). A inflação chega a 94,7%, a dívida externa à casa dos 50 bilhões de dólares e o déficit na balança comercial à casa dos 500 milhões de dólares (1978-1980).

Cresce a *economia informal* (vendedores, biscateiros, artesãos, contrabandistas, receptadores, falsificadores, contraventores). A camada baixa da sociedade vive em precárias condições, sem moradia própria ou decente, aluguel abusivo, difícil acesso à escola, a médicos, hospitais e remédios. O salário mínimo perde valor aquisitivo. Retrocedem as chances de emprego. Proibiu-se a greve nos serviços públicos e nas atividades essenciais definidas em lei. Os direitos trabalhistas eram os mesmos dos diplomas anteriores, com algumas novidades, tais como: **(i)** participação do trabalhador na gestão da empresa **(ii)** fundo de garantia de tempo de serviço como alternativa à estabilidade do trabalhador no emprego **(iii)** colônia de férias e clínicas mantidas pela União (repouso, recuperação, convalescença) **(iv)** voto obrigatório nas eleições sindicais. As disposições sobre família, educação e cultura apresentam algumas modificações em relação às Constituições anteriores, como a que **(i)** estabeleceu o sistema federal de ensino, que teria caráter supletivo e se estenderia a todo o país **(ii)** suprimiu o número mínimo de trabalhadores, ao exigir que as empresas comerciais, industriais e agrícolas mantivessem, em favor dos empregados e filhos, o ensino primário gratuito **(iii)** instituiu o divórcio (EC 9/77). Receberam disciplina legal: a ação de alimentos, a ação de dissolu-

ção da sociedade conjugal e o seguro obrigatório de danos pessoais decorrentes de acidentes de veículos automotores.

3. Fim da república autocrática

A década 1961-1970 foi marcante na América e na Europa. A rebeldia dos jovens motivada pela guerra no Vietnã, pela mentalidade beligerante na política, pelo autoritarismo na família, na sociedade e no Estado, contagiou toda uma geração (hoje, sexagenária). Nos EUA, os *hippies*, sob o lema *paz e amor*, celebrizaram-se por: (i) adotar o pacifismo de Jesus e Gandhi e protestar contra a guerra (*faça amor, não faça guerra*) (ii) recusar o serviço militar obrigatório (iii) rejeitar os valores tradicionais vigentes na sociedade (iv) buscar a iluminação espiritual orientada por gurus indianos ou induzida mediante uso de drogas (v) nudez emblemática, liberação sexual e amor à natureza. Logo após o assassinato de Martin Luther King, ícone da luta pelos direitos civis nos EUA, o presidente Lyndon Johnson promulga a lei dos direitos civis (abril/1968). O movimento de afirmação das minorias (mulheres, negros, indígenas, mestiços, homossexuais) espalhou-se pelos continentes. Na França, o movimento estudantil contra o governo personalizado de Charles de Gaulle ganhou força revolucionária (maio/1968); estremeceu a hierarquia na família, na escola e na sociedade; mudou comportamentos. Casamento aberto, juventude valorizada, palavrão socializado, queda de tabus, revelam-se fatos sociais duradouros. Além do mimetismo facilitado pelos meios de comunicação, o comportamento dos jovens resultava de anseios, sentimentos e idéias comuns, questionadores do *status quo* na América e na Europa, num processo simpático sem fronteira.

No Brasil, houve manifestações de estudantes, trabalhadores, intelectuais, artistas, religiosos, contra a autocracia militar, que incluíam passeatas, assembléias em locais abertos e fechados, reuniões de lideranças, missas, greves, produções artísticas de protesto, distúrbios nas ruas e enfrentamento com a polícia. O governo reagia de várias maneiras: cassações de direitos, domicílios invadidos, pessoas seqüestradas, explosões de teatros, empastelamento de jornais, prisões, torturas e assassinatos. Veio a lume o plano atribuído ao brigadeiro João Paulo Burnier (por ele negado), chefe de gabinete do Ministro da

Aeronáutica: **(a)** explodir o gasômetro do Rio de Janeiro e a represa do Ribeirão das Lajes **(b)** lançar líderes políticos e estudantis em alto-mar **(c)** assassinar civis nos confrontos de rua. A morte de um estudante no ataque da polícia militar ao restaurante Calabouço, local de concentração e permanente assembléia estudantil contrária ao regime, abala o Rio de Janeiro (março/1968). O ataque foi motivado pela informação de que os estudantes fariam passeata de protesto contra a ditadura. Pessoas comuns e pessoas representativas compareceram ao velório do estudante na Assembléia Legislativa do então Estado da Guanabara. Inflamados discursos eram proferidos em série. Dezenas de milhares de pessoas acompanharam o corpo do estudante pelas ruas da cidade até o cemitério São João Batista. Os dias posteriores ao sepultamento foram de baderna nas ruas e de confrontos sangrentos entre os estudantes e a polícia. Ao episódio da Candelária (na saída da missa matutina de 7º dia, os civis foram espancados pela polícia) seguiram-se batalhas campais no centro da cidade. Na Faculdade de Economia da Praia Vermelha, os estudantes, em assembléia convocada pela União Nacional dos Estudantes, constrangeram os professores e extravasaram o seu descontentamento com o sistema de ensino. A força pública interveio; novo confronto entre polícia e estudantes. Dois meses depois, cerca de 100 mil pessoas participaram de uma passeata na Avenida Rio Branco, no centro do Rio de Janeiro, autorizada pelo governador da Guanabara, apoiada pela Igreja Católica, com a participação de políticos, intelectuais, artistas, estudantes e trabalhadores. Ao fim da passeata foi aclamada comissão de representantes para negociar com o governo, composta de uma dona de casa, um médico, um religioso e dois estudantes. Em Brasília, recebida pelo presidente da República, a comissão reivindicou: libertação dos presos, reabertura do restaurante Calabouço, aumento das verbas e vagas para o ensino superior público e reforma universitária da qual participassem os estudantes. O presidente concordou, desde que não houvesse mais passeatas. Os estudantes não aceitaram a condição; saíram da audiência de mãos vazias. Com mandado judicial e sob a proteção de duas centenas de soldados da polícia militar, uma centena de agentes do DOPS invadiu a Universidade de Brasília com o objetivo de prender 5 estudantes (agosto/68). Houve resistência. Parlamentares que lá compareceram para apoiar

os estudantes foram espancados. A Câmara dos Deputados protestou. Discurso ali proferido foi considerado ofensivo às forças armadas. A Casa negou autorização para que o deputado ofensor fosse processado judicialmente. Em São Paulo, estudantes do Mackenzie (governistas) travaram batalha contra estudantes da USP (oposicionistas) na rua Maria Antônia; houve barricadas, tiros, bombas, rojões e coquetéis molotov (outubro/68). O governo federal proibiu manifestações políticas no território nacional, limitou o direito de reunião e a liberdade de comunicação e expressão, submeteu à censura músicas, peças de teatro, filmes, programas de rádio e televisão, livros, jornais e revistas, reprimiu o congresso da UNE em Ibiúna/SP e prendeu centenas de estudantes (outubro/68). Culminou com o AI-5 (dezembro/68).

Carlos Lacerda buscara o apoio de Juscelino Kubitschek e de João Goulart para organizar o movimento denominado *Frente Ampla* integrado por políticos, estudantes e trabalhadores, com o fim de redemocratizar o país. Por decisão do Ministro da Justiça, esse movimento foi colocado na clandestinidade. Grupos armados promoveram guerrilha urbana, assaltaram bancos, seqüestraram pessoas para trocar por presos políticos. O ex-deputado Carlos Marighella comandava a Aliança Libertadora Nacional – ALN; o ex-capitão do Exército, Carlos Lamarca, comandava a Vanguarda Popular Revolucionária – VPR. Em troca do embaixador dos EUA, seqüestrado pela ALN coadjuvada pelo Movimento Revolucionário 8 de Outubro – MR8 (setembro/1969), foram libertados 15 prisioneiros políticos e publicado um manifesto. A reação do governo foi imediata. Em São Paulo, Marighella foi emboscado e morto (novembro/1969). No Vale do Ribeira, no sul do Estado de São Paulo, forças do Exército e da Polícia Militar cercaram e atacaram guerrilheiros da VPR, no campo de treinamento ali instalado (maio/1970). Alguns escaparam, inclusive Lamarca, que retornou a São Paulo e de lá foi para o interior da Bahia como integrante do MR8, ocasião em que foi morto pelo Exército (setembro/1971). As *Forças Guerrilheiras do Araguaia*, localizadas no sul do Pará, organizadas pelo Partido Comunista do Brasil, com efetivo inferior a duas centenas de pessoas, enfrentaram milhares de soldados até serem vencidas (1972-1974). As mortes do jornalista Wladimir Herzog (1975) e do metalúrgico Manoel Fiel Filho (1976), nas dependências do Departamento

de Operações e de Informações e do Centro de Operações de Defesa Interna (DOI-CODI) agitaram a opinião pública. Houve atentados a bomba contra instituições defensoras da democracia, como a Ordem dos Advogados do Brasil (RJ), Associação Brasileira de Imprensa (RJ) e o Centro Brasileiro de Análise e Planejamento (SP).

Revogado o AI-5 (janeiro/1979), permaneceu o *estado de emergência* no texto constitucional, que podia ser decretado pelo Presidente da República sem ouvir o Congresso Nacional. A abertura democrática veio acompanhada da anistia geral e da extinção do bipartidarismo. Sucederam-se greves. Os metalúrgicos do ABC paulista faziam manifestações em estádios de futebol e em frente aos portões das indústrias; fundaram o Partido dos Trabalhadores (PT) com apoio da Igreja Católica e dos intelectuais de esquerda (1980). O socialismo não mais ameaçava os interesses dos EUA na América Latina. As ditaduras tornaram-se descartáveis. Na eleição indireta à presidência da República para o período 1986-1991, vence o candidato da oposição, Tancredo Neves, aliado aos dissidentes da base governista, que indicaram José Sarney para vice-presidente. Tancredo morre antes da posse (1985). Sarney assume a presidência e convoca assembléia constituinte.

IV. CONCLUSÃO

A tensão entre URSS e EUA, após a segunda guerra mundial, teve reflexos negativos em todas as nações do globo. A disputa entre o país socialista e o país capitalista pela hegemonia no mundo foi apelidada pelo comentarista político estadunidense, Walter Lippmann, de *guerra fria*. A competição entre as duas grandes potências estremeceu o espírito de conciliação e de colaboração internacional que presidira a organização das Nações Unidas. No entender do Secretário-Geral da ONU, U-Thant (1963) tal competição *envenenou* as relações internacionais do pós-guerra. Cada país suportou, em diferentes graus, os efeitos colaterais do veneno. O Poder divorciou-se da Ética e do Direito nos negócios internacionais e enveredou para a espionagem, o seqüestro, a tortura, o assassinato, o genocídio, a derrubada de governos constitucionais, o apoio a ditaduras, o desrespeito à autodeterminação dos povos. A corrida armamentista e a disputa ideológica e econômica por espaços nos continentes asiático e africano exem-

plificam aquele envenenamento. Questões regionais (sudeste asiático) ou locais (Cuba), ganhavam dimensão mundial, desassossegando as nações ante a probabilidade de um conflito generalizado e a expectativa do uso de artefatos nucleares. As potências rivais (URSS x EUA) dispunham da bomba de hidrogênio e de mísseis intercontinentais. O medo recíproco evitou a hecatombe e aproximou as duas potências; instalaram linha telefônica direta e exclusiva entre os gabinetes dos respectivos chefes de governo. A URSS lançou ao espaço o primeiro satélite artificial (Sputnik) e o primeiro homem (Yuri Gagarin, 1961). Os EUA colocaram os primeiros homens na Lua (1969). A Índia e o Paquistão produziram a bomba atômica (1974). O Brasil e a Argentina desistiram de produzi-la.

Do ponto de vista secular, a derrocada da URSS começou com a Conferência sobre Segurança e Cooperação na Europa, realizada em Helsínque (1975) como parte da estratégia elaborada por Washington e Moscou para congelar a guerra fria (*détente*). Leonid Brejnev, na chefia da URSS, insistira na realização dessa conferência, pensando no reconhecimento internacional das fronteiras entre os países da Europa e assim evitar intervenções armadas como as sofridas pela Alemanha Oriental (1953), Hungria (1956) e Tchecoslováquia (1968). Brejnev aceitou as cláusulas sobre direitos humanos que constaram da ata final da reunião. Os dissidentes internos da URSS e dos países da Europa Oriental se aproveitaram disso para exigir, do Kremlin, coerência, unidade interna e externa de princípios, liberdade e respeito aos direitos humanos. Cresceu a pressão por autonomia até romper o vínculo federativo. A má situação econômica da URSS (1981-1990) contribuiu para tal desfecho.

Do ponto de vista espiritual, a derrocada da URSS tomou impulso com a visita do Papa à Polônia (1979). Brejnev tentou impedir a visita. O governo da Polônia insistiu em receber o religioso, invocando o orgulho nacional. O Papa era polonês! Brejnev lavou as mãos. O Papa não tinha arsenal bélico – fato que inspirou o motejo de Stalin – porém, dispunha de recursos mais poderosos do que tanques e canhões. Karol Wojtyła, ator, atleta, sacerdote, física, moral e espiritualmente vigoroso, entra no território comunista, beija o solo e provoca um terremoto. Multidões ouvem-no e cantam com entusiasmo em praça

pública. João Paulo II coloca Deus e Jesus acima de Marx e Lênin. O efeito mesmerizador de palavras e gestos faz o povo sentir a presença divina e perder o medo. A onda religiosa engolfa a Europa Oriental. Segundo o magistério pontifical, a moralidade devia ser uma só nas esferas individual, nacional e internacional. No ano seguinte (1980) Lech Walesa, operário polonês católico, em frente ao estaleiro Lênin, em Gdansk, anuncia a fundação do sindicato de trabalhadores Solidarnosc, o primeiro sindicato livre em solo comunista.

No Brasil, no mesmo ano (1980), Lula, metalúrgico, católico, lidera os operários e funda o Partido dos Trabalhadores com apoio da Igreja e de intelectuais. Ao contrário de Walesa, Lula esperaria 22 anos para chegar à presidência da República. A busca de simetria no desenvolvimento brasileiro, de modo a integrar os Estados federados e reduzir a desigualdade regional, foi ponto comum aos governos autocráticos e democráticos desde 1930. A criação das superintendências do Nordeste (SUDENE) e da Amazônia (SUDAM) resultou desse desiderato. Como signatário do Tratado Interamericano de Assistência Recíproca (1947), o Brasil alinhou-se com os EUA e os países do *Cone Sul* (Argentina, Chile, Paraguai, Uruguai) no combate ao comunismo e à influência soviética na América (1964-1985). Governos constitucionais de esquerda foram substituídos por ditaduras de direita, até que os ventos mudassem de direção na década 1981-1990. Novos tempos. 📄

Os Princípios mais Relevantes do Direito Administrativo

Alexandre Guimarães Gavião Pinto
Juiz de Direito do TJ/RJ.

Todos os ramos do direito são marcados por princípios peculiares, que influenciam intensamente o ordenamento jurídico, identificando-se aqueles que estão previstos de forma expressa na lei, e outros que se encontram implícitos no sistema jurídico.

É importante notar que existem princípios que estão descritos na própria Constituição da República, e que, portanto, são considerados princípios constitucionais, tendo sido introduzidos, progressivamente, na consciência do povo, durante uma evolução histórica.

Na realidade, os princípios constitucionais funcionam como uma bússola para toda a legislação infraconstitucional.

Da mesma forma, os princípios gerais de direito permeiam o sistema jurídico-normativo, caracterizando-se como elementos fundamentais da cultura jurídica e cânones que não foram ditados explicitamente pelo elaborador da norma, mas que estão inseridos no ordenamento jurídico como normas de valor genérico, capazes de orientar a compreensão, aplicação e integração do direito.

É preciso se ter presente que os princípios, sejam princípios constitucionais ou princípios gerais de direito, sempre marcaram a ciência jurídica, e isto se justifica pelo fato de que se fundam em premissas éticas extraídas da lei, sendo verdadeiros focos de luz, capazes de iluminar e orientar o intérprete da norma.

O Direito Administrativo, assim como as demais ciências jurídicas, também é regido por vários princípios, que refletem o momento

político em que vive a sociedade, e que merecem uma profunda e detida reflexão.

DO DIREITO ADMINISTRATIVO

Sobre Direito Administrativo, algumas considerações se fazem necessárias.

Tal ramo do direito pode ser compreendido como o conjunto de normas e princípios jurídicos que regem a atividade administrativa, as entidades, os órgãos e agentes públicos, que atuam com o objetivo de atender as necessidades da coletividade.

Destaque-se que o Estado deve criar as condições necessárias para que os indivíduos vivam de forma harmônica e solidária na sociedade e desenvolvam suas aptidões físicas, morais e intelectuais. Isto porque, à sociedade política compete assegurar as condições indispensáveis ao bem geral.

A função administrativa constitui o dever do Estado de atender ao interesse público.

Indubitavelmente, o Direito Administrativo é uma disciplina do ramo do Direito Público, organizada por princípios, que se encontram reunidos de forma harmoniosa.

A Administração Pública detém prerrogativas e sujeições, com o fito de suprir as necessidades decorrentes do interesse coletivo, o que permite, muitas vezes, em virtude da supremacia do interesse público sobre o particular, o condicionamento ou limitação do exercício de direitos e liberdades individuais.

Para alcançar o bem público, o Estado exerce determinadas atividades, tais como a manutenção da ordem interna e a execução de serviços para o bem-estar e o progresso da coletividade.

Entre as funções do Estado, podemos identificar: a função legislativa, que consiste na elaboração das normas que irão disciplinar a vida social; a função judiciária, que consiste na interpretação e aplicação do direito em situações concretas, e a função administrativa, que se relaciona ao atendimento das necessidades materiais do povo.

No que tange ao desempenho das diversas funções estatais, a Constituição da República determina uma distribuição entre os Poderes, o que implica o reconhecimento de que a função legislativa será

desempenhada predominantemente pelo Poder Legislativo; a função judiciária preponderantemente pelo Poder Judiciário, e a função administrativa preponderantemente pelo Poder Executivo.

Ressalte-se que cada poder pode exercer funções que, em princípio, são atribuídas a outro, o que faz com que todos desempenhem atividades relacionadas com a função administrativa do Estado.

Mais uma vez, o critério adotado para a partilha de competências administrativas é o da predominância de interesses, através do qual a União desempenha as competências de interesse nacional, os Estados, as de interesse regional, e os municípios, as de interesse local.

Reputa-se atividade administrativa a gestão dos interesses qualificados da comunidade.

A atividade administrativa é profundamente influenciada pela conjugação, principalmente, dos princípios, que estudaremos adiante, da supremacia do interesse público e da indisponibilidade do interesse público.

A Administração Pública está subordinada aos princípios de Direito Administrativo e, em especial, aos princípios básicos instituídos no artigo 37, *caput*, da Constituição da República, a saber: legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

A vontade do Estado se manifesta através de seus agentes, que são pessoas naturais que recebem a importante tarefa de atuar em nome do Poder Público.

PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

O *caput* do artigo 37 da Lei Maior enumera os princípios básicos da Administração Pública, e estes se aplicam aos três poderes e à Administração Pública Direta e Indireta.

São princípios básicos da Administração Pública: a **legalidade**, segundo o qual, ao administrador somente é dado realizar o que estiver previsto na lei; **impessoalidade**, que exige que a atuação do administrador público seja voltada ao atendimento impessoal e geral, ainda que venha a interessar a pessoas determinadas, não sendo a atuação atribuída ao agente público, mas à entidade estatal a que se vincula; **moralidade**, que estabelece a necessidade de toda a atividade administrativa atender a um só tempo à lei, à moral e à equidade,

em suma, aos deveres da boa e honesta administração; **publicidade**, que faz com que sejam obrigatórios a divulgação e o fornecimento de informações de todos os atos praticados pela Administração Pública, e **eficiência**, que impõe a necessidade de adoção, pelo administrador, de critérios técnicos e profissionais, que assegurem o melhor resultado possível, rechaçando-se qualquer forma de atuação amadorística e ineficiente do Poder Público.

Passamos ao exame detido dos princípios supramencionados.

O mais importante dos princípios da Administração Pública, por ser vetor basilar do regime jurídico-administrativo, é o princípio da legalidade. Destaque-se que todos os demais decorrem do princípio em análise, que se revela essencial num Estado Democrático de Direito, regime político que visa estabelecer um razoável equilíbrio entre os direitos da pessoa e os direitos da sociedade, entre a liberdade e a soberania, através do qual o povo se governa a si mesmo, quer diretamente, quer por meio de representantes eleitos para gerir os negócios públicos e elaborar as leis.

Em razão do princípio da legalidade, somente é considerada legítima a atuação do agente público ou da Administração Pública, se for permitida por lei. Isto porque, toda atividade administrativa que não estiver autorizada por lei é ilícita, ressaltando-se que, se ao particular é dado fazer tudo quanto não estiver proibido; ao administrador somente é franqueado o que estiver permitido por lei, já que a atuação administrativa encontra-se subordinada de forma indelével à vontade legal.

Ressoa evidente que o princípio da legalidade constitui uma das principais garantias dos direitos individuais, já que a própria lei, que define os aludidos direitos, também estabelece os limites da atuação administrativa, restringindo, por vezes, o exercício de tais direitos, em benefício da coletividade.

O princípio da legalidade, que não está albergado apenas no artigo 37, mas também nos artigos 5º, incisos II e XXXV, e 84, inciso IV da Lei Maior, importa em subordinação do administrador à legislação, devendo ser fielmente realizadas as finalidades normativas, posto que só é legítima a atividade do administrador público, se estiver compatível com as disposições legais.

O **princípio da impessoalidade** compreende a igualdade de tratamento que a administração deve dispensar aos administrados que estejam na mesma situação jurídica. Exige, também, a necessidade de que a atuação administrativa seja impessoal e genérica, com vistas a satisfazer o interesse coletivo. Esta é a razão pela qual deve ser impu-
tada a atuação administrativa ao órgão ou entidade estatal executora da medida, e não ao agente público, pessoa física.

Forçoso convir que, em decorrência do princípio da impessoalidade, é vedado tratamento discriminatório aos administrados que se encontrem nas mesmas situações.

A impessoalidade encontra-se relacionada com a finalidade, ou seja, com o fim previsto na lei, cujo desrespeito configura desvio, o que invalida o ato administrativo.

O princípio da impessoalidade também combate o desvirtuamento da atuação do administrador público como meio de promoção pessoal, sendo, portanto, vedada a utilização de nomes, símbolos e imagens nas realizações da administração, que, em prejuízo do interesse público, promovam partidos políticos e agentes públicos, comprometendo a legítima atuação administrativa, que deve ser impessoal, abstrata e genérica.

O **princípio da moralidade** evita que a atuação administrativa distancie-se da moral, que deve imperar com intensidade e vigor no âmbito da Administração Pública.

Tal princípio obriga que a atividade administrativa seja pautada cotidianamente não só pela lei, mas também pelos princípios éticos da boa-fé, lealdade e probidade, deveres da boa administração.

Mister se faz registrar que boa-fé, lealdade, razoabilidade e proporcionalidade são princípios gerais, que ditam o conteúdo do princípio da moralidade administrativa.

No que se refere ao **princípio da publicidade**, convém esclarecer que a Administração Pública tem o dever de dar publicidade, ou seja, de conduzir ao conhecimento de terceiros, o conteúdo e a exata dimensão do ato administrativo, a fim de facilitar o controle dos atos da administração. Isto se explica, pelo fato de que a atividade administrativa deve ser caracterizada pela transparência, de modo que a todos é assegurado o direito à obtenção de informações e certidões,

para a defesa de direitos e esclarecimentos de situações de interesse pessoal.

O princípio em foco, também diz respeito aos julgamentos realizados por órgãos do Poder Judiciário, admitindo-se que a lei limite, em determinados atos, a presença das próprias partes e de seus advogados, desde que o sigilo seja imprescindível para a defesa da intimidade das partes litigantes, sem prejuízo do direito público à informação, ou, se assim o exigir o interesse público, como, por exemplo, se estiver em jogo a segurança pública, ou que, o assunto, se divulgado, possa vulnerar a intimidade de determinada pessoa, sem qualquer benefício para o interesse público.

É imperioso assinalar que o princípio da publicidade, retratado nos incisos LX, XIV, XXXIII e LXXII, do artigo 5º da Constituição da República, assegura o direito à informação, não só para assuntos de interesse particular, mas também de interesse coletivo, o que demonstra um fortalecimento do controle popular sobre os atos da Administração Pública.

Quanto ao **princípio da eficiência** podemos dizer que o ordenamento jurídico censura a atuação amadorística do agente público, que, no exercício de sua função, deve imprimir incansável esforço pela consecução do melhor resultado possível e o máximo proveito com o mínimo de recursos humanos e financeiros.

O princípio da eficiência exige, também, que a Administração Pública seja organizada em permanente atenção aos padrões modernos de gestão, no fito de vencer o peso burocrático, para lograr os melhores resultados na prestação dos serviços públicos postos à disposição dos cidadãos.

Outros princípios de Direito Público, consagrados na legislação infraconstitucional, também marcam o estudo e à aplicação das normas referentes ao ramo do direito, ora em análise.

O princípio da **supremacia do interesse público** ensina-nos que, no confronto entre o interesse do particular e o interesse público, prevalecerá o segundo, no qual se concentra o interesse da coletividade, o que não significa, inquestionavelmente, que o Poder Público possa imotivadamente desrespeitar os direitos individuais.

É necessário que os interesses públicos tenham supremacia sobre os individuais, posto que visam garantir o bem-estar coletivo e concretizar a justiça social.

Em razão do **princípio da indisponibilidade**, não é concedida liberdade absoluta ao administrador, para concretizar transações de qualquer natureza, sem prévia autorização legal.

Insta salientar que os agentes públicos não têm disponibilidade sobre os interesses públicos destinados à sua guarda e realização, até porque os bens, direitos e interesses públicos são confiados ao administrador tão-somente para a sua gestão, e jamais para a sua disposição sem justa causa. Por esse motivo é que o poder de disposição para aliená-los, renunciá-los ou transacioná-los, dependerá sempre de lei.

O exercício da atividade administrativa representa deveres para o agente público e para a própria administração, como os deveres de guarda, aprimoramento e conservação do interesse público.

Revela-nos o **princípio da continuidade** que a atividade administrativa, máxime a prestação dos serviços públicos, não pode sofrer paralisações abruptas e imotivadas.

A atividade administrativa deve ser prestada ininterruptamente, com vistas a suprir as necessidades públicas, não podendo paralisar-se a prestação do serviço público, que nada mais é do que a forma pela qual o Estado desempenha funções essenciais ou necessárias à coletividade.

Em decorrência do princípio em tela, é que a Carta Magna dispõe, em seu artigo 37, VII, que o direito de greve será exercido nos termos e limites definidos em lei específica, no intuito de se conciliar o direito de greve com a necessidade do serviço público, e que a lei impossibilita, para quem contrata com a Administração Pública, de invocar a *exceptio non adimplenti contractus* nos pactos que tenham por objeto a execução de serviço público, e que é reconhecido ao Poder Público o direito de utilizar os equipamentos e instalações da empresa que com ele contrata, para assegurar a continuidade do serviço público, havendo, inclusive, a possibilidade de encampação da concessão de serviço público.

Em decorrência do **princípio da autotutela**, a Administração Pública tem o poder de rever os seus próprios atos, seja para revogá-los, quando inconvenientes, ou seja, para anulá-los, quando ilegais.

Esse poder conferido à Administração Pública propicia o controle de seus próprios atos, com a possibilidade da anulação dos atos ilegais

e da revogação dos atos inconvenientes ou inoportunos, independentemente de recurso ao Poder Judiciário.

É indene de dúvidas que a possibilidade de revisão interna dos atos administrativos, que é realizada no âmbito da própria pessoa jurídica, não pode conduzir a abusos e conseqüentemente a desrespeito de direitos.

Não há que se falar em revisão do ato administrativo, por conveniência e oportunidade, sempre que o ato produzir efeitos e gerar direitos a outrem. Da mesma forma, que não é admissível a revogação de ato vinculado, ou de ato cuja edição tenha sido imposta por lei, bem como, se já foi exaurida a competência do agente público.

O princípio da autotutela também demonstra que a Administração Pública tem o dever de zelar pelos bens que integram o seu patrimônio, podendo, através de medidas de polícia administrativa, obstaculizar atos que ponham em risco a conservação desses mesmos bens, sem a necessidade de auxílio ou autorização do Poder Judiciário.

De acordo com o **princípio da especialidade**, as entidades estatais não podem abandonar, alterar ou modificar as finalidades para as quais foram constituídas. Atuarão as ditas entidades sempre vinculadas e adstritas aos seus fins que motivaram sua criação.

Quanto ao **princípio da presunção de legitimidade, de legalidade e de veracidade**, é forçoso convir que, para materializar o interesse público que norteia a atuação administrativa, as decisões da Administração Pública são dotadas do atributo da presunção de legitimidade e de legalidade, tornando-se presumivelmente verdadeiras quanto aos fatos e adequadas quanto à legalidade. Tal atributo permite, inclusive, a execução direta, pela própria administração, do conteúdo do ato ou decisão administrativa, mesmo que não conte com a concordância do particular.

É bem verdade que se trata de presunção relativa, que admite prova em contrário, mas, em razão da aludida presunção, as decisões administrativas são de execução imediata, possuindo a possibilidade de gerar obrigações para o particular, independentemente de sua anuência, bem como de serem executadas pela própria Administração Pública, através de meios diretos ou indiretos de coação.

O princípio da razoabilidade sinaliza que o administrador não pode atuar segundo seus valores pessoais, optando por adotar providências segundo o seu exclusivo entendimento, devendo considerar valores comuns a toda coletividade.

Do princípio supramencionado, resulta a imperiosidade da observância do valor justiça, valor máximo tutelado pela ordem jurídica, uma vez que a razoabilidade vai se atrelar à congruência lógica entre as situações postas e as decisões administrativas, bem como às necessidades da coletividade.

O **princípio da proporcionalidade** impõe à Administração Pública a permanente adequação entre os meios e os fins, banindo-se medidas abusivas, com intensidade superior ao estritamente necessário.

O administrador público está obrigado a sacrificar o mínimo para preservar o máximo de direitos.

Já o princípio da motivação exige que o administrador público explicita, de forma clara e precisa, os pressupostos de fato e de direito da decisão prolatada, demonstrando a efetiva compatibilidade entre ambos e a correção da medida adotada.

O princípio em tela exige que a Administração Pública justifique seus atos, o que também é aplicável às decisões administrativas dos Tribunais, cujos julgamentos devem ser realizados publicamente.

O **princípio da segurança jurídica** visa garantir certa perpetuidade nas relações jurídicas estabelecidas pela Administração Pública. Insta salientar que o administrador público não deve, sem justa causa, invalidar atos administrativos, desfazendo relações ou situações jurídicas consolidadas. Quando possível, porque legal e moralmente aceitos, deve convalidar atos, que, a despeito de pequenas irregularidades, cumpram ou atinjam a finalidade pública.

O princípio da segurança jurídica se justifica pelo fato de ser comum ocorrerem mudanças de interpretação em determinadas normas legais no âmbito administrativo, o que poderia afetar situações já consolidadas na vigência da anterior orientação.

É claro que a aplicação do aludido princípio deve ser realizada com o devido bom-senso e razoabilidade, sob pena de se impedir, de forma arbitrária e odiosa, a Administração Pública de anular atos com inobservância da lei.

Ora, a segurança jurídica tem relação com a idéia de respeito a boa-fé, eis que, se a lei deve respeitar o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada, por respeito à segurança jurídica das partes, não é admissível que o administrado tenha seus direitos desrespeitados ao sabor de interpretações jurídicas variáveis no tempo.

PRINCÍPIOS RELACIONADOS AOS SERVIÇOS PÚBLICOS

Os serviços públicos também são marcados por princípios não menos importantes, que merecem observação e análise.

É cediço que os serviços públicos existem em razão do reconhecimento de que determinadas áreas de atuação não podem ser tratadas exclusivamente no campo privado, sob pena de parcela da população não ter acesso ao que é vital para uma vida digna em sociedade.

Determinadas atividades, destinadas ao atendimento da sociedade, são atribuídas ao Estado, em razão da maior possibilidade de dispor de instrumentos materiais e jurídicos, para atender ao usuário com segurança e relativa eficiência.

O serviço público pode ser definido como a atividade de fornecimento de utilidade ou comodidade posta à disposição dos administrados pela Administração Pública ou por quem lhe faça às vezes, sob regime de direito público.

A Carta Magna partilha as competências estatais, de natureza material, entre os componentes da Federação, com a adoção do critério da predominância de interesses.

Idêntico critério se aplica aos serviços públicos, o que nos revela que a União vai desempenhar os serviços públicos de predominante interesse nacional; os Estados vão exercer os serviços públicos de interesse regional, e os municípios, as competências de interesse local.

O Distrito Federal que, por força de norma constitucional, não pode ser dividido em municípios, presta os serviços públicos que são da competência dos Estados e dos municípios, com exceção daqueles previstos no artigo 21, XIII e XIV da Lei Maior.

A Lei nº 8.987/95 estabelece as regras gerais, além dos princípios relacionados à prestação dos serviços públicos.

O **princípio da continuidade** determina que o serviço que começou a ser prestado, não pode deixar de ser ofertado aos usuários em potencial.

Desta feita, o prestador de serviços públicos tem o dever de manter o serviço em funcionamento, atendendo às necessidades do usuário.

É importante notar que, mesmo nas hipóteses de delegação, não há justificativa para a paralisação do serviço, ainda que o poder concedente deixe de cumprir determinadas cláusulas contratuais. Não é possível, em princípio, a aplicação, nos moldes do direito privado, da exceção do contrato não cumprido, regra que permite a um dos contratantes deixar de cumprir as obrigações assumidas, quando o outro contratante também não cumprir as suas. Logo, se o poder concedente não cumprir suas obrigações, o concessionário ou permissionário deve continuar a prestar o serviço, que tem a natureza jurídica de serviço público.

É evidente que a regra não pode ser considerada absoluta, permitindo a interrupção do serviço quando o grau de inadimplência colocar em risco a manutenção do delegatário.

O princípio da continuidade não pode ser invocado para impedir a suspensão do fornecimento de serviço individual facultativo ao usuário que não paga a tarifa. Esse princípio deve ser avaliado de forma ampla, impedindo que o prestador deixe de oferecer ao usuário em potencial, o serviço que já teve a sua prestação iniciada.

A continuidade não deve ser avaliada individualmente nas hipóteses de inadimplência.

Não permitir a interrupção do serviço individual facultativo nos casos de não pagamento da tarifa, significa transferir injustamente para os usuários adimplentes o custo resultante da inadimplência de alguns.

A própria Lei nº 8.987/95, em seu artigo 6º, § 3º, estabelece que não se considera descontinuidade a interrupção do serviço em situação de emergência ou após prévio aviso, quando: I- motivada por situações de ordem técnica ou segurança das instalações; e II- por inadimplemento do usuário, considerado o interesse da coletividade.

O **princípio da regularidade** significa que o serviço público deve ser prestado de acordo com as condições estabelecidas pelo

Poder Público, como necessárias ao pleno atendimento das necessidades do usuário.

Pelo **princípio da modicidade**, as tarifas não devem impedir o acesso do usuário em potencial ao serviço, devendo ser levado em consideração, na sua fixação, o perfil social e econômico do usuário, o custo da prestação e a necessidade de aperfeiçoamento e remuneração do prestador.

Por oportuno e pertinente, o **princípio da cortesia** constitui direito do usuário e dever do fornecedor de proporcionar um tratamento educado, prestativo e respeitoso ao usuário.

O **princípio da segurança** revela-nos que o serviço público deve ser prestado com observância das regras básicas de segurança, não devendo representar riscos para o usuário.

Por ser um dever do prestador, sua responsabilidade será objetiva, aplicando-se a regra do artigo 37, § 6º, que consagra a teoria do risco administrativo.

Em razão do **princípio da atualidade**, o prestador do serviço deve se manter plenamente informado e atualizado das permanentes evoluções tecnológicas, proporcionando um melhor atendimento às necessidades dos usuários.

Por fim, convém assinalar que a não-observância de qualquer dos princípios da Administração Pública ou do Direito Administrativo pode macular a edição de um ato ou contrato administrativo, tornando-o inválido e incapaz de produzir efeitos jurídicos, o que nos revela a enorme importância do tema ora tratado, que não pode deixar de ser observado pelos aplicadores do direito, na interpretação e solução dos conflitos decorrentes de lides que envolvam o Direito Administrativo. ☞

O Melhor Interesse da Criança e do Adolescente como Critério de Fixação da Competência

Tânia da Silva Pereira

Advogada. Professora de Direito e Coordenadora do Curso de Especialização em Direito da Criança e do Adolescente da UERJ. Diretora da Comissão Nacional para Infância e Juventude do IBDFAM.

Lúcia Cristina Guimarães Deccache

Advogada, especialista em Direito Especial da Criança e do Adolescente – DECA/UERJ. Especialista em Direito de Família- ESASP. Membro do IBDFAM.

I. INTRODUÇÃO

Em pesquisa realizada pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA) e promovida pela Secretaria Especial de Direitos Humanos da Presidência da República, com apoio do Unicef, restou constatado que 86,7% das crianças e adolescentes abrigados têm família.

Trata-se de abandono não regularizado que, por diversos motivos, justificados ou não, impedem que a criança seja colocada em família substituta, surgindo a era do “*Boom*” dos abrigos, sem perspectiva próxima de solução.

Com a criação das Varas Regionais da Infância e Juventude, de grande valia para a Comarca da Capital do Estado do Rio de Janeiro, surgiu controvérsia a respeito da fixação da competência destes juízos

em processos que envolvam crianças ou adolescentes abrigados e com pais vivos: o local da residência dos pais X o local onde se encontrar a criança.

Para uma conclusão técnica e justa (legal e legítima), o presente trabalho visa abrir os olhos (e o coração) do Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro para que processos que envolvam crianças abrigadas tenham seu trâmite na esfera de competência mais próxima da parte mais fragilizada, que não a escolheu pelo abandono não regularizado, e que, por isso, foi condenada a passar sua infância privada de seu direito constitucional à convivência familiar e comunitária.

II. DOS CRITÉRIOS GERAIS DE COMPETÊNCIA

Para que o processo exista, é necessário haver um órgão investido de jurisdição; para que seja válido, é preciso que este órgão tenha competência para a causa.

A competência pressupõe uma distribuição de funções, na medida em que traça uma linha divisória em torno de cada órgão jurisdicional, com exclusão dos demais. Assim, pode-se dizer que a jurisdição consiste no poder de julgar, que todo juiz tem, ao passo que a competência é o poder de julgar determinado caso.

A Lei processual estabelece o critério da exclusão para a fixação da competência, tendo como primeira etapa a questão da competência internacional, que por exclusão fixa-se a competência do território nacional; como segunda etapa passa-se a perquirir a competência da justiça especial (Justiça do Trabalho, Eleitoral, Militar – art.114,121, e 124 da CF), que por exclusão, fixa-se a competência da Justiça comum estadual ou federal; e, posteriormente, afastada a competência da Justiça Federal (art.125, 122 e 119 da Constituição da República), fixa-se a competência da Justiça Estadual, que é residual.

Uma vez fixada a competência tanto da Justiça Estadual como da Federal, o Código de Processo Civil adota três critérios fundamentais para definir o âmbito de atuação jurisdicional: o critério territorial (*ratione loci*); o critério objetivo (*ratione personae*, *ratione materiae* e *ratione valoris*); e, por último, o critério funcional, aqui inserida a competência hierárquica.

A desobediência aos critérios relacionados, implicará incompetência do órgão judicial que pode ser absoluta (em razão da matéria, da pessoa e a competência funcional), ou relativa (em razão do valor e do lugar - salvo art. 95 do CPC). Neste último caso, com possibilidade de ocorrer a prorrogação da competência em caso de o réu não propor a exceção declinatória da competência (art.114 do CPC).

Com a criação das Varas Regionais dentro das Comarcas, pelas leis de organização judiciária, visando à melhora do acesso dos jurisdicionados, principalmente da parte mais fragilizada na relação jurídica (o consumidor, o segurado, o idoso, a criança e adolescente), doutrinadores passaram a questionar a natureza jurídica da competência tendo em vista as diversas conseqüências no caso de ser absoluta ou relativa.

Prevaleceu o entendimento que classifica a distribuição da competência entre os juízos do mesmo foro como divisão funcional, por força de tratar de organização e funcionamento dos órgãos jurisdicionais da comarca e, por isso, de ordem pública. Esclarece Sérgio Ricardo Arruda Fernandes: “o aspecto territorial é meramente secundário, porque não discute a competência do foro (esta sim, em regra, relativa), mas a competência do Juízo (ditada por normas funcionais, previstas nas leis de organização judiciária.”¹

Neste sentido a Corregedoria Geral de Justiça do Rio de Janeiro editou o enunciado XXVII, segundo o qual, “em sendo absoluta a competência das varas regionais, não se argúi a incompetência por via de exceção.”²

Esse o entendimento predominante do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro³.

¹ Sérgio Ricardo Arruda Fernandes, *In Questões Importantes de Processo Civil: Teoria Geral do Processo*, - Rio de Janeiro: DP&A, 1999, p. 56.

² Enunciado n. XXVII da Corregedoria Geral de Justiça do Rio de Janeiro citado por Sérgio Ricardo Arruda Fernandes, *ob. cit.* p. 56

³ “2008.002.03620 - AGRAVO DE INSTRUMENTO - DES. HELDA LIMA MEIRELES - Julgamento: 13/02/2008 - DECIMA QUINTA CÂMARA CÍVEL. Agravo de Instrumento. Decisão que determinou a remessa dos autos a uma das Varas Cíveis da Regional da Barra da Tijuca, tendo em vista se tratar de competência funcional dos foros regionais, e, portanto, absoluta. Manutenção da decisão. Art. 557, *caput* do CPC.”
“2007.008.00131 - CONFLITO DE COMPETÊNCIA - 1ª Ementa DES. JAIR PONTES DE ALMEIDA - Julgamento: 27/11/2007 - QUARTA CÂMARA CÍVEL. Conflito Negativo de Competência - Código de Defesa do Consumidor - Privilégio do Autor - A competência dos foros regionais é absoluta, regida pela regras do Código de Organização e Divisão Judiciárias do Estado do Rio de Janeiro, não se confundindo com a competência de Juízo, na verdade uno, na Comarca da Capital deste Estado. Conflito procedente.”

III. A FIXAÇÃO DA COMPETÊNCIA DE FORO E DE JUÍZO SOB O ENFOQUE DO “MELHOR INTERESSE” DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

Esclareça-se, inicialmente, que o Estatuto da Criança e do Adolescente determina os seguintes critérios de competência: competência em razão da matéria (Art. 148 c/c art. 98- ECA), em razão do lugar (art.147-ECA), e a competência funcional (art.146-ECA)⁴.

Sabemos que todas as regras descritas na Lei 8.069/90 (ECA) devem ser lidas sob a luz do princípio da “prioridade absoluta” da criança e do adolescente por força de disposição constitucional (art. 227 da CR)⁵ e legal (art. 6 do ECA)⁶.

Assim, nos casos em que houver conflito entre a competência do local da residência dos pais, e do local do abrigo onde se encontra a criança, deverá o intérprete da lei identificar em qual Comarca ou Juízo beneficiará com maior eficácia o direito da criança ou adolescente.

Sob este enfoque pode-se afirmar que o princípio da “prioridade absoluta”, o da “Doutrina Jurídica da Proteção Integral”, bem como o do “Melhor interesse da criança”, destinam-se não só a regras de direito material, mas também às de direito processual.

Desta forma, as regras processuais de competência devem se subsumir aos princípios e regras de proteção à criança e ao adolescente, levando ao entendimento de que acima dos critérios de competência geral e especial, está o valor jurídico de cuidar do direito infanto-juvenil de forma a priorizar seus direitos sobre qualquer outro que a ele se contraponha. Assim é, porque a Carta Maior determina.

Nesta linha de raciocínio, pode-se afirmar que mesmo a competência fixada pelo critério territorial, de natureza relativa com a possibilidade da prorrogação da competência caso não argüida via de exceção, poderá revestir-se de natureza absoluta visando afastar o foro ou juízo prejudicial ao interesse da criança ou adolescente.

⁴ Lei 8.069/90. “Art. 146. A autoridade a que se refere esta Lei é o Juiz da Infância e da Juventude, ou o Juiz que exerce essa função, na forma da Lei de Organização Judiciária local.”

⁵ CR/88. “Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.”

⁶ Lei 8.069/90. “Art. 6º - Na interpretação desta Lei levar-se-ão em conta os fins sociais a que ela se dirige, as exigências do bem comum, os direitos e deveres individuais e coletivos, e a condição peculiar da criança e do adolescente como pessoas em desenvolvimento.”

Feita a digressão, passa-se à análise de questões práticas correspondentes ao tema:

1ª) Em caso de criança abrigada na Comarca da Capital do Rio de Janeiro com pais residentes em outra Comarca, qual o foro competente para julgar causa que envolve a criança e o adolescente?

2ª) Em se tratando de criança abrigada na Comarca da Capital do Rio de Janeiro, sendo que os pais residem na região de abrangência do foro regional, ambos na mesma Comarca. Qual o juízo competente para julgar causa envolvendo a criança?

*3ª) Em caso de processo já instaurado na Comarca da Capital e posterior criação das Varas Regionais da Infância Juventude e Idoso, ocorrerá o fenômeno da **perpetuatio jurisdictionis**?*

Estas são algumas questões de extrema relevância para as quais se passa a análise sob o enfoque do melhor interesse da criança e do adolescente, em conformidade com o entendimento anteriormente desenvolvido.

Na primeira hipótese, trata-se de competência territorial, ou de foro, de onde se aúfere qual a comarca competente para julgar a causa. Assim, recorre-se ao ECA (art. 146), que, conforme visto, deve ser interpretado de acordo com as normas de proteção à criança. Sendo assim, se prevalecer o entendimento que fixa a competência no local de residência dos pais da criança abrigada, por estarem vivos e em local conhecido, estar-se-á priorizando o interesse dos pais ao interesse da criança. É o órgão do Ministério Público do local do abrigo quem deve fiscalizar a ausência dos pais, o bem-estar da criança abrigada, criando meios para a defesa dos direitos da criança e do adolescente abrigados, mesmo que com pais vivos, desde que omissos.

De acordo com o Juiz Titular da Vara da Infância e Juventude da Capital de São Paulo⁷, entendimento diverso levaria à absurda situação de fato corriqueiro em São Paulo, em que inúmeras famí-

⁷ Dr. Adalberto José Queiroz Teles de Camargo Aranha Filho, Juiz de Direito, em entrevista pessoal.

lias chegam do Nordeste para tentar a sorte, deixam seus filhos nos abrigos e voltam para o local de origem. “A competência para cuidar da criança abrigada em São Paulo é do foro de São Paulo, e não do Estado onde se encontram os pais, mesmo que forneçam seus endereços residenciais.”

O mesmo ocorre com relação à competência no mesmo Estado em Comarcas diversas, por se tratarem do mesmo critério de fixação da competência.

Desta forma, conclui-se que a competência territorial, vista sob o ângulo da proteção da criança e do adolescente cede espaço à regra de competência especial e torna-se de natureza absoluta, tendo em vista que o aspecto do lugar deve se compatibilizar com a interpretação mais favorável ao infante.

Na segunda hipótese, a dúvida se limita aos juízos distribuídos dentro da mesma Comarca e resta claro tratar-se de competência funcional, e, portanto, absoluta. Neste caso, diferente da terceira hipótese, trata-se de competência inicial para o ajuizamento da ação. Sobre esta questão, vale esclarecer que há entendimento que prioriza o juízo mais próximo da residência dos pais, sob o argumento de que só seria competente o Juízo do local do abrigo onde se encontra a criança no caso de morte ou desaparecimento dos pais. Seja lá qual for o argumento, não deve prevalecer este entendimento.

O Juízo competente para apreciar a causa envolvendo criança abrigada é o mais próximo do local onde se encontra a criança, tendo em vista que, conforme item específico abordado neste artigo, não há como compatibilizar pais presentes com o filho residindo em abrigo. Se não estão presentes, estão em falta, e por este motivo, fixa-se a competência do local onde se encontra a criança (art.146,II do ECA). Este o entendimento que se compatibiliza o ordenamento jurídico de proteção à infância e juventude.

Com relação à terceira hipótese, a Jurisprudência oscila quanto à redistribuição de ações no caso de posterior criação de Foros Regionais. Há quem sustente pela aplicação do Ato Executivo Conjunto nº 05/2003, do TJ/RJ que veda a redistribuição de ações anteriormente ajuizadas.⁸

⁸ “2007.008.00662 - CONFLITO DE COMPETÊNCIA - 1ª Ementa DES. JOSE CARLOS PAES - Julgamento: 14/12/2007 - DÉCIMA QUARTA CÂMARA CÍVEL - CONFLITO DE COMPETÊNCIA. FÓRUM REGIONAL.”

Em oposição ao entendimento acima exposto, sustentam que o ato executivo mencionado viola o princípio da legalidade, tendo em vista que, por se tratar de competência absoluta, não há que se admitir a prorrogação da competência.⁹

Sobre a competência das Varas Regionais da Infância, da Juventude e do Idoso, importante frisar que o Código de Organização Judiciária do Estado do Rio de Janeiro prevê, expressamente, que a competência do Juízo da Capital será exercida até que se instalem as Varas Regionais de igual competência.¹⁰

Para o presente trabalho, o critério de avaliação para saber sobre a redistribuição da ação ou a prorrogação da competência, nos

COMPETÊNCIA ABSOLUTA APÓS SUA CRIAÇÃO OU AMPLIAÇÃO TERRITORIAL.1- Com a criação e instalação das Varas Regionais não houve qualquer supressão de órgão judiciário, ou alteração de competência em razão da matéria, tampouco pelo critério de hierarquia, eis que não há qualquer subordinação entre a Vara do Fórum Central e a Vara do Fórum Regional, sendo que ambas pertencem ao Foro da cidade de Petrópolis. 2- Assim, os atos administrativos conjuntos, expedidos por este Tribunal, impedindo a redistribuição de feitos às Varas Regionais, não trouxeram nenhuma exceção ao art. 87 do CPC, além das ali já existentes, pois a lei que criou as Varas Regionais Cíveis de Itaipava manteve a mesma competência para a apreciação de matérias cíveis que a Vara do Fórum Central de Petrópolis. 3- É evidente que qualquer ato administrativo que vede a redistribuição de feitos para as Varas Regionais que tenham competência em razão da matéria ou em razão de hierarquia será ilegal, tendo em vista a redação do art. 87, *in fine*, do CPC, hipótese, porém, que não é a dos autos. 4- Quando da distribuição da ação de busca e apreensão, em 2001, o juízo da 2ª Vara Cível de Petrópolis era originariamente o competente para julgar o pedido, simplesmente porque até então não havia a criação da Vara Regional de Itaipava, nem, muito menos, sua instalação. 5- Por óbvio que, com a instalação, em 2003, da 1ª Vara Cível Regional de Itaipava, não pode o juízo da Vara de Petrópolis declinar de sua competência de ofício, de ação distribuída em 2001, com o fito de diminuir seu acervo, ao simples argumento de que a competência das Varas regionais é absoluta. Absoluta é, mas apenas para as ações interpostas após sua instalação ou ampliação de sua competência. 6- Ademais, o Ato Executivo Conjunto nº 05/2003, deste Tribunal, foi expresso na vedação de redistribuição de ações anteriormente ajuizadas, estando em consonância com o art. 87, do CPC. 7- Competência do Juízo suscitado.

⁹ “2007.008.00631 - CONFLITO DE COMPETÊNCIA - 1ª Ementa DES. CARLOS EDUARDO PASSOS - Julgamento: 29/11/2007 - SEGUNDA CÂMARA CÍVEL - CONFLITO DE COMPETÊNCIA. VARA CÍVEL E VARA REGIONAL. Ação proposta antes da criação desta última. Declinação de competência pelo Juiz do Foro Central. Hipótese de competência absoluta, em que não prevalece o princípio da perpetuo jurisdictionis, já que a lei que criou a Vara Regional não o ressalvou, pelo que prevalece a exceção prevista no art. 87, *in fine*, do diploma processual. Ato Executivo que veda a redistribuição dos feitos pendentes, em desacordo com o princípio da legalidade e que, portanto, não tem validade. Competência da Vara Regional. Conflito conhecido, declarado competente o suscitante.”

“2007.002.34445 - AGRAVO DE INSTRUMENTO - 1ª Ementa DES. LUIZ FERNANDO DE CARVALHO - Julgamento: 04/12/2007 - TERCEIRA CÂMARA CÍVEL. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. MANUTENÇÃO DE POSSE. DEFERIMENTO DA LIMINAR. DECLINAÇÃO DE COMPETÊNCIA PARA VARA REGIONAL. IMÓVEL SITUADO NO RECREIO DOS BANDEIRANTES (24ª R.A.). INCOMPETÊNCIA ABSOLUTA DO JUÍZO DA 18ª VARA CÍVEL DA COMARCA DA CAPITAL (FORO CENTRAL). COMPETÊNCIA ABSOLUTA DE VARA REGIONAL DA BARRA DA TIJUCA. NULIDADE DA DECISÃO AGRAVADA (ART. 113 E § 2º, CPC). PRECEDENTES DO TJ/RJ. ACOLHIMENTO DA PRELIMINAR DE INCOMPETÊNCIA ABSOLUTA PARA DESCONSTITUIR A DECISÃO AGRAVADA, REMETENDO-SE OS AUTOS A UMA DAS VARAS CÍVEIS REGIONAIS DA BARRA DA TIJUCA. AGRAVO A QUE SE DÁ PROVIMENTO, COM BASE NO ART. 557, §1º-A, CPC.”

¹⁰ CODJERJ - “Art. 102 - Ao Juiz de Direito da Vara da Infância, da Juventude e do Idoso da Comarca da Capital do Rio de Janeiro, compete exercer, exclusivamente, e até que se instalem as Varas Regionais de igual competência,

casos específicos de posterior criação de Foros Regionais, encontra parâmetro no melhor interesse da criança.¹¹

Portanto, se a criança estiver em abrigo localizado na região do Foro Regional, a ação deve deslocar-se para o Juízo recém instalado, por força de regra específica do ECA que deve ser lida e interpretada à luz da proteção integral da criança e do adolescente.

Para encerrar este item, conclui-se que tanto em hipóteses de competência territorial (relativa), como funcional (absoluta), vale perquirir antes de tudo qual dos locais ou juízos a criança será melhor atendida, em regra, no local próximo ao abrigo onde a criança se encontra.¹²

Atente-se que a competência da Justiça da infância e da Juventude não se subsume ao conceito de “julgar a causa”, mas também e, sobretudo, de cuidar daquele ser em formação desprotegido pelas circunstâncias da vida, visando garantir o exercício dos direitos constitucionais elencados no art. 227 da CF, pelo qual o constituinte ordenou o tratamento com prioridade absoluta.

IV- DOMICÍLIO E RESIDÊNCIA COMO DETERMINANTES DA COMPETÊNCIA TERRITORIAL

O Direito Fundamental à Convivência familiar e comunitária previsto expressamente na Constituição Federal se reporta ao conceito de “domicílio” expresso no Código Civil de 2002.

O domicílio da pessoa é identificado como “o lugar onde ela estabelece a sua residência com ânimo definitivo” (art. 70-CC), fixando o art. 73-CC como critério básico a “residência habitual”. A idéia de permanência é essencial para a caracterização do domicílio da pessoa natural.

as atribuições definidas no art. 92, com exceção da apuração da prática de ato infracional cometido por adolescente, cujo processo de apuração, aplicação e acompanhamento das medidas socioeducativas, compete à Vara da Infância e Juventude da Comarca da Capital do Rio de Janeiro, também competente para a fiscalização e orientação das instituições que desenvolvam programas socioeducativos relacionados a adolescentes infratores.”

¹¹ “Iniciado o processo, as modificações posteriores do estado de fato ou de direito não alteram a competência (art. 87 do CPC). No entanto, pode ser conveniente que se atribua competência ao juízo imediato, que é aquele mais próximo de onde se encontra a criança ou adolescente. Assim, naqueles casos em que o infante precisa de proteção, é possível que a regra do CPC seja superada em favor da prevalência do interesse de crianças e adolescentes” (ROBERTO BARBOSA ALVES. **Direito da infância e da juventude**. 2ª. ed. Coleção Curso e Concurso. Ed. Saraiva. São Paulo, 2007, p. 49).

¹² “COMPETÊNCIA. O disposto no ECA 147 II prevalece sobre o CPC 132, em benefício do menor cuja proteção se insere em norma constitucional. Competente é o juiz do local onde se encontra a criança (TJSP, Câm.Esp., CComp 19837-0, Rel. Des. Sabino Neto, v.u., 11.8.1994)” *In* NELSON NERY JÚNIOR e ROSA MARIA DE ANDRADE NERY. **Novo Código Civil e legislação extravagante anotados**. Editora RT. São Paulo: 2002, p. 934/935.

Ensina Caio Mário da Silva Pereira que devem ser conjugados dois elementos: um material externo (a residência) e outro psíquico interno (a intenção de permanecer), levando à conclusão de que “não é qualquer residência que faz o domicílio, porém a residência definitiva, cabendo à análise das circunstâncias dirimir eventuais dúvidas”, pois “a importância da intenção está nas suas repercussões exteriores”.¹³ Conclui o mesmo autor: “no terreno puramente civilístico, diz-se que o domicílio é o lugar de exercício dos direitos e cumprimento das obrigações, no sentido da exigibilidade”.¹⁴

Tratando-se de incapaz, o domicílio é “necessário” vinculado sempre ao representante ou assistente (parágrafo único do art. 76-CC). O conceito de domicílio necessário se vincula à idéia de dependência e obrigatoriedade.

Este foi o critério adotado pelo “Estatuto” ao determinar no art. 147-ECA que a competência será determinada pelo domicílio dos pais ou responsável.

Em nome do “melhor interesse da criança” e da necessidade de seu pronto atendimento na companhia de qualquer dos pais aplica-se, como regra o “princípio do Juízo imediato” que oferece proteção jurisdicional mais rápida, eficaz e permanente. Assim entendeu o TJ/SP ao reconhecer que “o interesse dos menores reclama tratamento preferencial, sendo de rigor facilitar-lhes o acesso à tutela jurisdicional, sobrepujando-se à não menos lícita regra da *perpetuatio jurisdictionis*”.¹⁵

Este foi, também, o recente entendimento do Superior Tribunal de Justiça ao julgar em 27 de fevereiro de 2008 o Conflito Positivo de Competência (CC-78806 - GO) “para a solução de controvérsia estabelecida sobre a guarda de menor, uma vez ter sido ajuizada pela mãe, em seu domicílio, ação de modificação de guarda, enquanto o

¹³ Caio Mário da Silva Pereira *In Instituições de Direito Civil* – v. I (Parte Geral) atualizado por Maria Celina Bodin de Moraes. Rio de Janeiro: Forense, 2007, n. 63, p. 370.

¹⁴ Caio Mário da Silva Pereira – ob. cit., n. 63, p. 374.

¹⁵ EMENTA – ECA. “Menores colocados em entidade de abrigo. Responsáveis em local ignorado. Princípio do juízo imediato, a sobrepor-se a *perpetuatio jurisdictionis*. Inteligência do art. 147, II do ECA. Necessidade, ademais, de acompanhamento para restabelecimento do ambiente familiar ou colocação em lar substituto. Agravo conhecido como apelo. Decisão cominativa. Provimento em parte. Decisão da Câmara Especial do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, por votação unânime, ao conhecer do Agravo de Instrumento como Apelação, dando-lhe provimento parcial. Agravo de Instrumento nº 24.151 0/4, da Comarca de

genitor propõe ação de busca e apreensão da filha na comarca onde reside e exerce a guarda. A Seção reiterou entendimento no sentido de que, em se tratando de menor, compete ao juízo do domicílio de quem já exerce a guarda a solução da demanda, segundo o disposto no art. 147, I, do ECA. No caso, havendo objeto comum entre as duas lides, devem ser as ações reunidas e julgadas pelo juízo suscitado, o qual, além de preventivo, localiza-se onde reside o genitor que detém a guarda”, destacou o Ministro Fernando Gonçalves.¹⁶

A regra do inciso I do art. 147-ECA guarda coerência com o § 7º do art. 7º da Lei de Introdução ao Código Civil ao estabelecer que: “salvo o caso de abandono, o domicílio do chefe de família estende-se ao outro cônjuge e aos filhos não emancipados, e o do tutor ou curador aos incapazes sob sua guarda. Se os pais estão apenas ausentes mas tinham domicílio certo, neste se fixará o juízo competente.”¹⁷

Não estando a criança ou adolescente na companhia dos pais ou responsável, mais uma vez nos reportamos à Lei de Introdução do Código Civil ao determinar no § 8º do art. 7º que “quando a pessoa não tiver domicílio, considerar-se-á domiciliada no lugar da sua residência ou naquele em que se encontre”. Também o art. 73-CC considera que na falta da residência habitual o domicílio da pessoa natural é o do lugar em que for encontrada. A lei processual corrobora tal entendimento ao afirmar no § 2º do art. 94-CPC que “sendo incerto e desconhecido o endereço do réu ele será demandado onde for encontrado”.

À falta dos pais ou responsável, o inciso II do art. 147- ECA determina que a competência seja do “lugar onde se encontre a criança ou adolescente”. Há que se investigar o que pretendeu o legislador estatutário ao fixar tal condição para identificar a competência territorial.

Atibaia em que é agravante Promotor de Justiça da Vara e da Juventude da Comarca de Atibaia, sendo agrava- do o Juízo da Vara da Infância e da Juventude da Comarca de Atibaia e interessados o menor D.R.F.D.S. e outros, julgado 9 novembro de 1995, tendo como Relator Des. NEY ALMADA.”

¹⁶ Ressaltou o Relator que, em decisão recente (CC 72.871-MS, DJ 1º/8/2007), a Segunda Seção deste Superior Tribunal entendeu que a regra de competência insculpida no art. 147, I, do ECA, que visa proteger o interesse da criança, é absoluta, ou seja, deve ser declarada de ofício, sendo inadmissível sua prorrogação. Precedentes citados: CC 53.517-DF, DJ 22/3/2006; CC 62.027-PR, DJ 9/10/2006; CC 54.084-PR, DJ 6/11/2006, e CC 43.322-MG, DJ 9/5/2005. CC- 78806 (2007/0001611-7-05/03/2008 julgado em 27 de fevereiro de 2008).

¹⁷ Antônio Fernando do Amaral e Silva *In Estatuto da Criança e do Adolescente comentado* (coord. Munir Cury). São Paulo: Malheiros, 2005, p. 490.

Cabe destacar no Código Civil que a obrigação de prestar alimentos é extensiva a todos os ascendentes, “recaindo a obrigação nos mais próximos em grau, uns em falta de outros” (art.1.696-CC). Estendeu, ainda, aos descendentes, “guardada a ordem da sucessão e, faltando estes, aos irmãos, assim germanos, como unilaterais” (art. 1697-CC). O conceito de “falta” na obrigação de alimentos tem englobado a idéia de morte, ausência, desemprego, enfim, situações diversas que reflitam a necessidade e a impossibilidade de sustento.

A expressão “falta” no “Estatuto” coincidentemente traduz critério de competência material (art.98 do ECA) e territorial (art. 147, II do ECA).

Conforme se verifica, o art. 98 do ECA define as hipóteses de atuação do Juízo da Infância e da Juventude, determinando a competência em razão da matéria. O inciso II do mesmo artigo condiciona sua aplicação à “falta, omissão ou abuso dos pais ou responsável”. Ao vincular a aplicação das “Medidas específicas de proteção” às hipóteses do art. 98-ECA, há que se interpretar a idéia de “falta” de forma mais ampla, abrangendo também, abandono, negligência, descuido e descaso. E mais: “verificada a hipótese de maus-tratos, opressão ou abuso sexual impostos pelos pais ou responsável, a autoridade judiciária poderá determinar, como medida cautelar, o afastamento do agressor da moradia comum”(art. 130-ECA).

Fixada a competência material do Juízo da Infância e Juventude, sendo um dos critérios a falta dos pais, passa-se à análise da competência territorial consubstanciada no art.147 do ECA.

Portanto, na impossibilidade de a criança ou adolescente permanecer na companhia dos pais ou responsável e sendo necessário abrigo, deflagra-se a incidência do art.147 II do ECA, e assim, a competência territorial especial do Juiz do local onde se encontra o abrigo. Se os pais ou responsável não puderam ou não quiseram ter os filhos em sua companhia e não coincidirem a jurisdição do abrigo com a dos responsáveis, é soberana a competência territorial do local onde se encontra o abrigo onde houve o acolhimento.

Neste ponto, a competência territorial passa a ser absoluta por força do melhor interesse da criança, conforme anteriormente exposto.

O “Estatuto” estabeleceu diretrizes de funcionamento e responsabilidades dos abrigos. Na forma do parágrafo único do art. 101-ECA,

“abrigo é medida provisória e excepcional utilizável como forma de transição para colocação em família substituta, não implicando em privação de liberdade”.

A maioria dos abrigos acolhe crianças por motivo de carência material de suas famílias. Também o abrigamento decorre da ausência da “rede de serviços” a exemplo de creches, pré-escolas, programas sociais que atendam em horário complementar à escola. Situações de violência, maus-tratos, negligência, abuso e exploração sexual conduzem ao acolhimento em entidades por determinação judicial e excepcionalmente por iniciativa Conselho Tutelar (art. 136-I –ECA cumulado com art. 101- VII-ECA)

Reportando à lei civil, a residência da criança ou adolescente, mesmo que temporária, é a instituição de abrigo. Cabe ao Juiz daquela jurisdição, em nome do “melhor interesse da criança e do adolescente” com o apoio de sua equipe técnica e do Conselho Tutelar, acompanhar os procedimentos de reintegração à família, o atendimento especial aos problemas de saúde, a escolaridade e a rotina da criança no abrigo e encaminhamento para adoção.

V – ATRIBUIÇÃO DO CONSELHO TUTELAR

No tocante à esfera de atuação territorial do Conselho Tutelar, embora a lei indique as mesmas regras da competência do art.147, não se trata de competência e sim, de atribuição, por ser órgão despido de função jurisdicional que atua através de atos administrativos.

Cabe ao Conselho Tutelar, dentre outras funções, a aplicação das medidas protetivas elencadas no art.101, I ao VII, conforme determina o art. 136, I, todos do ECA. A medida de abrigamento (art. 101, VII) tem caráter excepcional e temporário, e deve ser escolhido o local de abrigo mais próximo da residência dos pais, para estimular as medidas de reintegração familiar.

Neste caso, teremos a criança abrigada em local de atuação do Conselho Tutelar, próximo à residência dos pais. Parece perfeito, mas totalmente destoante com a realidade fluminense. Coincidir o local de abrigo com o domicílio dos pais e com o local de atuação do Conselho Tutelar não se torna possível diante dos seguintes dados: em pesquisa realizada, existem 124 abrigos no RJ, sendo que 45,96%

atendem crianças com menos de 12 anos, 37,09% atendem todas as idades e apenas 21 abrigos atendem apenas adolescentes¹⁸.

Além disso, na mesma região existem 10 Conselhos Tutelares distribuídos pelas áreas do Centro, Sul, Vila Isabel, Méier, Ramos, Madureira, Jacarepaguá/Barra, Bangu, Campo Grande e Santa Cruz¹⁹.

Diante destes dados, não há cabimento o entendimento de alguns órgãos de proteção à infância qual seja o de excluir da esfera jurisdicional a aplicação das medidas de proteção, sob pena de eternizar as violações dos direitos das crianças por falta de aparato estatal.

Isto porque o art. 227 da Constituição da República determina que é dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Conforme se verifica, a Carta Maior impôs a todos o dever de zelar pelo ser em desenvolvimento, inclusive os Poderes do Estado, seja ele Legislativo, Executivo e também o Judiciário.

Entender como limitação da atuação do Estado a norma do ECA que determina como atribuição do Conselho Tutelar a aplicação de medidas extrajudiciais, atribuindo exclusividade, é retroagir à conquista constitucional que elevou os direitos da criança ao patamar de garantia fundamental.

Neste sentido é o princípio da vedação do retrocesso, como norma de hermenêutica constitucional, que, no dizer de Carmen Lúcia Antunes Rocha, “pelo princípio do não retrocesso, as conquistas relativas aos direitos fundamentais não podem ser destruídas, anuladas ou combatidas”²⁰.

Sendo assim, não cabe restringir a competência do Juízo da Infância e Juventude apenas aos procedimentos de natureza judicial.

¹⁸ Levantamento sobre abrigos no RJ – PUC/Rio. Certificação Digital 0310187/CA.

¹⁹ In www.tj.rj.gov.br/assessoria_imprensa/noticia_tj/2005/07.

²⁰ Carmen Lúcia Antunes Rocha - “O princípio da dignidade da pessoa humana”, in *Revista Interesse Público* n. 4; sobre o tema: Ingo Wolfgang Scarlet, em “Proibição do Retrocesso, Dignidade Humana e direitos sociais: manifestação de um constitucionalismo dirigente possível” – Artigo da internet www.tex.pro.br.

Isto porque a Constituição entregou ao Estado-Juiz a responsabilidade não só de julgar, mas acima de tudo de cuidar desses seres em desenvolvimento. Este entendimento adequa-se ao princípio da absoluta prioridade, ao do melhor interesse e da Doutrina Jurídica da Proteção Integral.

De acordo com a regra do art.138 do ECA, a competência do Conselho Tutelar segue a regra do art. 147 que determina o local do domicílio dos pais, ou, na falta destes, no local onde a criança se encontra. Assim, caso o Conselho Tutelar determine medida de abrigo de criança ou adolescente (perto ou longe do domicílio dos pais), transfere para o dirigente da entidade a guarda para todos os efeitos de direito (parágrafo único do art. 92-ECA). Assim, o guardião passa a ser o responsável legal da criança (art. 33-ECA) e recebe do Juiz da Comarca do abrigo um termo de guarda, podendo se opor aos pais ou responsável.

Caso seja determinado direito de visita dos pais em favor da criança abrigada, por força da reintegração familiar, o responsável pela criança continua sendo o dirigente do abrigo que, em caso da criança não retornar, deve informar imediatamente ao juízo próximo ao abrigo para efetivar a medida de busca e apreensão, no caso de configurar risco à criança.

Todavia, a prática da visitação dos pais à criança abrigada deve ser temporária, como medida de transição, assim como deve ser a medida de abrigo. A falta de condições para criar seus filhos no seio da família, seja material ou moral, não justifica que a criança passe sua infância em abrigo e seus pais com plena liberdade. Cabe ao Ministério Público atuante no local do abrigo fiscalizar a perpetuação das visitas e estabelecer um limite para que a criança possa ser colocada em família substituta, e assim exercer seu direito à convivência familiar e comunitária.

Se houver possibilidade de resgatar o cuidado e o afeto da família de origem e reintegrar a criança ou adolescente, mesmo que em Comarcas distintas, deve haver uma integração entre os órgãos de proteção do local do domicílio dos pais, assim como do local do abrigo através de meios de comunicação, para juntos efetivarem o direito à convivência familiar da criança. Assim, o Conselho Tutelar do local do domicílio dos pais terá atribuição para acompanhar a reintegração

familiar, e o Conselho Tutelar do local do abrigo, onde se encontra a criança e seu guardião, terá atribuição para acompanhar o desenvolvimento do procedimento para o desligamento.

VI- CONCLUSÃO

Enfoque especial foi estabelecido na “Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança”, ratificada pelo Brasil através do Decreto 99.710/90 reconhecidamente identificado como norma cogente, não só em razão da ratificação da Convenção mas como um princípio especial, o qual, a exemplo dos princípios constitucionais que têm aplicação direta às relações interprivadas, deve ser considerado fonte subsidiária na aplicação da norma. Como princípio ou novo paradigma, o “melhor interesse” se apresenta em nosso sistema jurídico com seus indicadores próprios.

Inafastável, portanto, o reconhecimento de que os direitos garantidos na Convenção, ao serem recebidos pelo § 2º do art. 5º- CF, galgaram o *status* de “direitos fundamentais” em nosso sistema constitucional. Tivemos a oportunidade de enfatizar, inobstante as inúmeras dificuldades, o caráter normativo do princípio do “melhor interesse da criança” oriundo da ratificação da mesma Convenção, indicando-o como regeedor de toda a forma de tratamento à criança e ao adolescente.²¹

Sem a pretensão de dar uma definição a este princípio, sua implantação não pode se resumir a sugestões ou referência; deve ser a premissa em todas ações concernentes a esta destacada parcela da população. Considerando-os com suas individualidades, também por seus pais ou responsável, devem ser assumidos como pessoas independentes e em peculiar condição de desenvolvimento.

Os questionamentos levantados neste trabalho fazem parte do cotidiano das Varas Regionais de Infância e Juventude do Rio de Janeiro para os quais trazemos algumas ponderações:

1ª) Em caso de criança abrigada na Comarca da Capital do Rio de Janeiro com pais residentes em outra Comarca, qual o foro

²¹ Tânia da Silva Pereira e Carolina de Campos Melo. “Infância e Juventude: os direitos fundamentais e os princípios constitucionais consolidados na Constituição de 1988”. In *Revista Trimestral de Direito Civil* n.3. Rio de Janeiro: Padma, 2000, p.109.

competente para julgar causa que envolve a criança e o adolescente? A questão visa identificar a competência de foro, em regra relativa. No entanto, por força dos princípios norteadores da proteção infanto-juvenil, há que prevalecer a regra da competência absoluta do local onde se encontra a criança.²²

2ª) Em se tratando de criança abrigada na Comarca da Capital do Rio de Janeiro, sendo que os pais residem na região de abrangência do foro regional, ambos na mesma Comarca. Qual o juízo competente para julgar causa envolvendo a criança? Neste caso, trata-se de competência funcional, absoluta, determinada pelas normas de organização judiciária. A questão abrange dois foros regionais: um do domicílio dos pais e o outro do domicílio da criança abrigada. Sendo assim, deve prevalecer a competência do local onde se encontra a criança por ser este o local que melhor atenderá seus interesses.

*3ª) Em caso de processo já instaurado na Comarca da Capital e posterior criação das Varas Regionais da Infância Juventude e Idoso, ocorrerá o fenômeno da **perpetuatio jurisdictionis**? Conforme o enfrentamento da matéria anteriormente, a questão é controvertida. Isto porque, o Ato Executivo Conjunto nº 05/2003, do TJ/RJ veda a redistribuição de ações anteriormente ajuizadas nos foros regionais. No entanto, tem prevalecido o entendimento de que a competência funcional é absoluta, o que impede o fenômeno da **perpetuatio jurisdictionis**, sendo o ato mencionado contrário à lei. Em se tratando de questões que envolvam crianças abrigadas, a competência deve acompanhar o local do abrigo onde a criança se encontra²³. Neste sentido,*

²² Neste sentido Valter Kenji Ishida. *In Estatuto da Criança e do Adolescente: Doutrina e Jurisprudência*. São Paulo: Atlas, 2006, p. 224/225: "Portanto, quanto à competência territorial do juízo menorista sobre as entidades do art. 90, segue-se a regra do domicílio da pessoa jurídica. Imagine, por exemplo, uma entidade localizada na Comarca de Santo André, com crianças cujos pais residem na Comarca de São Bernardo do Campo. Seguindo-se o regramento do art. 147, I, ter-se-ia a competência do juízo de São Bernardo do Campo. Ocorre, porém, mais adequado, fixar-se a competência pelo local onde se situa a entidade abrigadora, sendo, portanto, competente o Juízo de Santo André. Aliás, normalmente, as VJ possuem procedimentos administrativos das entidades que se localizam em área de sua competência, mesmo à míngua de norma expressa do ECA."

²³ "Em sede de processo de menores, não se aplica rigorosamente o princípio da *perpetuatio jurisdictionis*: prevalece, para o prosseguimento da ação de destituição de pátrio poder, em que a guarda foi provisoriamente deferida à família substituta, aquele que estiver mais próximo dele, para poder oferecer-lhe proteção jurisdicional mais pronta, mais rápida e mais eficaz e permanente." (Conflito de Competência nº 17.680-0/1-

vale citar a manifestação da Procuradoria de Justiça de São Paulo citada por Valter Kenji Ishida:

“ [...] Feliz a manifestação da douta Procuradoria de Justiça quando anota que ... ‘é o juízo mais próximo do local em que estiver a criança o competente para determinar a realização de atos judiciais que o caso exija, zelando pelos interesses da criança inclusive, no caso de internação, determinar a desinternação e colocação em lar substituto, se houver essa possibilidade’. Realmente, o que deve prevalecer, na espécie, é o interesse do menor.”

4ª) Entre a competência do local do domicílio do guardião de fato e o guardião de direito, qual o critério para determinar a competência do foro e do juízo? Primeiramente deve se auferir a competência em relação à matéria. Portanto, se o litígio versa sobre guarda de filhos, ou netos, dentro da esfera familiar, a questão será da Vara da Família. Se houver a subsunção às hipóteses do art. 98 do ECA, dentre eles a falta, omissão ou abuso dos pais, a competência será do Juízo da Infância.

Com relação à competência em razão do lugar, que conforme anteriormente dito, se envolver criança abrigada a competência do local do abrigo é absoluta, mesmo nos casos crianças abrigadas que possuem pais vivos com direito-dever de guarda, deve-se entender que a guarda de fato é exercida pelo diretor do abrigo para todos os efeitos de direito conforme determina o art. 92 parágrafo único do ECA. Assim, fica evidenciada a ‘falta’ do exercício do direito-dever de guarda, e assim a competência será a determinada pelo critério do art. 147 II, qual seja, o local onde a criança se encontra²⁴.


No caso de competência material da Vara de Família sobre guarda de filhos, deve prevalecer o entendimento que prioriza a competência territorial do local da pessoa que há muito tempo

São Paulo – MM³ Juíza de Direito da 2ª Vara Judicial da Comarca de Mairiporã – MM. Juiz de Direito da Vara da Infância e da Juventude do Foro Regional de Santana.)

²⁴“Agravo de Instrumento – Competência – Menor entregue pela genitora para adoção – Competência do local onde se encontra a criança – Com a sua entrega para adoção, concordando a genitora com a destituição do pátrio poder, deixa de ser responsável pelo menor e faz incidir a regra do art. 147, inciso II, do ECA – *O domicílio dos pais ou responsável, tal como previsto no inciso I do citado dispositivo somente firma a competência quando a criança permanece sob sua guarda – Recurso provido.*” (TJSP – C.Esp. – Al.71.062-0/7 – Comarca de Orlândia – Rel. Des. Fonseca Tavares – j.17-8-200.)

está responsabilizando-se pela criança ou adolescente. Trata-se de alargamento da interpretação do termo “responsável”, elevando o guardião de fato a esta categoria.²⁵

Por fim, é de salutar providência que o Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro aplique as normas materiais e processuais do Estatuto da Criança e do Adolescente à luz das regras de hermenêutica constitucionais e especiais que determinam a prioridade absoluta para a garantia dos direitos da criança e do adolescente (art. 227 da CR); que considera a condição peculiar da criança e do adolescente como pessoas em desenvolvimento (art. 6º da Lei 8.069/90); e que identifica o melhor interesse da criança e do adolescente como norte para a aplicação do direito (Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança” ratificada pelo Brasil através do Decreto 99.710/90).

Com isso, a proposta do presente trabalho consiste em orientar o aplicador do direito para, no caso de competência material firmada pelo art. 98 do ECA, a competência territorial deve ser determinada pela aplicação do art.147 I e II do ECA de forma conjunta, evitando interpretações divergentes. Assim, o entendimento mais adequado é o que identifica a competência do local onde a criança se encontra, como regra de competência absoluta.²⁶ 

²⁵ Valter Kenji Ishida. *In* Estatuto da Criança e do Adolescente: Doutrina e Jurisprudência. São Paulo: Atlas, 2006, p. 229.

²⁶ Neste sentido é a opinião de José Luiz Mônaco da Silva *apud* Valter Kenji Ishida, ob. cit. p. 231. “Como tivemos a oportunidade de discorrer nos parágrafos anteriores, o legislador melhor se conduziria se tivesse fundido os dois incisos, disciplinando de maneira mais prática essa matéria, longe dos inconvenientes de uma dúbia interpretação, asseverando simplesmente que a competência seria sempre determinada pelo lugar onde se encontrasse a criança ou o adolescente”. Pactua deste entendimento o autor Valter Kenji Ishida para quem: “essa posição do autor, a nosso ver, seria mais técnica e afinada com a realidade social, elidindo qualquer dúvida no que se relaciona à competência”.

Proteção do Consumidor no Comércio Eletrônico sob a Ótica da Teoria da Confiança

Ana Amelia Menna Barreto de Castro
Ferreira

Professora da Fundação Getulio Vargas. Advogada.

1. INTRODUÇÃO

A era digital - que inaugurou a sociedade da informação - introduziu novas modalidades de transações comerciais, que vieram aprimorar conceitos da atividade econômica.

As operações realizadas no ambiente eletrônico se traduzem em evolução da forma tradicional de conclusão de negócios. Porém, sendo certo que tais questões se inserem em ambiente inédito, nem sempre se encontram positivadas por norma legal.

Em decorrência das características específicas do instrumento tecnológico como meio para realização de transações comerciais, operou-se uma transformação na modalidade aproximação dos partícipes da sociedade em rede.

Os negócios jurídicos realizados através da plataforma digital encontram novas aplicações no molde de concretização, dispensando a presença física das partes, a fixação e registro em suporte físico, firmando-se documentos assinados e arquivados digitalmente.

Para o direito na pós-modernidade a insegurança jurídica dessa modalidade de contratação decorre de marcantes características do ambiente eletrônico: a imaterialidade, a ausência de fronteiras geográficas, aliada à vulnerabilidade da arquitetura da rede pública de dados.

O presente estudo aborda a aplicação do princípio da confiança no espectro das relações de consumo efetivadas pela rede mundial de computadores.

2. COMÉRCIO ELETRÔNICO

O comércio eletrônico propiciou uma nova modalidade de comunicação, aproximando o consumidor da oferta de bens e serviços de forma remota.

A transação à distância trouxe mais agilidade na atividade comercial, maior velocidade aos atos mercantis e redução de custos administrativos, tendo como característica marcante a ausência de fronteiras geográficas.

Em relação ao Direito cumpre ressaltar que a formalização da transação eletrônica vem em desencontro à cultura do suporte físico do papel vegetal.

Quando utilizados os meios digitais para a formalização da manifestação da vontade, dispensando-se a representação material, é necessário enfrentar a questão da segurança da contratação.

Definem os Estados Unidos que a expressão comércio eletrônico significa qualquer transação conduzida na Internet ou por meio de acesso à Internet, compreendendo a venda, arrendamento, licenciamento, oferta ou entrega de propriedade, bens, serviços ou informação, para exame ou não, e inclui o provimento de acesso à Internet¹.

Entende Claudia Lima Marques que o comércio clássico de atos negociais entre empresários e clientes para vender produtos e serviços agora se realiza através de contratações à distância, conduzidas por meios eletrônicos, por internet ou por meios de telecomunicação de massa².

A Secretaria da Receita Federal define o comércio eletrônico como um conjunto de transações comerciais e financeiras realizadas por meio de processamento e transmissão de informação, incluindo texto, som e imagem³.

¹ Tax Freedom Act Lei 105-277. Tradução livre.

² **Confiança no comércio eletrônico e a proteção do consumidor**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2004.

³ Disponível em: <<http://www.receita.fazenda.gov.br/Historico/EstTributarios/TopicosEspeciais/ComercioEletronico/default.htm>>

Fabio Ulhoa Coelho classifica como a venda de produtos - virtuais ou físicos - ou a prestação de serviços realizados em estabelecimento virtual⁴.

3. INICIATIVAS REGULATÓRIAS

3.1. Lei Modelo Uncitral

A Comissão das Nações Unidas para o Direito Comercial Internacional sobre Comércio Eletrônico elaborou a Lei Modelo UNCITRAL sobre Comércio Eletrônico⁵, com o objetivo de oferecer ao legislador nacional um conjunto de regras aceitáveis no âmbito internacional que lhe permitam eliminar alguns obstáculos, com vistas a criar um marco jurídico que permita um desenvolvimento mais seguro das vias eletrônicas de negociação designadas pelo nome de comércio eletrônico.

A Lei aplica-se a qualquer tipo de informação na forma de mensagem de dados usada no contexto de atividades comerciais, deixando de especificar o conceito de comércio eletrônico.

3.2. União Européia

Considerando que na utilização das novas tecnologias o consumidor não tem o controle da técnica - e sendo necessário prever a possibilidade de o ônus da prova caber ao fornecedor - a União Européia adotou a Diretiva 97/7/CE relativa à proteção dos consumidores em matéria de contratos à distância.

Classifica o contrato eletrônico como qualquer contrato relativo a bens ou serviços, celebrado entre um fornecedor e um consumidor, que se integre num sistema de venda ou prestação de serviços à distância organizado pelo fornecedor, que, para esse contrato, utilize exclusivamente uma ou mais técnicas de comunicação à distância até a celebração do contrato, incluindo a própria celebração.

Por outro lado, qualifica a técnica de comunicação à distância como qualquer meio que, sem a presença física e simultânea do fornecedor e do consumidor, possa ser utilizado tendo em vista a celebração do contrato entre as referidas partes⁶.

⁴ Curso de direito comercial. São Paulo: Saraiva, 2000, v. 3
1996.

⁶ Disponível em: <<http://www.anacom.pt/template20.jsp?categoryId=96924&contentId=163215>> Acesso em 15/11/2007.

Com o objetivo de garantir a segurança jurídica e a confiança do consumidor nos serviços da sociedade da informação, posteriormente, a União Européia editou Diretiva sobre Comércio Eletrônico estabelecendo um quadro geral que abrange aspectos legais do comércio eletrônico no mercado interno⁷.

3.3. Brasil. Projeto de Lei 4.906/2001

O referido projeto de lei vem instituir normas de proteção e defesa do consumidor no âmbito do comércio eletrônico, dispondo expressamente que se aplicam ao comércio eletrônico as normas de defesa e proteção do consumidor vigentes no país.

A oferta de bens, serviços ou informações por meio eletrônico deve ser realizada em ambiente seguro, devidamente certificado, contendo claras e inequívocas informações sobre: nome e domicílio do ofertante; número de inscrição do ofertante no respectivo cadastro geral do Ministério da Fazenda em se tratando de serviço sujeito a regime de profissão regulamentada, o número de inscrição no órgão fiscalizador ou regulamentador; domicílio ou sede do ofertante; identificação e sede do provedor de serviço de armazenamento de dados; número do telefone e endereço eletrônico para contato com o ofertante, bem como instruções precisas para o exercício do direito de arrependimento; tratamento e armazenamento, pelo ofertante, do contrato ou as informações fornecidas pelo destinatário da oferta; instruções para arquivamento do contrato eletrônico pelo aceitante, bem como para sua recuperação em caso de necessidade; e sistemas de segurança empregados na operação⁸.

A referida proposta legislativa ainda aguarda aprovação da Câmara dos Deputados⁹.

⁷ Diretiva 2000/31/CE do Parlamento Europeu e do Conselho. *Jornal Oficial das Comunidades Europeias*. Disponível em: <[http://www.dgcc.pt/anexos/directiva%202000-31-ce%20%20\(2,21%20MB\).pdf](http://www.dgcc.pt/anexos/directiva%202000-31-ce%20%20(2,21%20MB).pdf)> Acesso em 15/11/2007.

⁸ Art. 31.

⁹ Disponível em: <http://www2.camara.gov.br/proposicoes/loadFrame.html?link=http://www.camara.gov.br/internet/sileg/prop_lista.asp?fMode=1&btnPesquisar=OK&Ano=2001&Numero=4906&sigla=PL> Acesso em 22/11/2007.

4. PROTEÇÃO LEGAL E PRINCÍPIOS DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

A Constituição Federal recepcionou a defesa do consumidor como direito fundamental¹⁰, inserindo sua proteção entre os princípios da atividade econômica¹¹.

Sergio Cavalieri Filho sustenta que o CDC¹² criou uma sobreestrutura jurídica multidisciplinar, normas de direito, aplicáveis em todos os ramos do Direito onde ocorrerem relações de consumo. Em razão da vulnerabilidade do consumidor, o Código consagrou uma nova concepção do contrato - um conceito social - no qual a autonomia da vontade não é mais o seu único e essencial elemento, mas também, e principalmente, os efeitos sociais que esse contrato vai produzir e a situação econômica e jurídica das partes que o integram¹³.

Como acentua Jean Carlos Dias, toda a estrutura legal se funda no princípio constitucional da isonomia, pretendendo-se inserir nas disposições contratuais de consumo, uma cláusula de equilíbrio que a condiciona, atribuindo, assim, proteção à parte tida por mais fraca, mais vulnerável na formação do contrato, de onde decorrem as obrigações e direitos exigíveis reciprocamente¹⁴.

Para a ciência do direito os princípios atuam como elementos norteadores de auxílio à compreensão da norma, estabelecendo fundamentos para que determinado mandamento seja localizado.

Segundo Paulo Bonavides, os princípios, uma vez constitucionalizados, se fazem a chave de todo o sistema normativo¹⁵.

Geraldo Ataliba pondera que o princípio é muito mais importante que a norma, já que, no mais das vezes, esta tem aquele como o ente que lhe dá sua essência, que lhe transmite o material genético necessário a alcançar a maturidade jurídica e a justa aplicação diante do caso concreto¹⁶.

¹⁰ Art. 5º, XXIII.

¹¹ CF, art. 170, V.

¹² Lei 8.978/90.

¹³ "O Direito do Consumidor no limiar do século XXI". *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo: Editora RT, nº. 35.

¹⁴ **Direito contratual no ambiente virtual**. Curitiba: Juruá, 2006.

¹⁵ **Curso de Direito Constitucional**. 15ª ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2004.

¹⁶ CATALAN, Marcos Jorge. "Princípios Aplicáveis à formação e adimplemento dos contratos no Código de Defesa do Consumidor". Disponível em: <<http://www.unipar.br:8080/unipar/servicos/laphijlaboratoriodepesquisaemhistoriasocial/arquivos/phij/PRINCIPIOS%20APLICAVEIS%20A%20FORMACAO%20E%20ADIMPLEMENTO%20DOS%20CONTRATOS%20NO%20CODIGO%20DE%20DEFESA%20DO%20CONSUMIDOR.doc>> Acesso em 24/11/2007.

Rui Portanova ensina que os princípios não são meros acessórios interpretativos: São enunciados que consagram conquistas éticas da civilização e, por isso, estejam ou não previstos na lei, aplicam-se cogentemente a todos os casos concretos¹⁷.

Celso Antonio Bandeira de Mello orienta que a desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um princípio mandamental obrigatório, mas a todo o sistema de comandos, já que, em um sistema jurídico, as normas interagem e dificilmente são concebidas isoladamente¹⁸.

O Direito do Consumidor ampara-se especialmente em princípios que lhe são próprios, visando estabelecer o equilíbrio contratual na relação de consumo.

O CDC impõe o atendimento de princípios e diretrizes que norteiam a Política Nacional de Relações de Consumo: reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo; ação governamental de proteção; harmonização dos interesses dos participantes da relação de consumo e compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico; educação e informação de fornecedores e consumidores, quanto a seus direitos e deveres; incentivo à criação de meios eficientes de controle e qualidade de segurança de produtos e serviços e de mecanismos alternativos de solução de conflitos; repressão eficiente de abusos praticados no mercado de consumo.

Em capítulo específico das cláusulas abusivas, menciona o princípio da boa-fé e expressões enquadráveis no princípio da equivalência material, como “equidade”, “equilíbrio contratual”, “justo equilíbrio entre direitos e obrigações das partes”¹⁹.

5. PRINCÍPIO DA CONFIANÇA

Almiro do Couto e Silva leciona que o princípio da proteção à confiança nasceu na Alemanha por construção jurisprudencial, a

¹⁷PORTANOVA, Rui. *Princípios do processo civil*. Livraria do Advogado: Porto Alegre, 1999. 3a ed.

¹⁸LOBO, Paulo Luiz Netto. “Princípios sociais dos contratos no CDC e no novo Código Civil”. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2796>> Acesso em 24/11/2007.

¹⁹Id. *ib.*

expressão geralmente designa a parte objetiva do conceito, enquanto a parte subjetiva é identificada como proteção à confiança²⁰.

A teoria da confiança tem por principal escopo a defesa das legítimas expectativas que nascem entre os contratantes, quando pactuadas as obrigações que mutuamente são assumidas, criando entre ambos um vínculo contratual. Os motivos da contratação, quando razoáveis e advindos da boa-fé, integram a relação contratual, protegendo as legítimas expectativas dos consumidores²¹.

Segundo Antonio Carlos Santoro Filho, não se trata de verdadeiro princípio, pois não legislado, mas de mero critério de interpretação e fixação dos limites do dever objetivo de cuidado, criado pela jurisprudência alemã e desenvolvido pela doutrina –, todavia, não é, como qualquer princípio, absoluto, e nem tem extensão suficiente para possibilitar, no âmbito penal, a compensação de culpas, que, como vimos, há muito é rechaçada pela doutrina e jurisprudência²².

Em seu estudo o autor cita Zaffaroni: “Um dos critérios para determinar a medida do dever de cuidado no caso de atividades compartilhadas, desenvolvido na jurisprudência alemã, é o do “princípio da confiança”, segundo o qual é conforme ao dever de cuidado a conduta do que confia em que o outro se comportará prudentemente, até que não tenha razão suficiente para duvidar ou crer o contrário. Este princípio foi tratado por diversos autores e a casuística a respeito é enorme, havendo sido restringido pela jurisprudência enquanto ao trânsito a respeito da conduta que não haja violado o dever de cuidado. O princípio da confiança, desenvolvido no campo do direito da circulação, foi estendido pela doutrina a outras atividades que dependam de conjunta participação de duas ou mais pessoas (...). A participação pode ser eventual (como acontece no tráfego, no qual

²⁰ “O princípio da segurança jurídica (proteção à confiança) no direito público brasileiro”. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-2-ABRIL-2005-ALMIRO%20DO%20COUTO%20E%20SILVA.pdf>> Acesso em 26/11/2007.

²¹ CATALAN, Marcos Jorge. “Princípios aplicáveis à formação e adimplemento dos contratos no Código de Defesa do Consumidor”. Disponível em: <<http://www.unipar.br:8080/unipar/servicos/laphij/laboratoriodepesquisaemhistoriasocial/arquivos/lphij/PRINCIPIOS%20APLICAVEIS%20A%20FORMACAO%20E%20ADIMPLEMENTO%20DOS%20CONTRATOS%20NO%20CODIGO%20DE%20DEFESA%20DO%20CONSUMIDOR.doc>> Acesso em 24/11/2007.

²² “Princípio da confiança – conceito e limites”. Disponível em: <http://jusvi.com/doutrinas_e_pecas/ver/2141> Acesso em 26/11/2007.

também participa o pedestre), ou bem pode tratar-se de uma equipe de trabalho como no caso da intervenção cirúrgica²³.

Tem a pretensão de salvaguardar, de modo prioritário, as expectativas legitimadas, fruto do outro contratante, o qual confiou na postura, nas obrigações e no vínculo criado através da declaração de vontade do parceiro. Assim, são protegidas a boa-fé e a confiança, ambas depositadas pelo consumidor na declaração do outro contratante²⁴.

O princípio da confiança encontra-se intimamente relacionado ao princípio da segurança jurídica. Para J.J. Gomes Canotilho, enquanto a segurança jurídica está em conexão com elementos de ordem objetiva na esfera jurídica, a proteção da confiança atenta para os aspectos subjetivos de segurança. Todavia, ambas demandam, dentre outras, as seguintes características: transparência dos atos do poder, racionalidade, clareza de idéias e palavras e fiabilidade. Tais postulados são exigidos em qualquer ato, de qualquer um dos poderes²⁵.

Conforme Sergio Cavalieri Filho, o princípio da confiança merece destaque por estar intimamente ligado ao princípio da transparência: “confiança é a credibilidade que o consumidor deposita no produto ou no vínculo contratual como instrumento adequado para alcançar os fins que razoavelmente deles se espera. Prestigia as legítimas expectativas do consumidor no contrato”²⁶.

Constitui um princípio diretriz das relações contratuais que reclama um olhar mais atento e apurado dos operadores do direito.

A crescente valorização da confiança, segundo Marília Zanchet, pode apresentar um aspecto negativo devido à falta de rigor teórico ou dogmático. Apesar de amplamente comentada pela doutrina, sua aplicação jurisprudencial é considerada incipiente, localizando-se em zona cinzenta do direito, posto ainda não definidos com precisão seus efeitos²⁷.

²³ Tratado de Derecho Penal, v. III. Buenos Aires: Ediar, 1999, p. 402-03

²⁴ SOUZA, Mariana Almeida. “O princípio da confiança do Direito Constitucional e sua aplicação nos municípios”. Disponível em: <<http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=1531>> Acesso em 24/11/2007.

²⁵ CANOTILHO, J.J. Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 3ª ed. Coimbra: Editora Almedina, 1997.

²⁶ “O Direito do consumidor no limiar do século XXI”. Revista de Direito do Consumidor. São Paulo: Editora RT, nº. 35.

²⁷ “A nova força obrigatória dos contratos e o princípio da confiança no ordenamento jurídico brasileiro”. Revista do Direito do Consumidor nº. 58. São Paulo: Editora RT, 2006.

A partir da visão que consagrou um conceito social sobre o contrato identificou-se a confiança como uma teoria intermediária entre a teoria da vontade e da declaração, voltada à proteção da segurança e da necessidade de não se frustrar a confiança legítima de terceiros²⁸.

O êxito no alcance dos objetivos propostos na via contratual depende da confiança centrada no esboço das obrigações, que serão cumpridas reciprocamente pelas partes, dentro do padrão mínimo regulado pela lei²⁹.

Claudia Lima Marques observa que a confiança é o princípio imanente de todo o direito, apresentando-se como um elemento básico comum ou suporte fático da vida em sociedade. Mas acentua a existência de uma crise de confiança, fruto da sociedade pós-moderna, que prescinde da adoção de uma nova dogmática com preocupações mais sociais, necessitando de uma resposta de valorização do paradigma da confiança³⁰.

6. PROTEÇÃO DA CONFIANÇA NO COMÉRCIO ELETRÔNICO

O princípio da confiança no Código do Consumidor visa garantir o equilíbrio das obrigações contratuais e inibir a adoção de cláusulas abusivas, garantindo ao consumidor a adequada proteção.

A transação à distância vivenciada no ambiente eletrônico trouxe benefícios para a interação entre as partes, da oferta variada de produtos e serviços e a conseqüente redução dos custos. Mas por outro lado, a economia digital insere dificuldades adicionais no âmbito da defesa do consumidor e em matéria de jurisdição e aplicação das leis.

As tecnologias da informação e comunicação, por suas características intrínsecas de desmaterialização e desintermediação, agrava a posição de vulnerabilidade do consumidor, dificultando a efetividade das normas consagradas para seu abrigo.

Rompendo o paradigma de territorialidade, o desaparecimento no meio eletrônico dos limites estatais e territoriais, desafia a fixação da competência.

²⁸ Id. *ib.*, p. 123.

²⁹ ROSA, Josimar Santos. *Relação de consumo: a defesa dos interesses de consumidores e fornecedores*. São Paulo: Atlas, 1995.

³⁰ "Proteção do consumidor no comércio eletrônico". *Revista do Direito do Consumidor* n^o. 57. São Paulo: Editora RT, 2006.

Ricardo Lorenzetti indica as características desse novo modelo de contratação: a distância entre consumidor e fornecedor; a simultaneidade e a desterritorialidade da oferta e aceitação; a imaterialidade da execução à distância e a autonomia da exteriorização da vontade. Conclui que a oferta de serviços e produtos pela internet, em qualquer modalidade, é oferta de consumo, traduzindo-se o contrato concluído por meio eletrônico em contrato de consumo, regulado pelo Direito do Consumidor³¹.

Como afirmado anteriormente, Claudia Lima Marques adota entendimento segundo o qual se vivencia uma nova crise do contrato e da confiança, alicerçados na crescente informatização da cultura tecnológica de consumo virtual. A atividade negocial da oferta de produtos e serviços e de contratação à distância através dos meios de telecomunicação apresenta fenômenos desafiadores: a despersonalização e a desmaterialização; a desterritorialização, a atemporalidade e a desconfiança dos consumidores no comércio eletrônico³².

Observa ainda, que o princípio da confiança tem como base o direito privado, fixando raízes no personalismo ético: a pessoa livre, social e racional determinará a si mesmo, responderá pelos seus atos e respeitará a dignidade das outras pessoas. “O meio virtual parece ter abalado este princípio-pressuposto das relações contratuais, seja pela despersonalização das partes contratantes, do meio, do objeto, seja pela sua complexidade, distância, atemporalidade ou internacionalidade”³³.

Os consumidores enfrentam problemas nas novas práticas comerciais desmaterializadas em relação à publicidade e oferta, intercâmbio de informações, identificação e localização do ofertante, pagamentos eletrônicos, proteção à privacidade de dados pessoais.

Lorenzetti afirma que direitos básicos do consumidor estão seriamente ameaçados no campo da contratação eletrônica: proteção igual ou maior do que a existente em outras áreas do comércio, proliferação de cláusulas abusivas nos contratos eletrônicos, direito à informação, ao conselho e à educação, proteção contra práticas que infringem a concorrência, direito à segurança, à proteção contratual, ao ressarcimento, à efetividade da proteção e o acesso à justiça³⁴.

³¹ LORENZETTI, Ricardo I. *Comércio Eletrônico*. São Paulo: Editora RT, 2004.

³² *Revista de Direito do Consumidor* nº 57.

³³ *Confiança no comércio eletrônico e a proteção do consumidor*. São Paulo: Editora RT, 2004.

³⁴ *Id. lb.*, p. 373.

Assim como ocorre no comércio tradicional, o consumidor no ambiente eletrônico se defronta com defeitos e vícios de bens e serviços, fraudes na quantidade e qualidade, abusos nas exigências de pagamentos e na formulação de obrigações acessórias, práticas e cláusulas contratuais enganosas e abusivas, assim como omissão de informações obrigatórias na relação de consumo³⁵.

7. MODALIDADES DE CONTRATOS ELETRÔNICOS

Os contratos firmados por equipamentos informáticos, ou em ambiente eletrônico, se operam por distintas modalidades, diferenciadas em razão do nível de interferência do sistema tecnológico no aperfeiçoamento da manifestação da vontade, formatado por contratação interpessoal e automática.

Naqueles formados pelo computador, as partes se utilizam do equipamento para transcrever as condições pactuadas para formação do negócio jurídico. Classificam-se como contratos intersistêmicos, não necessitando os contraentes fazer uso de transmissão eletrônica para se comunicarem.

Nos contratos interpessoais reside a interação - direta ou indireta - das partes, através de uma comunicação realizada por transmissão eletrônica, que viabiliza o conhecimento da declaração de vontade. Nessa modalidade, subdividem-se nas categorias de simultâneos e não-simultâneos, em razão da imediatividade da manifestação.

Na formação dos contratos simultâneos as partes expressam suas vontades direta e concomitantemente: a oferta enviada pelo proponente é recebida pelo oblato e manifestada por este em tempo real. Nessa modalidade, aperfeiçoam-se através de salas de conversação, por videoconferência ou por comunicação via VoIP³⁶. Portanto, em virtude da simultaneidade, incluem-se na espécie de contratação entre presentes.

Nos chamados contratos interpessoais não-simultâneos, decorre um lapso temporal entre a expedição da oferta e a manifestação

³⁵ BACELAR, Hugo Leonardo Duque. **A proteção contratual e os contratos eletrônicos**. São Paulo: IOB Thomson, 2006.

³⁶ Tecnologia que torna possível estabelecer conversações telefônicas em uma rede IP - incluindo a internet - tornando a transmissão de voz mais um dos serviços suportados pela rede de dados. Disponível em: <http://pt.wikipedia.org/wiki/Voz_sobre_IP> Acesso em 05/12.2006.

do aceite pelo oblato. A declaração de vontade aperfeiçoa-se no momento em que o aceitante envia a mensagem manifestando sua concordância. Compreendem-se nessa hipótese aqueles efetivados via correio eletrônico que, por analogia, se comparam aos antigos contratos epistolares.

Nesse caso, a ausência de instantaneidade decorre em função do tempo transcorrido entre a remessa e o recebimento da mensagem, tendo em vista a necessidade da presença de intermediários para que ocorra a comunicação: a mensagem enviada pela caixa postal do proponente, primeiramente dirige-se a seu próprio servidor de correio, que a remete ao servidor de correio da parte receptora, para ser finalmente encaminhada ao seu endereço eletrônico.

Pelos contratos interativos as partes se aproximam indiretamente, através de um sistema de processamento automatizado que intervém determinantemente na formação do vínculo contratual. Nessa modalidade de contratação à distância, a operação se inicia e se conclui no ambiente eletrônico. Registram-se nessa classe as transações realizadas diretamente nas páginas eletrônicas, cabendo ao oblato manifestar seu aceite através de um clique em campo preestabelecido.

8. VULNERABILIDADE DO CONSUMIDOR NO AMBIENTE ELETRÔNICO

A internet é dotada de arquitetura que utiliza tecnologia inteligente de coleta e processamento de dados em sistemas interconectados.

Os programas que compartilham informações se traduzem em poderosas ferramentas de identificação do perfil eletrônico do usuário.

Tendo como principal alimento a informação, a sociedade interconectada pela rede pública mundial de computadores fornece seus dados pessoais em variadas formas: disponibiliza o nome, endereço eletrônico, número de telefone e cartão de crédito em cada visita a uma página eletrônica.

As informações pessoais identificáveis do usuário, seus hábitos de consumo, navegação e preferências terminam sendo comercializadas a terceiros, sem o conhecimento do usuário.

O ponto central da legalidade dessa prática reside na forma como são obtidos, utilizados, gerenciados e controlados os dados pessoais nessa coleta seletiva de informação.

Ao comparecer em uma página eletrônica e fornecer seus dados cadastrais, podem ser indevidamente instalados no equipamento do usuário arquivos *cookies*, capazes de registrar e gravar as informações disponibilizadas pelo usuário, sua preferência de navegação e hábitos de consumo, possibilitando, ainda a inserção de vírus.

Em decorrência da instalação de *cookies*, as informações coletadas passam a integrar um banco de dados capaz de gerar o envio de material publicitário ou mensagens eletrônicas não solicitadas.

Esse valioso banco de dados viabiliza ainda o compartilhamento com terceiros dos dados cadastrais informados pelo usuário, possibilitando a oferta direta de produtos ou serviços que o consumidor não solicitou.

Deixando de informar dado essencial do produto ou serviço se consubstancia como uma omissão a coleta de dados pessoais, sem conhecimento do usuário.

Como previsto no CDC, a publicidade deve ser veiculada de forma que o consumidor facilmente a identifique. A publicidade enganosa e abusiva se sujeita a sanções administrativas e penais.

Logo, devem os *sites* de comércio eletrônico observar as regras do CDC abstendo-se de fazer uso de recursos tecnológicos capazes de violar os direitos do consumidor, como se passa a expor.

O modelo de publicidade oculta é largamente aplicado nos *sites* que oferecem a criação de grupos de discussão, fazendo inserir no rodapé das mensagens dirigidas aos membros do grupo uma publicidade não solicitada.

A publicidade enganosa com o intuito de atrair o usuário se utiliza do recurso denominado *metatag*, através da inserção de palavras-chaves na programação do *site* com a finalidade de serem utilizadas como indexadores pelos *sites* de busca.

Dessa forma, quando o usuário efetua uma consulta em um buscador, poderá obter como resultado uma página que não mantenha relação com seu argumento de busca.

A oferta e apresentação de produtos e serviços pela internet igualmente deve assegurar informações claras, corretas e precisas, ostensivas e em língua portuguesa, sobre suas características, qualidades, quantidade, composição, preço, garantia, prazos de validade e origem, além de eventuais riscos que apresentem à saúde e segurança dos consumidores.

Portanto, a página do *site* de comércio eletrônico deve fornecer todos os dados necessários ao atendimento do dever de informação.

A modalidade de comércio eletrônico por *sites* de leilão se apresenta como a mais danosa ao consumidor, em vista de suas características específicas.

Trata-se de um modelo de negócio que intermedeia as partes, disponibilizando um espaço para oferta de compra e venda de bens, produtos e serviços, pelo sistema de leilão. A empresa se remunera através de percentual cobrado do vendedor quando da concretização da venda.

Porém pretende se isentar de qualquer responsabilidade, transferindo ao vendedor a responsabilidade por todas as obrigações e imposições decorrentes da venda de seus produtos, além de não garantir a veracidade da publicação de terceiros que apareça em seu *site*.

Em relação aos dados cadastrais e banco de dados, tem o usuário direito ao acesso de suas informações constantes em cadastros e registros, podendo solicitar a devida correção de dados inexatos.

Como visto anteriormente, a utilização de recursos tecnológicos que captam tais informações concede a ocorrência de formação de um banco de dados à revelia do usuário, impossibilitando a exigência legal de sua prévia e expressa autorização.

Portanto, a formação de uma base de dados contendo o cadastro e registro de dados pessoais do consumidor, deve ser expressamente comunicada e autorizada pelo usuário.

Cabe ao *site* elaborar sua política de privacidade de forma transparente, comunicando ao consumidor que as informações por ele fornecidas poderão ser transferidas a terceiros.

O direito de arrependimento do consumidor eletrônico encontra amplo respaldo, podendo este fazer uso do prazo de sete dias contados da assinatura ou do recebimento do produto para ser ressarcido dos valores pagos.

Cumprindo o dever geral da boa-fé, cabe ao comerciante eletrônico disponibilizar um eficiente canal de comunicação com o consumidor de forma a satisfazer plenamente a comunicação pós-venda.

A prática negocial do contrato de consumo eletrônico, considerado como de adesão, costuma inserir diversas espécies de cláusulas

abusivas, que implicam a renúncia ou restrição dos direitos do usuário ou limitam a responsabilidade do fornecedor.

Em tais casos, para satisfazer sua pretensão, cabe ao usuário tão-somente concordar com seus termos. Porém, na celebração de contratos por tais meios, se aplica o regime de cláusula abusiva.

A automação bancária oferece a possibilidade do correntista, mediante o uso de uma senha eletrônica, acessar sua conta-corrente, realizar pagamentos, transferências e outras modalidades de serviços oferecidos através da página eletrônica da instituição financeira.

Ao disponibilizar um canal eletrônico de aproximação, a instituição bancária assume o risco por eventuais falhas de segurança que propiciem a ocorrência de transferência indevida de valores, utilização de dados do cartão de crédito, instalação de programas maliciosos de captura de senha ou a exposição de dados sensíveis do consumidor.

Reside a responsabilidade objetiva do Banco pela reparação de danos causados por defeitos na prestação do serviço, assumindo a *obrigação* de reparar o dano de ordem moral e material.

Assumindo o risco inerente da oferta de serviços e cabendo-lhe garantir o dever de segurança, devem se acautelar, adotando sistemas de segurança capazes de resguardar a indispensável proteção do consumidor.

9. CONCLUSÕES

As facilidades do consumo no ambiente eletrônico possibilitam a ocorrência de novas situações que expõem sobremaneira a situação de fragilidade do consumidor.

Ao fazer uso dos meios eletrônicos cabe ao consumidor adotar maior cautela, dispensando especial atenção antes de concretizar a contratação.

Deve proceder à verificação das informações prestadas pelo responsável pelo *site*, buscar o endereço e o número de telefone fixo para a eventual e futuro contato, priorizando a aquisição em lojas que mantenham estabelecimento físico.

Cabe ainda verificar a existência de um canal de comunicação - através de formulário ou endereço de *e-mail* - buscando informar-se sobre a utilização de recursos que garantem a privacidade e a segurança de seus dados, deixando de fornecer qualquer dado pessoal que

não mantenha relação direta com a pretendida aquisição de bem ou serviço.

Subentende-se que as empresas que praticam comércio eletrônico estejam preparadas para o atendimento legal das normas de proteção ao consumidor, colocando em funcionamento mecanismos tecnológicos aptos a promover a efetiva defesa dos direitos dos usuários no ambiente eletrônico.

Apesar de o Código de Proteção e Defesa do Consumidor não dispor de normas específicas sobre comércio eletrônico, este se aplica integralmente às relações jurídicas de consumo estabelecidas no ambiente digital.

Uma vez que a posição de vulnerabilidade do consumidor se acentua no comércio eletrônico, deve-se enfrentar a efetividade da norma consumerista em ambientes digitais.☐

Questões Controvertidas sobre a Lei Maria da Penha A Possibilidade de Emprego do Procedimento Sumaríssimo e a Necessidade de Representação da Vítima na Hipótese de Lesões Corporais Leves e de Vias de Fato

Rodrigo Bossi de Pinho

*Delegado de Polícia em Belo Horizonte-MG.
Ex-aluno da EMERJ.*

De todas as alterações legislativas introduzidas na área criminal nos últimos anos, a Lei “Maria da Penha” é certamente a que vem gerando as maiores angústias aos operadores do direito. Advogados, delegados de polícia, promotores e juízes vêm encontrando sérias dificuldades em sua aplicação, e a matéria ainda vai suscitar tormentosas dúvidas até que a jurisprudência se assente. Enquanto isso não ocorre, surgem soluções paliativas, que, muitas das vezes, têm origem em interpretações apressadas e pouco cautelosas dos dispositivos da Lei.

É certo que a Lei 11.340/06 não pode ser classificada como um bom exemplo de técnica legislativa, como também é correto afirmar que ela encontra sérios obstáculos à sua aplicação prática. Não obstante, apesar de suas imperfeições, o ordenamento jurídico nacional carecia de um instrumento capaz de tutelar os interesses de mulheres em situação de violência doméstica, e, nesse sentido, a lei, se aplicada corretamente e com seriedade, poderá se tornar um instrumento idôneo para alcançar esse fim.

Aliás, entendemos que as medidas protetivas introduzidas pela nova lei não se prestam somente à tutela de interesses das mulheres em situação de violência; as medidas podem ser aplicadas analogicamente nas mais diversas situações, uma vez que o poder geral de cautela do juiz permite essa aplicação, mas essa idéia ainda será abordada e discutida em outro artigo. Por hora, nos concentraremos em dois problemas específicos, que surgiram, logo de início, quando iniciada a aplicação da lei: a possibilidade de utilização do procedimento sumaríssimo e a necessidade de representação da vítima na hipótese de lesões corporais leves e de vias de fato.

Quando da sua entrada em vigor, nós, delegados de polícia, fomos surpreendidos pelo volume de trabalho que, de súbito, passou a aportar em nossas mesas. Como é comum em nosso país, as instituições não se preparam previamente para as alterações legislativas. Mesmo quando o legislador expressamente prevê a *vacatio* no texto legal, as instituições, ainda assim, encontram dificuldades de se organizarem, adaptando-se ao novo panorama jurídico.

No caso da Lei “Maria da Penha”, a situação não foi diferente. É verdade que o prazo de *vacatio* proporcionado pelo legislador, 45 dias, não foi suficiente para implementar todas as modificações propostas pela lei. Tal justificativa, contudo, não afasta a responsabilidade das instituições, uma vez que, mesmo bem antes de sua publicação, durante o trâmite do projeto de lei, já é possível vislumbrar a necessidade de adaptação, criando-se mecanismos para minimizar os problemas criados pela futura alteração legislativa.

Em Minas Gerais, na capital e em várias comarcas do interior do Estado, já havia delegacias especializadas de repressão aos crimes contra a mulher. Contudo, no caso específico de Belo Horizonte, as atribuições da Delegacia Especializada, bem como sua estrutura, estão aquém das necessidades impostas pelo novel diploma legal. Isso impõe a distribuição de parte das atribuições às delegacias distritais, que carecem ainda mais de estrutura especializada no tratamento de um assunto tão delicado.

A primeira dificuldade encontrada pela autoridade policial, quando do advento da Lei 11.340/06, foi saber de quem era a competência para a sua aplicação. Vários Termos Circunstanciados de Ocorrência

foram elaborados, notadamente quando as vítimas compareciam à delegacia após intimação, relatando uma conduta de vias de fato e manifestando seu desinteresse no prosseguimento do feito.

Casos há, considerando que o procedimento de registro de ocorrências policiais em Belo Horizonte é feito *on-line*, em que a vítima procurou a Companhia da Polícia Militar para registrar a ocorrência, que posteriormente foi remetida, também *on-line*, à Delegacia Especializada de Mulheres. Esta última declinou das atribuições e enviou o expediente à delegacia distrital da circunscrição, onde a autoridade policial, frente a uma ocorrência de vias de fato, intimou a vítima, que compareceu e manifestou seu desinteresse. O delegado, então, encerrou o feito em TCO e procedeu à remessa ao Juizado Especial Criminal. O trâmite desse expediente durou cerca de 5 meses.

De tão longo o trâmite, houve tempo suficiente para que o Poder Judiciário editasse uma resolução, atribuindo a competência para o julgamento das causas relativas à Lei 11.340/06 às Varas Criminais da Justiça Comum e, conseqüentemente, retirando a competência do Juizado Especial Criminal para julgar as infrações de menor potencial ofensivo relativas a mulheres em circunstâncias de violência doméstica.

No citado caso, após cinco meses de trâmite do expediente, o Juizado Especial Criminal declinou de sua competência e enviou o TCO ao Fórum, abrindo o juiz vista ao promotor especializado, que requisitou o retorno dos autos à delegacia de origem, para a instauração do Inquérito Policial, intimação da vítima para oitiva e orientação acerca das medidas protetivas da Lei. O expediente retornou à autoridade policial quase um ano após a vítima ter registrado a ocorrência, não havendo, desde o início, representação. Por sorte, não se tratava de um caso autêntico de violência familiar contra mulher.

Ainda hoje, aproximadamente um ano após a entrada em vigor da nova lei, as dúvidas acerca de sua aplicação persistem. Autoridades policiais há que ainda elaboram Termos Circunstanciados de Ocorrência quando a vítima manifesta seu desinteresse em representar, e remetem-nos aos Juizados Especiais, seguindo o expediente o mesmo trâmite longo e burocrático. Da mesma forma, promotores insistem na instauração do inquérito policial, quando manifesta a ausência de

representação da vítima, nos casos em que a lei condiciona a iniciativa da ação penal à representação. E, por fim, juízes remetem os autos a delegacias desprovidas de competência administrativa para a investigação, por desconhecimento das normas internas da polícia judiciária.

O defeito tem uma única explicação: a divergência na interpretação da norma, não atentando o hermeneuta para a real finalidade da lei, e a falta de entendimento entre as instituições encarregadas na sua aplicação, que não elaboram comissões de representantes encarregados de discutir o assunto e fixar um entendimento interinstitucional.

Uma das divergências criadas com o advento da lei reside no que dispõe o seu artigo 41. De acordo como esse dispositivo, não se aplica a Lei 9.099/95, a lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais, aos crimes de violência doméstica ou familiar contra a mulher. Ocorre que muitos vêm entendendo que a restrição contida no referido artigo abrange também as contravenções. Assim, à contravenção de vias de fato praticada no âmbito familiar contra mulher não poderia ser aplicado o procedimento sumaríssimo.

Ora, uma interpretação meramente literal do art. 41 da Lei nos leva a crer que não quis o legislador excluir as contravenções da aplicação da Lei 9.099/95. Se assim desejasse, deveria ter empregado a expressão infração penal, abrangendo crimes e contravenções, uma vez que o sistema jurídico-penal brasileiro adotou o critério bipartido de distinção. Se o legislador, ao contrário, empregou a expressão CRIME, é porque somente esse tipo de infração deve ser afastado da incidência do procedimento sumaríssimo.

Argumentam alguns acerca da incompatibilidade entre o rito dos Juizados e as determinações da Lei “Maria da Penha”. Não existe a alegada incompatibilidade. Haveria sim, uma incompatibilidade de ordem prática, se as Varas da Justiça Comum ou mesmo os Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra Mulher a serem criados, competentes para a aplicação da Lei 11.340/06, não o fossem, também, para a aplicação da 9.099/95. A nosso ver, não existe esse óbice; é perfeitamente possível, como ocorre nas comarcas de vara única, a acumulação dessas competências.

Ademais, avaliando-se os fins visados pelo legislador, chegar-se-ia a conclusão de que, não fosse pelo expressamente previsto no artigo

41 da Lei “Maria da Penha”, toda infração penal de menor potencial ofensivo cometida no âmbito familiar poderia e deveria estar sujeita à aplicação da Lei 9.099/95, excetuando-se o instituto da transação, que só interessa ao Estado. Isso porque a mulher, numa situação de violência doméstica, necessita de processo célere. O que ela quer, em suma, não é somente o afastamento do agressor, mas também que a questão se resolva da forma mais rápida e calma possível. Na maior parte das vezes, há outros interesses envolvidos, como o dos filhos, de forma que um processo longo torna-se prejudicial, inclusive, para as relações afetivas entre as partes.

Acreditamos que essa tese se mostrará mais clara quando forem estabelecidos os previstos juizados especializados em violência doméstica e familiar contra mulher. Nada impede que esses juizados acumulem as competências criminais e cíveis que a lei já lhes atribuiu, podendo também utilizar-se do procedimento da Lei 9.099/95 para o julgamento das contravenções penais. Dessa forma, assim que uma ocorrência desse tipo fosse registrada, se presentes as partes, bastaria a autoridade policial adotar as cautelas da Lei Maria da Penha e encaminhar ao citado juizado, além do TCO, o pedido cautelar da ofendida.

O desejável, contudo, é que, criados os juizados, fossem também criadas delegacias especializadas de mulheres, adidas a esses mesmos juizados. Nessa esteira, as ocorrências já seriam registradas e as vítimas e agressores já seriam conduzidos, de pronto, a essa delegacia, que daria início ao procedimento.

O legislador, quando dispôs sobre a criação dos juizados, já previra os problemas que hoje enfrentamos nas delegacias e nas varas criminais. O prazo de 48 horas para que o delegado encerre o procedimento cautelar e remeta cópia ao juízo, bem como o prazo para que o juiz decida acerca do pedido cautelar, é exíguo. O que ocorre diuturnamente, e o que o leigo não vê, é que a maior parte do expediente é constituído por ocorrências de vias de fato e, na quase totalidade delas, somente a vítima está presente e, em outras, nenhuma das partes comparece. O resultado é que a autoridade policial não dispõe de tempo hábil para proceder a todas as diligências que a lei lhe atribuiu. De regra, a vítima comparece, apresenta a sua versão,

solicita as medidas protetivas de urgência e a autoridade remete o expediente às varas criminais, onde o juiz não terá os requisitos mínimos de *fumus comissi delicti* e de *periculum in mora* para deferir o pedido cautelar.

A lei, em verdade, criou, para a autoridade policial, o papel de advogado da ofendida. Ele a orienta e, após, elabora o pedido cautelar de medidas protetivas de urgência. Bastava, apenas, ter previsto a criação de juizados para esse fim, conforme exposto, onde as partes seriam conduzidas a uma delegacia adida especializada de mulheres e, já havendo um defensor público de plantão, ele representaria os interesses das partes. Outro equívoco é que, considerando que a grande maioria dos crimes cometidos no ambiente familiar são de menor potencial ofensivo, não havia a necessidade de suprimir a aplicação do rito sumaríssimo. Contudo, tendo a lei assim disciplinado, deve-se reconhecer que, quanto às contravenções, a aplicação da Lei 9.099/95, à exceção do instituto da transação, é perfeitamente possível.

Outro fator que gera divergências é saber se a iniciativa da ação penal nos crimes de lesões corporais leves e nas contravenções de vias de fato é condicionada à representação da ofendida. A Lei parece ter tratado do assunto representação com muita seriedade, haja vista que a mulher em situação de violência familiar sofre toda sorte de pressões por parte do agressor. Por isso, em seu artigo 16, a nova Lei dispõe que, uma vez representando, não poderá a ofendida “renunciar” sem audiência especialmente realizada para esse fim, ouvido o Ministério Público. Obviamente, a expressão “renunciar” foi equivocadamente utilizada. Não se trata de renúncia, mas de desistência ou retratação, uma vez que só se pode renunciar a um direito que ainda não foi exercido.

A representação volta a ter, a partir do advento da Lei 11.340/06, papel relevante no processo penal. A jurisprudência anteriormente entendia que qualquer manifestação da vítima poderia ser interpretada como representação, não sendo necessário o formalismo. Hoje, cremos que a jurisprudência haverá de rever esse entendimento, haja vista que, sem o formalismo, a previsão legal da audiência específica para fins de retratação perde sua razão de ser. Ainda mais porque, na prática, muitas das vezes quem chama a polícia para agir em caso de

violência doméstica é um vizinho que presencia o desentendimento do casal. A ocorrência chega nas mãos do delegado de polícia e ninguém sabe quem acionou o Estado. Ocorre que, quando o expediente chega ao juízo, há uma mera suposição de que a ofendida representou, quando nem mesmo desejava que qualquer providência tivesse sido tomada.

No caso que já tivemos a oportunidade de citar, o expediente tramitou durante aproximadamente um ano e, em todas as oportunidades em que a vítima se manifestou, demonstrou expressamente não ter nenhum interesse no prosseguimento do feito. Ainda assim, o Ministério Público requisitou o retorno dos autos à delegacia para a instauração do inquérito policial e demais exigências da Lei 11.340/06. Ora, se a vítima não representou formalmente e, pior, se manifestou expressamente seu desinteresse, é porque não há urgência e, por conseguinte, não há necessidade de aplicação da Lei “Maria da Penha”.

A representação formal, portanto, tornou-se imprescindível para o correto trâmite do procedimento nos casos de violência doméstica ou familiar contra mulher, haja vista que a incerteza dá ensejo a situações constrangedoras para a própria vítima. Contudo, enquanto nos crimes onde a lei prevê expressamente a necessidade de representação, a interpretação não gera maiores controvérsias, nos casos de lesões corporais leves e vias de fato, os operadores do direito têm encontrado dificuldades hermenêuticas em razão das diversas alterações legislativas.

Quanto às lesões corporais leves praticadas no âmbito de abrangência da Lei “Maria da Penha”, parece inegável que voltaram a ter a iniciativa da ação penal incondicionada, da mesma forma que sempre foram, até o ano de 1995, quando a Lei 9.099, em seu art. 88, condicionou a iniciativa da ação penal à representação da vítima nos crimes de lesões leves e culposas.

Com a Lei 9.099/95, todos os crimes de lesões corporais leves e culposas, de menor potencial ofensivo portanto, passaram a ser de ação penal pública condicionada à representação, e nessa esteira vieram as contravenções penais de vias de fato, pois os Juizados chegaram à conclusão de que, se as lesões corporais estão condicionadas, com muito mais razão deveriam estar também as vias de fato, haja vista que constituem elas infrações de potencial ofensivo ainda menor.

Ocorre que, com a vigência da Lei 11.340/06, além de seu artigo 41 determinar que não mais se aplica a Lei 9.099/95 aos crimes praticados contra mulher no âmbito familiar, ela também alterou o parágrafo 9º do artigo 129 do Código Penal, aumentando a pena máxima do crime de lesões corporais cometidas entre familiares para três anos, o que os retira do rol dos crimes de menor potencial ofensivo. Ora, se aos crimes abordados pela Lei “Maria da Penha” não se aplica a Lei 9.099/95, obviamente, não se pode aplicar o artigo 88 deste mesmo diploma às lesões leves praticadas contra mulher nas relações domésticas.

Ainda assim, muitos vêm entendendo que, apesar das razões expostas acima, o artigo 88 da Lei 9.099/95 ainda está em vigor e, por isso, ainda é aplicável às lesões corporais leves, mesmo que praticadas contra mulher nas relações domésticas ou familiares. Alguns chegam a justificar essa posição na Lei Complementar 95/98, asseverando que não é mais possível a revogação tácita no direito pátrio.

Com a devida vênia desses intérpretes, não se trata de revogação. Obviamente, o artigo 88 da Lei 9.099/95 encontra-se vigente e aplica-se às lesões corporais leves, desde que não se tenham produzido no âmbito das relações familiares, porque estas passaram a não ser mais de menor potencial ofensivo. Diga-se de passagem, mesmo que a lesão leve tenha sido produzida entre dois irmãos, a ação será pública incondicionada, porque a lei, ao aumentar a pena máxima do parágrafo 9º do art. 129 para três anos, retirou a incidência Lei 9.099/95. Assim, a lesão corporal leve produzida em qualquer outra situação, mesmo que dolosa, terá a sua ação condicionada à representação, mas a lesão corporal leve dolosa produzida nas relações familiares, seja a vítima mulher ou homem, será de ação pública incondicionada.

Esse entendimento encontra respaldo, também, na interpretação teleológica. A ação penal é condicionada à representação, por um fator de política criminal, quando se entende que o interesse do Estado é “menor” que o da parte. Se o interesse é da parte ofendida, restando o Estado interessado apenas subsidiariamente, somente se procede caso a vítima “peça” ao Estado para agir. Se ela não “pedir”, o que se faz via representação, o Estado não tem legitimidade para fazer valer o seu *jus puniendi*. Na via inversa, se o interesse do Estado sobrepõe-se ao da vítima, a iniciativa será incondicionada.

Quando o Estado elabora uma lei dispondo que, a partir daquele momento, a ação nas lesões leves e nas culposas (de menor potencial ofensivo) estão condicionadas à representação, na verdade, está admitindo que o interesse da parte ofendida é o que importa. Nesse caso, se a parte não deseja acionar o Estado, este não poderá agir por sua própria conta.

A contrário senso, mas usando o mesmo raciocínio, se esse mesmo Estado elabora outra lei, retirando o crime do rol das infrações de menor potencial ofensivo, proibindo a aplicação da Lei 9.099/95 e, não menos importante, dispondo que, nos crimes em que caiba a representação, a parte não poderá desistir sem a apreciação do Judiciário e do Ministério Público uma vez apresentada a representação, é porque, agora, passou a considerar o seu interesse maior que o da ofendida.

Mister ainda se faz ressaltar que, nas situações de violência doméstica, muitas das vezes a ofendida não tem coragem de procurar ajuda policial ou judicial pelo temor de sobrevirem conseqüências ainda mais graves. Se a ação fosse condicionada à representação, o Estado jamais poderia agir, deveria observar a situação da parte ofendida inerte, seguindo o ditado que diz que “em briga de marido e mulher não se mete a colher”, o que causa repugnância na sociedade moderna. Portanto, o mais óbvio é concluir que, hoje, todo crime de lesões corporais no âmbito familiar é de ação penal pública incondicionada.

E quanto às vias de fato? Parece que as vias de fato não podem receber o mesmo tratamento. Aliás, nos dias atuais, deveríamos rever nosso tratamento quando às contravenções em geral. As influências externas, notadamente as tedescas e as ibéricas, nos levam a crer que o Direito Penal não se presta à tutela desse tipo de infração.

A ação penal nas contravenções sempre foi incondicionada, por ausência de previsão quanto à representação. Ocorre que a jurisprudência dos Juizados, conforme ressaltado, vinha entendendo que, se a iniciativa da ação nas lesões leves foi condicionada, então, com muito mais razão haveria de ser também a relativa às vias de fato.

Após as mudanças introduzidas pela Lei “Maria da Penha”, deveriam as vias de fato receber o mesmo tratamento das lesões

corporais leves? A resposta também encontra amparo nas mesmas razões já expostas. Exige-se representação por dois motivos básicos: a lei aumentou a pena do crime de lesões corporais, não a das vias de fato, que obviamente continuam na qualidade de infrações de menor potencial ofensivo; o art. 41 da Lei 11.340/06, conforme nosso entendimento, não abrange contravenções, o que impõe reconhecer a aplicação analógica do art. 88 da Lei 9.099/95 às vias de fato.

O que mudou no tratamento dado às vias de fato, então, após o advento da Lei “Maria da Penha”? Muito, todas as medidas que constam na Lei “Maria da Penha” lhes são aplicáveis. Ocorre que o procedimento não merece retoque. É possível a aplicação prática da Lei 9.099/95, independentemente de qual seja o juízo competente para a sua aplicação, e é até mesmo desejável que se aplique, em função da sua celeridade. Não há empecilho legal, haja vista a falta de previsão da contravenção no art. 41 da lei, mas sim lógico, no que tange à transação. O que não se pode fazer é a autoridade policial remeter um TCO para a Justiça sem observar as exigências da lei. Carecendo de mudança processual, certo é que a representação também se mantém, ressaltando-se que, havendo representação, não pode a ofendida desistir sem que se realize audiência para esse fim, conforme a lei determina.

Concluindo, o que muitos ainda não vislumbram é a finalidade que a nova Lei “Maria da Penha” visa alcançar. Todos os casais, todas as famílias têm “altos e baixos”. Desentendimentos, discussões, diferenças pessoais, muitas vezes, ainda irão terminar em insultos e agressões. Isso nem sempre se traduz, contudo, em uma real situação de violência familiar. A lei existe para tutelar os interesses daquelas mulheres que, constantemente violentadas e agredidas por seus companheiros, não encontram uma saída pacífica para o problema.

Nessa esteira, não se pode tratar todas as situações da mesma forma. Ainda existem diferenças entre crimes de menor e maior potencial ofensivo, como também existem reais situações de violência doméstica e casos esporádicos. O procedimento previsto na Lei 9.099/95, excepcionando-se a transação, é perfeitamente passível de ser aplicado aos casos de vias de fato, mesmo que praticadas entre familiares, desde que haja representação da vítima. Por outro lado,

as lesões corporais merecem uma tutela repressiva mais ampla e o Estado deve agir *ex officio* para coibir a violência; por isso a ação, nessas hipóteses, tem a sua iniciativa incondicionada. Acreditamos que, futuramente, juizados especialmente destinados a solucionar os problemas das mulheres em situação de violência doméstica serão, de fato, instituídos, e essas questões controvertidas serão devidamente pacificadas. Até lá, cabe a nós, operadores do direito, interpretar a norma e aplicá-la com mais critério, observando a sua finalidade, sob pena de causar às partes mais prejuízo do que benefícios. ☐

Considerações sobre a Função do Juiz Leigo e a Lei (estadual) 4.578/05: Contribuições para a Aceleração do Processo

Felipe Machado Caldeira

Advogado e Professor universitário. Pós-graduado em Direito Público e Direito Privado pela EMERJ. Mestrando em Direito Penal - UERJ.

1. CONSIDERAÇÕES PRÉVIAS

A dinâmica da sociedade capitalista globalizada, caracterizada pela constante produção e circulação de produtos e serviços, impuseram aos Poderes Legisladores de cada Estado que legislassem para atender as necessidades decorrentes das novas relações jurídico-sociais travadas. Para tanto, em âmbito nacional, por exemplo, no ano de 1990, editou-se o Código de Proteção e Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90).

No âmbito processual, as exigências também foram significativas. Na década de 90, observou-se que o sistema processual então vigente não atendia aos anseios desta sociedade, impondo-se sua inovação. Então, editou-se a Lei 9.099/99 que criou os Juizados Especiais Cíveis, cuja principal promessa era a prestação da tutela jurisdicional aos casos de menor complexidade, de forma célere.

A dogmática carreada pela Lei 9.099/95 buscou atender a dois princípios em destaque entre os processualistas contemporâneos, preocupados e atentos à dinâmica da mudança das relações sociais. São

os princípios do acesso à justiça e da efetividade do processo, ambos constitucionalizados pelo Poder Constituinte Originário e Derivado Reformador (artigo 5º, LXXIV e LXXVIII, da CFRB/88, respectivamente).

No entanto, não são desconhecidas as dificuldades existentes para se alcançar o patamar de vigência plena da Lei 9.099/95. Portanto, a implementação do espírito emanado por tais princípios, positivados pela Lei 9.099/95, não será alcançado apenas pela criação de instrumentos normativos, que possuem por atributo a abstração, eis que é notório o prematuro congestionamento do procedimento célere criado pela referida Lei. Faz-se necessário instrumentalizá-los por meio de ações concretas.

Cândido Dinamarco já alertava ser

“... tempo de integração da ciência processual no quadro das instituições sociais, do poder e do Estado, com a preocupação de definir funções e medir a operatividade do sistema em face da missão que lhe é reservada. Já não basta aprimorar conceitos e burilar requintes de uma estrutura muito bem engendrada, muito lógica e coerente em si mesma, mas isolada e insensível à realidade do mundo em que deve estar inserida¹.”

Os prazos processuais jamais correspondem aos prazos emocionais, e haverá este descompasso enquanto não se alcançar à efetividade das normas jurídicas da Lei 9.099/95. Todavia, existe o compromisso firme de alcançar a pacificação social, requerendo um novo sentido de se pensar a humanização da Justiça. Logo, é necessário que o ato estatal prolatado pelo Poder Judiciário concentre-se no princípio da dignidade da pessoa humana, fundamento da República Federativa do Brasil (artigo 1º, III, da CFRB/88), que pode ser entendido como qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano, que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano.

¹DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 10.

Neste sentido, Flávia Piovesan leciona que “o valor da dignidade da pessoa humana impõem-se como núcleo básico e informador de todo o ordenamento jurídico”², o que também vale para as ciências processuais, acrescentando que,

“... no intuito de reforçar a imperatividade das normas que traduzem direitos e garantias fundamentais, a Constituição de 1988 institui o princípio da aplicabilidade imediata dessas normas, nos termos do art. 5º, parágrafo 1º. Este princípio realça a força normativa de todos os preceitos constitucionais referentes a direitos, liberdades e garantias fundamentais, prevendo um regime jurídico específico endereçado a estes direitos. Vale dizer, cabe aos Poderes Públicos conferir eficácia máxima e imediata a todo e qualquer preceito definidor de direito e garantia fundamental”³.”

Reforçando todo o exposto, o Poder Constituinte Derivado Reformador editou a Emenda Constitucional 45, que erigiu a direito fundamental o direito da pessoa a duração razoável do processo (artigo 5º, LXXVIII, da CFRB/88), o que já se encontrava implícito no próprio princípio da dignidade da pessoa humana.

E, como as normas não existem para criar ou engessar a sociedade, mas para exprimi-la e modelá-la, não se pode acreditar que, apenas com a edição de determinadas normas jurídicas, o mundo se tornará mais justo e solidário, bem como que os processos tramitarão de forma mais célere e que, ao final, seu resultado será mais justo. Logo, este princípio também precisa ser efetivado.

Nesse sentido, já atendendo o escopo da Emenda Constitucional 45, o Estado do Rio de Janeiro foi pioneiro nos avanços de tornar o processo mais célere mediante a elaboração das Leis estaduais 2.556/96 e 4.578/05, que amparam a importante função exercida pelos juízes leigos.

² PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*, ed. Max Limonad, 1996, p. 59.

³ PIOVESAN, Flávia. *Op. cit.*, p. 63-64.

2. ENFOQUE ADOTADO

São raríssimas as obras a respeito dos Juizados Especiais que chegam a comentar sobre a necessidade de se adotar o trabalho do juiz leigo.

O Estado do Rio de Janeiro adotou um sistema inovador que tem por objetivo tornar a prestação da tutela jurisdicional adequada e eficiente, a fim de atender as expectativas da sociedade.

Portanto, este artigo tem por objetivo abrir o debate sobre a relevante contribuição dos juízes leigos para a prestação da tutela jurisdicional no Estado do Rio de Janeiro. Para tanto, faz-se necessária uma breve introdução sobre a dogmática e principiologia que influenciaram a criação deste relevante papel, para somente depois adentrar nas questões que se apresentam sobre a função e Lei estadual 4.578/05.

3. JUIZADOS ESPECIAIS CÍVEIS ESTADUAIS

Os Juizados Especiais Cíveis foram criados pela Lei 9.099/95 e idealizados, no Estado do Rio de Janeiro, pela Lei estadual 2.556/96, cuja matriz constitucional encontra-se consubstanciada no artigo 98, I, da CFRB/88. Portanto, está caracterizada a importância do instituto que, por constar expressamente previsto na Constituição em consequência da evolução política, jurídica e social, assume papel relevantíssimo no aperfeiçoamento do Poder Judiciário, tanto por seu acesso democrático, como pela efetiva prestação da tutela jurisdicional.

Para revestir o procedimento com a eficiência necessária, não bastaria apenas criar os Juizados Especiais Cíveis com competência específica de natureza de menor complexidade, mas também dotá-los de rapidez e agilidade, o que foi alcançado, em parte, pelos princípios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade. Isso nada mais é do que a densificação do princípio da economia processual, que determina a obtenção do máximo de rendimento com o mínimo de atos processuais necessário.

No Estado do Rio de Janeiro, embora os Juizados Especiais Cíveis já tenham sido instalados em grande número e localidades – diversas regiões

e municípios⁴ –, a sua procura é cada vez maior pela população⁵, que, felizmente, está cada vez mais informada sobre seus direitos.

Todavia, o Poder Judiciário tem que atender a essa demanda crescente de maneira adequada e satisfatória a atender os escopos sociais do processo – e não apenas da maneira mais efetiva possível –, sendo a figura do juiz leigo um instrumento apto à concretização deste objetivo.

4. O PAPEL DO JUIZ LEIGO E A SUA ADOÇÃO NECESSÁRIA NOS JUIZADOS ESPECIAIS CÍVEIS

4.1. Considerações prévias

É notória a dificuldade que os Tribunais nacionais possuem em prover seus órgãos judiciais, mesmo os já existentes, com juízes togados, eis que são as vagas que acabam disputando os candidatos nos concursos para ingresso na carreira da magistratura em todo o País.

Em relação aos processos que tramitam nos Juizados Especiais Cíveis, observa-se que sua solução, na maioria das vezes, é simples e rápida, o que não impede que sejam utilizados juízes leigos na formulação de soluções aos casos concretos.

4.2. Denominação

É necessário esclarecer que “o juiz leigo” não quer dizer juiz que não conhece nada do Direito. Significa apenas que não exerce a função jurisdicional, esta incumbida aos órgãos jurisdicionais. É por isso que existe expressa previsão na Lei 9.099/95 de que os atos dos juízes leigos - de natureza administrativa – deverão ser homologados pelo juiz togado.

4.3. Benefícios

Dentre os inúmeros benefícios oriundos da Lei estadual 4.578/05 e da criação da função de juiz leigo no Estado do Rio de Janeiro, destacam-se os benefícios da economia financeira, da celeridade processual, da alta especialização, da oxigenação dos Juizados Especiais Cíveis e, por fim, inúmeros benefícios imediatos ao Tribunal de Justiça,

⁴ Só na comarca da capital, 26 Juizados Especiais Cíveis estão instalados. No interior do Estado, são mais 33.

⁵ Há Juizados cuja distribuição mensal supera os 1.000 processos.

e mediatos à sociedade, quando da eventual aprovação no concurso para ingresso na carreira da magistratura.

4.3.1. Benefício da economia financeira

A adoção da figura do juiz leigo se amolda com perfeição às idéias extraídas da relação de custo-benefício, uma vez que os custos de um juiz leigo representam aproximadamente 5% do custo com um juiz de direito para Tribunal de Justiça, não apenas em questões remuneratórias, mas também em questões estruturais.

4.3.2. Benefício da celeridade

Conforme expressamente previsto na Lei, cabe aos juízes leigos realizar 10 (dez) audiências de conciliação, instrução e julgamento por dia de trabalho. Isso representará para cada juiz leigo, no mínimo, 80 (oitenta) processos por mês. Levando-se em consideração que existem Juizados Especiais Cíveis com até 6 (seis) juízes leigos, a produção mensal desse Juizado será excepcional, com quase 500 (quinhentas) audiências de conciliação, instrução e julgamento e projetos de sentença, o que representa, tranqüilamente, o número total de processos ajuizados num único mês⁶.

4.3.3. Benefício da alta especialização

A função de juiz leigo é prevista para atuar exclusivamente nos Juizados Especiais. Este fator, aliado à excelência dos estudos prestados pela Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro (EMERJ), enseja que estes personagens sejam altamente especializados com a matéria que lidam no dia-a-dia.

Enquanto um juiz de direito deve possuir conhecimento amplo de todas as matérias do Direito, eis que não está vinculado apenas aos Juizados Especiais Cíveis, o juiz leigo está legalmente vinculado

⁶ Conforme as estatísticas elaboradas pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, nos três primeiros meses de atuação, foram realizadas e elaboradas por juízes leigos 2.881 audiências e 1.635 projetos de sentença no mês de outubro de 2005; 3.323 audiências e 2.364 projetos de sentença no mês de novembro de 2005 e 3.955 audiências e 2.667 projetos de sentença em dezembro de 2005. Por estes números, observa-se que a produção dos juízes leigos nos Juizados Especiais Cíveis cresce quase 20% por mês, cumprindo registrar, ainda, que esta produção se refere ao trabalho de cerca de 60 juízes leigos que atuam, na sua maioria, na comarca da Capital. E hoje já se observam processos cujo desfecho se dá em poucos meses, tais como os que tramitam no X Juizado Especial Cível, onde, em poucos meses, provavelmente se dará num único mês.

a eles. Conclui-se, portanto, que, por não se exigir do juiz leigo amplo conhecimento de todos os ramos do Direito, permite-se que ele aprofunde seus conhecimentos nas matérias que comumente tramitam nos Juizados Especiais Cíveis. Explica-se: a competência dos Juizados Especiais Cíveis reside na solução de questões de menor complexidade, sendo que questões relativas a relação de consumo, acidente de trânsito e problemas de vizinhança praticamente exaurem esta competência, propondo as soluções mais justas e adequadas ao caso concreto, tudo conforme os entendimentos mais atuais da doutrina e jurisprudência.

4.3.4. Benefício da oxigenação dos Juizados Especiais Cíveis

A Lei estadual 4.578/05, ao prever que a função de juiz leigo será exercida por alunos da EMERJ e pelo prazo máximo de 2 (dois) anos, permite uma renovação periódica daqueles que ocupam tais funções. Conseqüentemente, promover-se-á uma oxigenação nos entendimentos pelos alunos da EMERJ, que durante o curso, estão em constante atualização doutrinária e jurisprudencial, bem como são personagens de constantes e profundos debates sobre as questões jurídicas mais relevantes e atuais.

4.3.5. Benefícios imediatos ao Tribunal de Justiça e mediatos à sociedade, quando da eventual aprovação no concurso para ingresso na carreira da magistratura

Primeiramente, não se defende a tese de aproveitamento imediato pelo Tribunal sem concurso público, o que clama o absurdo, porque certamente, seria flagrantemente inconstitucional por violar inúmeros dispositivos da Constituição.

O que se afirma, e até mesmo por uma questão lógica, é que reside grande interesse do Tribunal de Justiça na formação dos juízes leigos.

É cediço que os candidatos que buscam os estudos propostos pela EMERJ objetivam a carreira da magistratura, até porque esta é uma de suas finalidades. Ademais, os alunos que prestaram o concurso para juiz leigo também anseiam exercer a função de juiz de direito, e o exercício daquela função oportuniza aos seus aprovados conta-

to direto com o dia-a-dia de um magistrado. Por fim, a experiência oferecida aos juízes leigos pela presidência de audiências de conciliação, instrução e julgamento e elaboração de projetos de sentenças permite iniciar o exercício da função como magistrado com uma extensa e profunda experiência que, certamente, trará benefícios de ordem processual e material.

Portanto, com a eventual aprovação do juiz leigo no concurso público para a carreira da magistratura, o Tribunal de Justiça estará incorporando ao seu quadro de juízes de direito um candidato com vasta e profunda experiência na presidência de audiências de conciliação, instrução e julgamento e elaboração de projetos de sentença, conferindo maior celeridade na prestação da tutela jurisdicional, eis que estará apto a exercer a função jurisdicional de imediato, com segurança e tranqüilidade.

5. AS QUESTÕES QUE SE APRESENTAM: A CONSTITUCIONALIDADE DOS ATOS PRATICADOS PELOS JUÍZES LEIGOS E DA LEI ESTADUAL 4.578/05

A função do juiz leigo encontra-se constitucionalmente prevista, de forma expressa, no artigo 98, I, da CFRB/88. No entanto, dada a relevância da função por ele desempenhada, por uma interpretação sistemática, pode-se encontrar fundamento em inúmeras passagens da Constituição, sendo a mais relevante, conforme já destacado, aquela contida implicitamente no artigo 1º, III, da CFRB/88.

Logo nos primeiros dias de atuação, surgiu a tese de que haveria inconstitucionalidade na função exercida pelos juízes leigos, o que eivaria de nulidade todo o processo por ele instruído, desde a audiência de conciliação, instrução e julgamento, e certamente comprometeria os fins objetivados pela criação dessa função.

Ademais, a doutrina nacional foi contemplada com artigo de um jovem e promissor jurista carioca, que sustenta haver inconstitucionalidade material e formal da Lei estadual 4.578/05⁷.

Não obstante o brilhantismo daqueles que sustentam tais teses, seus argumentos mostram-se bastante frágeis diante da melhor inter-

⁷BRANDO, Marcelo Santini. "Apontamentos sobre a inconstitucionalidade da Lei Estadual nº 4.578/05. Juízes leigos do Estado do Rio de Janeiro". Jus Navigandi, Teresina, a. 9, n. 773, 15 ago. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7131>>. Acesso em: 24/01/2005.

pretação e compreensão dos princípios e das normas jurídicas, em especial sob o aspecto da efetividade da ordem jurídica e do princípio da dignidade da pessoa humana.

5.1. A constitucionalidade da função e dos atos realizados pelos juízes leigos

5.1.1. A constitucionalidade da função de juiz leigo

É certo que, embora parcela brilhante da doutrina⁸ entenda serem inconstitucionais as normas contidas nos artigos 37 e 40, da Lei 9.099/95, uma vez que somente o juiz togado poderia presidir a audiência de conciliação, instrução e julgamento, por força dos princípios da inafastabilidade do controle pelo Poder Judiciário, do juiz natural e do devido processo legal, tal posicionamento é despido de todo e qualquer fundamento constitucional, legal ou jurídico.

Segundo o melhor entendimento, e também majoritário⁹, é plenamente constitucional e legal a realização de audiência de conciliação, instrução e julgamento (artigo 37) e prolação de sentenças (artigo 40) por juiz leigo, uma vez que ele estará apenas prestando um auxílio ao juiz togado, que o mantém sob sua supervisão. A função do juiz leigo, além de presidir audiências de conciliação, instrução e julgamento, é de elaborar, tão-somente, o que se convencionou denominar de projeto de sentença, mas o ato continua sendo essencial ao magistrado.

5.1.2. A constitucionalidade dos atos realizados pelos juízes leigos

São inúmeros os argumentos constitucionais que alicerçam a legitimidade da atuação dos juízes leigos nos Juizados Especiais Cíveis. Primeiro, pela própria previsão expressa da função no artigo 98, I, da CFRB/88, mas também, e principalmente, pela principiologia consubstanciada na Constituição.

Pelo princípio da inafastabilidade do controle pelo Poder Judiciário (artigo 5º, LIII, da CFRB/88), será inconstitucional qualquer norma

⁸ Com destaque para o processualista Vicente Greco Filho e o constitucionalista Maurício Antônio Ribeiro Lopes. *In* ROCHA, Felipe Borring. **Juizado Especial Cível**. 4ª ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 203.

⁹ Defendendo esta tese, Cândido Rangel Dinamarco e Alexandre Câmara. *In* ROCHA, Felipe Borring. *Op cit.* p. 205.

que impeça ao titular do direito de ação pleitear a tutela jurisdicional, o que não ocorre quando um juiz leigo preside uma audiência de conciliação, instrução e julgamento ou elabora um projeto de sentença, uma vez que este estará em todo momento sendo supervisionado pelo juiz togado. Outrossim, pode-se aplicar analogicamente o artigo 40, da Lei 9.099/95 quando o juiz togado discordar da decisão do juiz leigo, podendo haver reprodução da fase probatória quando aquele entender conveniente à instrução do processo, à obtenção da justiça e à garantia dos princípios processuais constitucionais. Por fim, cumpre observar que o juiz leigo não exerce jurisdição, e sim, uma função administrativa necessariamente vinculada à supervisão do juiz togado, que exerce efetivamente a jurisdição.

Em relação ao princípio do juiz natural, são seus desdobramentos o fato de que só são órgãos jurisdicionais aqueles instituídos pela Constituição, que ninguém pode ser julgado por órgão constituído *post factum* e a existência de ordem taxativa de competência entre os órgãos jurisdicionais. Logo, também não há que se falar em afronta ao princípio do juiz natural quando o juiz leigo preside uma audiência de conciliação, instrução e julgamento ou elabora um projeto de sentença, porquanto que, como já exaustivamente consignado, este estará a todo o momento sob vinculação e supervisão direta do juiz togado, que terá a responsabilidade de homologar o trabalho realizado pelo juiz leigo.

Quanto ao princípio do devido processo legal, que significa a possibilidade efetiva de a parte ter acesso à justiça, deduzindo a pretensão e defendendo-se do modo mais amplo possível, a função exercida pelo juiz leigo vem colaborar e confirmar este princípio, uma vez que confere celeridade ao desfecho do processo, fazendo cumprir a previsão constitucional de duração razoável do mesmo.

Por fim, quanto ao direito de acesso à jurisdição, pode-se afirmar que se constitui em um direito subjetivo do cidadão, constitucionalmente assegurado, que lhe garante a prestação da atividade jurisdicional quando o cidadão a ela recorre. E compreende a sua prestação eficiente, justa e célere, por meio da efetiva aplicação do direito.

Com efeito, por toda essa base principiológica de matriz constitucional, não só o acesso à Justiça está constitucionalmente garantido,

mas todos os meios que tornem esse acesso seguramente eficaz. E neste quadro se encaixa a função desempenhada pelos juízes leigos.

Ademais, no aspecto jurídico, a decisão proferida pelo juiz leigo somente terá eficácia após a homologação pelo juiz togado, quando passará ao *status* de sentença.

A jurisdição não se caracteriza na atividade de julgamento realizada pelos órgãos jurisdicionais, eis que há no julgamento uma dupla atividade. Há a atividade intelectual, que se consubstancia no conteúdo da sentença, e a atividade volitiva, que confere força de sentença ao projeto de sentença elaborado pelo juiz leigo, pelo querer do órgão jurisdicional ao qual se encontrar vinculado. Tais funções podem ser exercidas por pessoas diferentes, no entanto, esta última é que deve ser realizada pelo juiz de direito, pois é quem exerce a jurisdição.

Nos Juizados Especiais Cíveis do Estado do Rio de Janeiro, o juiz leigo profere julgamento apenas como atividade meramente intelectual. É a homologação pelo juiz togado que lhe dá força de sentença, quando ocorre o exercício da atividade volitiva.

Ademais, a tese de nulidade não encontra qualquer embasamento doutrinário, legal ou jurisprudencial, uma vez que a redação do artigo 7º da Lei 9.099/95 menciona que os juízes leigos somente poderão diligenciar para obter a conciliação entre as partes ou adotar qualquer outra postura sem entrar no mérito da questão. Pelo contrário, nos artigos 24 a 26 da Lei 9.099/95 estão expressas as competências desse verdadeiro Auxiliar da Justiça, a quem cabe conduzir o processo com os mesmo critérios do juiz de direito, na forma dos artigos 5º e 6º da Lei, portanto, com liberdade para determinar as provas a serem produzidas e apreciá-las, adotando a decisão – projeto de sentença – que reputar mais justa, devendo apresentá-la ao juiz togado para homologação.

Impõe-se, inclusive, a condenação por litigância de má-fé das partes que pretenderem fugir de sua responsabilidade perante a Justiça adotando técnicas processuais para procrastinar o feito, uma vez que se terá pretensão deduzida contra texto expresso de lei, procedendo de modo temerário e opondo resistência injustificada ao processo, o que reputo litigante de má-fé, com fundamento nos artigos 14, II c.c.

20, § 4º, todos do CPC, cuja quantificação deverá ter como respaldo o princípio da razoabilidade.

E pela teoria das nulidades, impõe-se declarar determinado ato nulo quando ele não for praticado em conformidade com sua cominação legal predisposta abstratamente pelo Poder Legislativo, violando norma de ordem pública, o que não ocorre no caso concreto, uma vez que a eficácia dos atos prolatados pelos juízes leigos fica condicionada a homologação pelo juiz togado.

5.2. A constitucionalidade da Lei estadual 4.578/05

No ponto anterior, demonstrou-se com clareza e profundidade os inúmeros fundamentos constitucionais que amparam a função e os atos realizados pelos juízes leigos. Cumpre, ainda, enfrentar algumas questões que já se apresentaram sobre a Lei estadual 4.578/05, que regulamentou a função do juiz leigo no Estado do Rio de Janeiro.

5.2.1. Constitucionalidade formal

O artigo 98, I, da CFRB/88 prevê a função dos juízes leigos, cumprindo tanto à União quanto aos Estados sua criação. Já o artigo 22, I, da CFRB/88 dispõe sobre a competência privativa da União em legislar sobre direito processual, sendo exatamente isso que ocorreu quando foi editada a Lei 9.099/95.

Em seguida, temos o artigo 24, XI, parágrafos 1º e 2º, que possibilita aos Estados legislarem supletivamente sobre procedimento em matéria processual diante da norma geral.

É exatamente isso que ocorre com o advento da Lei estadual 4.578/05. Primeiro, porque existe lei geral, que é justamente a Lei 9.099/95, limitando-se a delinear seus traços fundamentais, inclusive da função de juiz leigo, tal como o faz nos artigos 37 e 40. Ademais, o Estado, exercendo sua competência concorrente em relação à matéria de procedimento, editou a Lei estadual 4.578/05, que veio a conferir conteúdo às disposições da Lei 9.099/95, antes sem qualquer aplicabilidade, justamente por se tratar de norma geral, pendente de regulamentação.

Nesse sentido, não existe qualquer incompatibilidade formal entre a Lei estadual 4.578/05 e a Constituição. Pelo contrário, exis-

te uma harmonia plena no exercício das competências pelos entes federados.

5.2.2. Constitucionalidade material

5.2.2.1. Princípio da isonomia

Cumpra esclarecer, primeiramente, que, segundo o artigo 10, parágrafo único da Lei estadual 1.385/88, todo aluno da EMERJ, a partir do terceiro semestre, é obrigado a realizar estágio com supervisão de juízes de direito.

Então, a alteração realizada pela Lei estadual 4.578/05 na Lei estadual 1.385/88 nada mais fez do que conferir à relação jurídica travada entre a EMERJ e o juiz leigo a natureza jurídica de estágio.

Esta natureza é reafirmada no parágrafo 1º do artigo 12 da Lei estadual 2.556/96 quando estabelece um prazo máximo de dois anos para o exercício da função de juiz leigo.

Portanto, quando se fala em princípio da isonomia para o concurso público de seleção para o exercício da função de juiz leigo, deve-se voltar os olhos única e exclusivamente aos alunos da EMERJ, uma vez que a própria lógica enseja que, para ser estagiário da EMERJ, deve-se, primeiramente, ser aluno da Escola.

Segundo leciona Alexandre de Moraes,

“... a desigualdade na lei se produz quando a norma distingue de forma não razoável ou arbitrária um tratamento específico a pessoas diversas. Para que as diferenciações normativas possam ser consideradas não discriminatórias, torna-se indispensável que exista uma justificativa objetiva e razoável, de acordo com critérios e juízos valorativos genericamente aceitos, cuja exigência deve aplicar-se em relação à finalidade e efeitos da medida considerada, devendo estar presente por isso uma razoável relação de proporcionalidade entre os meios empregados e a finalidade perseguida, sempre em conformidade com os direitos e garantias constitucionalmente protegidos”¹⁰.

¹⁰ MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 10ª ed. São Paulo: Atlas, 2001, p. 63.

Então, conclui-se inexistir qualquer ofensa ao princípio da isonomia quando se restringe o exercício da função de juiz leigo aos alunos da EMERJ a partir do terceiro semestre do Curso de Preparação.

Ademais, segundo disposto no artigo 3º, da Lei estadual 4.578/05, o concurso público para ingresso no Curso de Preparação para a Carreira da Magistratura da EMERJ supre o concurso público para juiz leigo, salvo se o número de candidatos for superior ao número de vagas (artigo 4º). Ou seja, o concurso público para o exercício da função de juiz leigo não é obrigatório, e nem poderia ser, uma vez que se tratando de natureza jurídica de estágio, sendo o número de candidatos insuficiente ao preenchimento das vagas, o concurso estará dispensado.

5.2.2.2. Princípio da razoabilidade e a Emenda Constitucional 45

Faz-se necessária a análise da questão sob o prisma do princípio da razoabilidade, constitucionalmente implícito, que exige observância, no seu aspecto interno, de seus três sub-princípios: adequação – adequação entre o meio empregado e os fins da lei –, utilidade – dentre os meios possíveis, deve ser eleito aquele que traga maior utilidade com a menor onerosidade aos direitos fundamentais – e proporcionalidade em sentido estrito – ponderação entre o ônus imposto e o benefício trazido.

Considerando que a Lei estadual 4.578/05 encontra-se em harmonia com o princípio da isonomia, deve-se observar também, com olhos neste princípio, que, em harmonia com o princípio da razoabilidade, o grau de excelência da EMERJ é notório em todo o meio jurídico nacional, tanto que a prova de ingresso na Escola é extremamente concorrida, além de nem sempre serem preenchidas todas as vagas disponíveis. E, ainda, em sua grande maioria, os alunos objetivam a carreira da magistratura, o que os faz direcionar seus estudos para o concurso de ingresso na carreira, tornando-os os personagens ideais ao exercício da função de juiz leigo.

Ademais, não é todo e qualquer aluno da Escola que se candidata ao concurso para exercer a função de juiz leigo, mas tão-somente aqueles com pelo menos um ano de curso ou até um ano de formado. E isso se justifica, pois os alunos cursam um módulo específico de Técnica de Sentença, o que lhes permite estudar suas peculiaridades e praticar a sua elaboração, conferindo-lhes dinamismo e eficiência na sua feitura.

Outrossim, são dois anos e meio de curso com um excelente corpo docente e, já a partir do terceiro semestre, há previsão de estágio obrigatório com juízes de direito, oportunidade na qual os alunos esboçam as sentenças de diversos processos com os conhecimentos adquiridos nas aulas de técnica de sentença. E, como já dito anteriormente, o que a Lei estadual 4.578/05 fez foi nada mais que conferir a natureza jurídica de estágio à relação entre o juiz leigo e a EMERJ.

Por fim, registre-se que, com o advento da Emenda Constitucional 45, que passou a exigir 3 (três) anos de formado para os juízes de direito (artigo 93, I, da CFRB/88¹¹), não soa razoável exigir dos juízes leigos cinco anos, conforme feito pela Lei 9.099/95 em seu artigo 7º. Portanto, pela releitura das normas infraconstitucionais sob o filtro axiológico das novas normas constitucionais, tem-se que o artigo 7º, da Lei 9.099/95 possui o vício da inconstitucionalidade material por violação ao princípio da razoabilidade.

O que a Lei estadual 4.578/05 fez foi justamente adequar o preceito constitucional aos comandos da Lei, exigindo três anos de formado¹², assim como é feito para os juízes de direito, em conformidade com as normas constitucionais vigentes.

5.2.2.3. Princípio do concurso público

Também não há que se falar em ofensa ao princípio do concurso público, pois, segundo disposto no artigo 37, II, da CFRB/88, este princípio se aplica quando se pretende preencher vagas de cargos ou empregos públicos. E não existe cargo ou emprego público de juiz leigo, mas tão-somente uma função.

Portanto, a regra do concurso público poderá ser aplicada, mas não se trata de uma norma de observância obrigatória ao preenchimento das vagas para o exercício de funções, eis que não foi esse o espírito do Poder Constituinte Originário. Se assim o fosse, certamente o consignaria de forma expressa, o que não ocorreu.

¹¹ Reside controvérsia quanto à eficácia desta norma, havendo um entendimento pela eficácia plena, e outro pela eficácia contida, cuja regulamentação se dá normalmente pelo edital. Essa questão foi objeto da Resolução n. 11 do Conselho Nacional de Justiça, de 31 de janeiro de 2006. No entanto, não se trata de questão a ser enfrentada no presente artigo.

¹² Registre-se que o entendimento adotado foi pela eficácia contida da norma constitucional, cuja regulamentação se deu pela Lei estadual 4.578/05, quando dispõe que serão computados os dois anos de estágio para a comprovação dos três anos de atividade judicial.

5.2.2.4. Princípio da vedação ao retrocesso

O princípio da vedação ao retrocesso não é reconhecido por toda a doutrina e sua interpretação é muito recente¹³. Quem admite sua existência, entende se tratar de princípio constitucional implícito¹⁴.

Segundo José Vicente dos Santos Mendonça, são três as possíveis acepções para a vedação do retrocesso¹⁵: a primeira é a denominada retrocesso a toda norma que contrarie a opinião pessoal de seu emissor. Já a segunda, a vedação genérica do retrocesso, implica a impossibilidade da simples revogação de norma infraconstitucional que regulamenta ou completa norma constitucional, sem a substituição por outra norma. Por fim, um terceiro sentido, denominado vedação específica dos direitos fundamentais, veda que direitos sociais fundamentais, regulamentados por legislação infraconstitucional, venham a ser minorados por lei posterior, atingindo o núcleo da garantia. Esse último sentido é o que interessa ao presente artigo.

A vedação do retrocesso, nessa última acepção, significa que uma norma legal regulamentadora de uma norma constitucional de eficácia limitada programática e definidora de direito fundamental seja revogada por outra norma legal sem política substitutiva¹⁶, atingindo o seu núcleo fundamental.

E um dos fundamentos da aplicação do princípio da vedação do retrocesso reside na garantia de eficácia jurídica e social da norma, ou, conforme preceitua Luís Roberto Barroso, de eficácia e efetividade da regra¹⁷.

Nesse sentido, lecionam Luis Roberto Barroso e Ana Paula de Barcellos, ao expor que:

¹³ Por todos, Ingo Scarlet WOLFGANG, "O Estado Social de Direito, a proibição do retrocesso e a garantia fundamental da propriedade". In: BARROSO, Luis Roberto (Coord.), *Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro*, v. V, p. 131-150.

¹⁴ Salvo para Ana Paula de Barcellos, que entende ser a vedação do retrocesso uma modalidade de eficácia das normas jurídicas. In BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 61.

¹⁵ MENDONÇA, José Vicente dos Santos. "A vedação do retrocesso: o que é e como perder o medo". In: Gustavo BINENBOJN (Coord.), *Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro*, v. XII, p. 218-219.

¹⁶ Ou seja, ela não pode ser revogada sem que a norma revogadora tenha direito de igual ou maior hierarquia. Por todos, BARCELLOS, Ana Paula de. *Op. cit.* p. 68-71.

¹⁷ Hans Kelsen abordou a temática referente à eficácia social, retratando-a como "o fato real de ela ser efetivamente aplicada e observada, da circunstância de uma conduta humana conforme à norma se verificar na ordem dos fatos". KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1994, p. 74.

“A vedação do retrocesso, por fim, é uma derivação da eficácia negativa, particularmente ligada aos princípios que envolvem os direitos fundamentais. Ela pressupõe que esses princípios sejam concretizados através de normas infraconstitucionais (isto é: freqüentemente, os efeitos que pretendem produzir são especificados por meio da legislação ordinária) e que, com base no direito constitucional em vigor, um dos efeitos gerais pretendidos por tais princípios é a progressiva ampliação dos direitos fundamentais. Partindo desses pressupostos, o que a vedação do retrocesso propõe se possa exigir do Judiciário é a invalidação da revogação de normas fundamentais, sem que a revogação em questão seja acompanhada de uma política substitutiva ou equivalente. Isto é: a invalidade, por inconstitucionalidade, ocorre quando se revoga uma norma infraconstitucional concessiva de um direito, deixando um vazio em seu lugar. Não se trata, é bom observar, da substituição de uma forma de atingir o fim constitucional por outra, que se entenda mais apropriada. A questão que se põe é a da revogação pura e simples da norma infraconstitucional, pela qual o legislador esvazia o comando constitucional, exatamente como se dispusesse contra ele diretamente”¹⁸.

Porquanto, uma vez havendo a normatização do conteúdo de um determinado direito fundamental, no caso tanto do acesso à justiça (artigo 5º, LXXIV) como da duração razoável do processo (artigo 5º, LXXVIII) pela Lei 9.099/95 e pela Lei estadual 4.578/05, somente seria possível alterá-los para facilitar o acesso à justiça e duração razoável do processo, jamais para prejudicá-los ou reduzi-los.

Assim, a pura e simples revogação ou declaração de inconstitucionalidade da Lei estadual 4.578/05 e de todas as normas regulamentares da função de juiz leigo não será possível por força do princípio da vedação ao retrocesso, eis que se reputa proibida constitucionalmente a alteração, para pior, de tais direitos fundamentais.

¹⁸ BARCELLOS, Ana Paula de. A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 370.

6. CONCLUSÕES

O grande problema e obstáculo a serem enfrentados hodiernamente pelos Poderes estatais residem na construção de um modelo efetivo de decesso da Justiça, a fim de que o sistema judiciário seja mais racional e humano na saída. Para isso, existe grande contribuição doutrinária acerca dos modelos paradigmáticos a serem seguidos pelo Poder Legislativo, mas não se pode depositar toda a confiança na mudança deste sistema pela simples edição de atos de conteúdo abstrato. Faz-se necessário instrumentalizá-los.

É indubitável que a oxigenação do processo e do procedimento também é realizada com a habilidade e criatividade do seu condutor e, no caso, pode ser com a colaboração do juiz leigo. E, nos moldes implementados pela Lei estadual 4.578/05, a utilização de alunos da EMERJ certamente irá colaborar de forma plena com tais aspirações de qualidade, celeridade e satisfatividade no processo, eis que são preparados por meio de estudo de casos concretos, bem como atualização constante da mais moderna doutrina e recente jurisprudência, além de estudarem técnicas de sentenças desde o primeiro semestre.

Logo, melhor do que ter à disposição um grupo de juízes togados, que certamente possuem conhecimento jurídico para atuar em qualquer área, para funcionarem nos Juizados Especiais Cíveis é preferível ter um corpo de conciliadores eficientes e juízes leigos à disposição para presidir as audiências de conciliação, instrução e julgamento, sendo certo que estes terão alta especialização da matéria por poderem atuar apenas nesses Juizados.

Ademais, é preferível um conciliador com vocação a fazer acordos do que um juiz togado que, embora tenha profundo conhecimento da matéria, não tenha essa vocação, eis que, com o acordo, estar-se-ia atendendo aos fins sociais do processo que tramita nos Juizados. Pelo acordo, as partes que vivenciaram o caso concreto, mediante concessões recíprocas, certamente estarão realizando a melhor justiça para o mesmo do que um juiz que conhece tão-somente os fatos e provas que lhes são apresentados. E que, muitas das vezes, por causa de uma petição inicial mal formulada, não poderá realizar a justiça no caso concreto.

É certo, indispensável e impostergável que o juiz, investido nas funções jurisdicionais, deverá manter sob constante acompanhamento

e coordenação o trabalho desse valioso auxiliar, para que seja realizado sob rígida linha ética, permeada da consciência da grandeza do ato de julgar, que, por especial disposição de lei, está-lhe sendo permitido, mediante ratificação.

O objetivo primordial do sistema dos Juizados Especiais está na diluição dos conflitos (conciliar) e não apenas na sua resolução (sentenciar), porque somente o desaparecimento dos conflitos devolverá a paz aos espíritos, propiciando o restabelecimento e a permanência dos laços, quer de afetividade, quer de caráter negocial.

Vale destacar, ainda, que o trabalho realizado pelos conciliadores é relevantíssimo, uma vez que havendo sucesso no acordo, economiza-se a máquina judiciária com o julgamento, um dos grandes responsáveis pela lentidão da justiça. No entanto, depende muito do perfil do jurisdicionado que, no caso do brasileiro – litigante nato –, raramente é seduzido pelos benefícios da conciliação pela triste ilusão de que a sentença lhe será mais benéfica, mesmo ignorando a possibilidade de eventual recurso e postergação da solução por mais alguns meses ou até mesmo anos.

Como restou evidente, inexistem quaisquer inconstitucionalidades, tanto na função, como na Lei estadual 4.578/05 diante de inúmeros fundamentos constitucionais e legais apresentados, e aqueles que porventura sustentarem alguma inconstitucionalidade, esta esbarrará diretamente com o princípio da vedação ao retrocesso, além de inúmeros outros, como o próprio princípio da dignidade da pessoa humana.

Então, mostra-se como uma excelente opção a do Estado do Rio de Janeiro, expressa pela edição da Lei estadual 4.578/05. Este sistema tem provado ser uma excelente opção adotada pelo Tribunal de Justiça, uma vez que, em tão pouco tempo, já demonstra relevante contribuição para a celeridade dos processos nos Juizados Especiais Cíveis. ☐

O Inadimplemento Antecipado da Prestação no Direito Brasileiro

Raphael Manhães Martins
Advogado e Professor da UERJ

1. INTRODUÇÃO

A teoria do inadimplemento que se estruturou a partir dos estudos de Robert Pothier e consolidou-se no Código Civil francês baseia-se na sobreposição dos conceitos de relação obrigacional abstrata e de prestação principal. Nesta perspectiva, em que a análise da relação obrigacional circunscreve-se aos eventos relacionados à prestação principal, toda manifestação de inadimplemento pode e deve ser enquadrada, por meio de um silogismo simples, na dicotomia mora/impossibilidade. Em ocorrendo o não-cumprimento da obrigação no momento devido, cabe ao jurista apenas indagar se ela ainda é realizável. Em caso positivo, a situação classificaria-se como um caso de mora; em não o sendo, aplicar-se-iam as consequências da impossibilidade.

Ocorre que, há tempos, o pressuposto de tal construção não é mais aceito no plano teórico-dogmático. É reconhecido que, ao lado do denominado dever principal, co-existem na relação obrigacional uma miríade de deveres outros – como os deveres laterais e os deveres secundários – cujo descumprimento não se enquadra na dicotomia de Pothier. É o que ocorre com os sempre citados casos de violação de deveres de cooperação entre as partes, de cumprimento defeituoso da prestação ou de repúdio à relação contratual, que, embora sejam claras manifestações de inadimplemento, não permitem o enquadramento nas figuras tradicionais.

1.1 O inadimplemento antecipado e seu enquadramento teórico

Um exemplo dessas novas modalidades de inadimplemento é o denominado inadimplemento antecipado da prestação.

Na construção teórica anterior, a obrigação era vista como uma “espada” que, pendendo sobre a cabeça do devedor, deveria ameaçá-lo em caso de não-cumprimento no termo da prestação. Até o momento em que o cumprimento seria devido, entretanto, essa “espada” nada exigia do devedor, sendo apenas esta ameaça futura. Após o termo, aí sim, a espada poderia fazer sentir toda a sua força sobre o devedor inadimplente.

Assim, sob tal perspectiva, durante o lapso temporal que se inicia com o nascimento da obrigação e termina no momento em que aquele deve satisfazer sua obrigação, nada haveria além de um vazio prestacional. O devedor que se obriga a realizar determinada conduta (seja obrigação de dar, fazer ou não fazer) de forma diferida no tempo, até o referido momento, não seria obrigado a nada.

Muito embora tal perspectiva não possa ser refutada por completo, pois é certo que toda obrigação só precisa ter seu adimplemento final no momento devido, ela equivoca-se ao considerar o fenômeno obrigacional apenas em sua perspectiva estática, na qual suas fases (nascimento, prestação, inadimplemento etc.) são tratadas de forma isolada.

Ocorre que, hoje, a relação obrigacional é analisada por um outro prisma: o dinâmico. Nesta nova perspectiva, a relação obrigacional torna-se uma presença constante e vinculante, compelindo o devedor a praticar determinados atos voltados ao desfecho daquela relação.

Assim, os dois momentos (nascimento da obrigação e adimplemento), que até então eram repletos desse “vazio prestacional”, são conectados por uma série de atos interpostos e instrumentais em relação à fase final da relação obrigacional, o adimplemento. Esses obrigam as partes a adotarem continuamente um comportamento que corresponda ao *standard* de conduta determinado pelos princípios da boa-fé e da confiança.

Nessa perspectiva dinâmica, determinados atos ou condutas são exigidos do devedor a qualquer tempo, de forma que o seu não-

cumprimento deve ser caracterizado como um inadimplemento da obrigação.

Importante notar que, sob esse novo enfoque, a vontade do indivíduo em cumprir, ou melhor, sua vontade de realizar os atos necessários ao adimplemento da obrigação, não deve ser manifestada apenas no momento inicial ou no momento em que a prestação torna-se exigível. Toda manifestação de vontade contrária ao cumprimento da obrigação, a qualquer momento, é contrária ao modo como deve exprimir-se constantemente a vontade do devedor, bem como uma violação do dever de correção que deve marcar toda relação obrigacional. *A fortiori*, se o devedor colocar-se, por vontade, em posição que torne impossível o cumprimento da obrigação, também haverá uma violação da própria relação obrigacional, o que se configura em inadimplemento, ou, mais propriamente, um inadimplemento¹ antecipado da prestação.

2. CONCEITO DO INADIMPLEMENTO ANTECIPADO DA PRESTAÇÃO

O inadimplemento antecipado pode ser caracterizado como o inadimplemento que ocorre quando uma das partes da relação obrigacional, antes do momento em que deveria executar determinada prestação, renuncia ao contrato ou coloca-se, por ato próprio, em posição que torne impossível o cumprimento da obrigação.²

Temos nessa definição os principais elementos do instituto: i) ela constitui-se em uma forma de inadimplemento; ii) que ocorre, necessariamente, antes do termo da prestação; iii) esta forma de inadimplemento pode manifestar-se seja por uma renúncia (expressa ou tácita) ao cumprimento da obrigação, ou pelo fato de o obrigado colocar-se em posição que torne o adimplemento impossível; e iv) ele deve ser provocado por ato próprio do obrigado, de forma incontroversa e definitiva.

2.1 O elemento temporal

A principal diferença entre o inadimplemento antecipado e as figuras do inadimplemento tradicional (i.e. a mora e a impossibilidade

¹ V. AGUIAR, Ruy Rosado. *Extinção dos contratos por incumprimento do devedor*. 2. ed. Rio de Janeiro: Aide, 2004. p. 126.

² TREITEL. G. H. *The law of contract*. 9. ed. London: Sweet & Maxwell, 1995, p. 769.

da prestação) é justamente o fato de ainda não haver uma prestação exigível. Ao contrário, o credor possui apenas uma expectativa de que o devedor cumprirá de forma espontânea aquilo a que se obrigou.

O inadimplemento antecipado pode ocorrer, portanto, a partir do nascimento da obrigação até o momento anterior àquele em que a obrigação deveria ser cumprida.

Esse é o caso, por exemplo, com o importador de mercadorias que deve pedir autorização específica a órgão de fiscalização (Ibama ou Ministério da Defesa, por exemplo) para poder trazer determinado produto para o país. O não-cumprimento desta exigência pode representar mora, caso seja possível não só fazer o pedido de autorização para importação, ainda que contratualmente intempestivo, e o cumprimento da obrigação com pequeno atraso ainda se revista de utilidade sócio-econômica para o credor; ou representar inadimplemento antecipado, quando o pedido intempestivo for impossível, a prestação do serviço com atraso não tiver mais interesse para o credor ou ficar claro a recusa do devedor em cumprir esta obrigação.

Situação que também merece atenção é a dos contratos cuja prestação desenvolve-se ao longo de grande período de tempo, e, ao longo de sua execução, o objeto da prestação é desenvolvido em fases, mas cujo produto só é entregue ao final, como ocorre com os *Turnkey Construction Contracts*. Nesses casos, independentemente de quanto já foi construído, considera-se possível a ocorrência do inadimplemento antecipado, contanto que ainda não tenha atingido o termo para a entrega final da obra ou do projeto.

Por outro lado, uma consequência desse requisito temporal é a impossibilidade de inadimplemento antecipado por violação de deveres laterais, visto que o seu cumprimento é exigível a qualquer momento pela outra parte. Fato diverso ocorre com os denominados “deveres secundários instrumentais à consecução dos deveres principais”, cujo inadimplemento pode gerar um caso de mora ou de inadimplemento antecipado.³

³ Neste caso, não seria possível a figura da impossibilidade, visto que ela confundir-se-ia com o inadimplemento antecipado da prestação.

2.2 O comportamento do devedor

Além do elemento temporal, outro ponto que particulariza o inadimplemento antecipado é o comportamento do devedor que se recusa a realizar a prestação futura ou coloca-se em posição de impossibilidade de cumprir a prestação.

2.2.1 Inadimplemento antecipado por recusa

O primeiro desses comportamentos, a recusa, compreende a manifestação inequívoca da intenção do devedor em não cumprir a prestação futura. Esta manifestação pode ocorrer tanto de forma expressa, ou seja, por meio de enunciação escrita ou verbal endereçada ao credor, notificando-o de que não quer – ou não possui condições para – cumprir a obrigação; quanto tácita, isto é, através de uma conduta que demonstre a vontade da parte em não cumprir o avençado.

Tal é o caso, por exemplo, da construtora que, tendo celebrado promessa de compra e venda de determinado apartamento, anuncia ao mercado a sua desistência em construir o conjunto habitacional do qual o apartamento faria parte, ou, ainda, age de modo tal que se torna inconteste a sua desistência de continuar com o projeto (por exemplo, colocando à venda o terreno selecionado para a construção do imóvel ou, tempos depois de iniciado o prazo para início das obras, mantendo-se inerte).

Um exemplo do aqui exposto ocorreu no caso *Peruzzo v. Centro Médico de Porto Alegre*. Em meados de 1977, Peruzzo foi procurado por um corretor do Centro Médico Hospitalar de Porto Alegre Ltda. com a proposta de assinatura de dois contratos, em conta de participação em empreendimento, com o objetivo de viabilizar a construção de um hospital. Além da participação nos lucros do empreendimento, seria franqueado a Peruzzo atendimento gratuito no estabelecimento, mediante o pagamento de quota fixa.

Pois bem. Após celebrar o segundo contrato, Peruzzo resolveu averiguar os andamentos da obra e descobriu, para sua surpresa, que esta sequer havia sido iniciada. E pior: nem mesmo o terreno para a obra havia sido comprado. Após analisar os contratos e perceber que estes não previam qualquer prazo para o início ou término da obra, Peruzzo resolveu, simplesmente, suspender o pagamento das cotas do fundo. O Centro Médico, em conseqüência, lançou a protesto duas promissórias em nome de Peruzzo.

Diante dessa situação, Peruzzo recorreu à Justiça, pedindo a rescisão dos contratos, a nulidade de todas as notas promissórias vinculadas, a sustação de todos os protestos e a condenação da demandada a devolver todos os valores recebidos, com juros e correção monetária, além de perdas e danos.

Em primeira instância, a Juíza entendeu que não estaria caracterizado o inadimplemento, devido à inexistência de prazo fixado para o início e término da construção do estabelecimento hospitalar.

Em recurso, o então desembargador Athos Gusmão de Carneiro ponderou:

*“A Dra. Pretora refere que no contrato não estava previsto nenhum prazo para o Centro ‘construir, instalar e operar estabelecimento hospitalar na Cidade de Porto Alegre’. Todavia, considero evidente, como bem alega o apelante, que isso não significa que goze um dos contratantes da faculdade de retardar **ad infinitum** o cumprimento das suas obrigações, e o outro seja obrigado a adimplir as suas com pontualidade, sob pena do protesto de títulos. A sentença esquece toda a comutatividade contratual. Vejo, aqui, caso de completo inadimplemento por parte de um dos contratantes. Já transcorreram mais de 5 anos e o Centro Médico Hospitalar existe apenas **de jure**. De fato, esta sociedade de objetivos tão ambiciosos e capital pequeníssimo, simplesmente não existe mais. Citada editalmente, foi revel. O hospital permanece no plano das miragens, e assim as demais vantagens prometidas aos subscritores das quotas.”* (ApCív 582000378, TJRS, 1ª Câm. Cível, Rel. Des. Athos Gusmão de Carneiro)

2.2.2 Inadimplemento antecipado por impossibilidade

Por outro lado, também constitui inadimplemento antecipado quando o devedor coloca-se em determinada situação na qual fique incontestada a impossibilidade de cumprir a obrigação, ainda que não haja qualquer manifestação expressa sobre o desejo de renunciar ao contrato. Tal impossibilidade decorre do fato de que a prestação, quando atingido o termo da obrigação, tornou-se impossível ou impréstável para o credor.

Entretanto, é importante observar que – diferentemente do caso de recusa – a impossibilidade de cumprir a prestação antes do

prazo caracteriza-se não pelo elemento subjetivo mas pelo elemento objetivo. Esse compreende o fato de o devedor estar em situação que impossibilitará a concretização do negócio ao qual se obrigou, por ato próprio.

Portanto, no inadimplemento antecipado por impossibilidade, não há quaisquer indagações sobre a intenção (dolo) do devedor em colocar-se na posição de impossibilidade de prestar, mas apenas sobre a contribuição de sua culpa, exclusiva ou concorrente, para este resultado.

As causas da impossibilidade podem ser das mais variadas naturezas. A título meramente exemplificativo, teremos: i) o esgotamento do prazo para realizar ato necessário ao cumprimento da prestação futura; ii) a ausência de recursos materiais necessários à consecução da obrigação; iii) a não realização de atos prévios ou o não cumprimento de deveres necessários à consecução da obrigação; iv) o planejamento equivocado, que impedirá a consecução da obra; etc.

Outro ponto importante sobre o inadimplemento antecipado da obrigação por impossibilidade da prestação é que ela pode ocorrer tanto por ato quanto por omissão do devedor.

2.3 O caráter incontroverso do inadimplemento antecipado

O ponto de maior confusão refere-se à necessidade da recusa ou à impossibilidade de manifestarem-se de forma incontroversa. Em outras palavras, em caso de recusa, esta deve claramente demonstrar a intenção do devedor em não cumprir o avençado; em caso de impossibilidade, ela deve representar uma clara projeção de que a prestação tornar-se-á impossível ou imprestável quando do transcurso do termo.

É relevante que, em caso de recusa, o caráter incontroverso pode decorrer não apenas daquela diretamente formulada ao credor, como também do comportamento negavelmente contrário à intenção de inadimplir, conforme pactuado.

Por outro lado, no caso de impossibilidade, o simples medo ou receio do credor de que o devedor não venha a cumprir suas obrigações (ainda que existam indícios que fundamentem estas suposições) não são suficientes para a configuração do inadimplemento antecipado da

obrigação. Ele deve ser inegável e irreparável, sendo necessária esta comprovação objetiva para valer-se do instituto.

Também é relevante a observação feita por Ruy Rosado de Aguiar de que os ordenamentos jurídicos, com maior tradição na aplicação do instituto, têm como pacífica a vedação de se obter do devedor a recusa (tácita ou expressa) por meio de interpelação realizada antes do vencimento da obrigação. Caso contrário, tal hipótese figuraria como uma forma inaceitável de obter o vencimento antecipado de uma dívida. Conforme o indigitado autor ressalva:

*“Essa orientação negativa, porém, deve ser vista com reserva, porquanto a interpretação pode simplesmente demonstrar a pre-ocupação do credor em definir uma situação já evidenciada pelos fatos antecedentes. Portanto, se a iniciativa do credor tem fundado amparo nas circunstâncias, especialmente diante do anterior comportamento do devedor, não há como, desde logo, reprimir o comportamento do credor que quiser obter uma definição sobre a real intenção do devedor a respeito do contrato”.*⁴

2.4 Hipóteses de não-aplicação do inadimplemento antecipado

Da mesma forma como se excluem os efeitos do inadimplemento nos casos em que o incumprimento não pode ser imputável ao devedor, não se configura o inadimplemento antecipado diante de situações de não imputação dos efeitos do inadimplemento.

Desta forma, não será possível considerar inadimplido um contrato quando o devedor possuir fundada justificativa para não tencionar continuar, ou mesmo começar a cumprir o que fora previamente acordado.

Tal fato ocorre, por exemplo, quando: i) as especificações do contrato não permitem a sua execução (por exemplo, por erro no projeto ou falta de dados, que deveriam ser fornecidos pelo contratante); ii) são necessárias autorizações governamentais para continuar executando parte da obra; iii) entende-se, justificadamente, necessário obter esclarecimentos do contratante, que se recusa ou demora em fornecer; iv) o contratante impõe mudanças substanciais no projeto

⁴ *Op. cit.*, p. 129.

original de uma obra, sem que haja previsão para tanto no contrato; v) a recusa em cumprir decorre de um inadimplemento anterior por parte do contratante (aplicando-se o princípio *exceptio non adimpleti contractus*); ou vi) no caso de o próprio credor violar um dever de cooperação, decorrente da boa-fé, quando esta cooperação for necessária à realização de sua prestação etc.

Da mesma forma, ainda que ocorra uma situação de impossibilidade, se esta decorrer de caso fortuito ou força maior, não será possível considerar como um inadimplemento antecipado, por força do disposto no art. 393 do CC. Isso, é claro, salvo se o risco por uma dessas situações tenha sido assumido pela parte. Nestes casos, mesmo tendo se materializado o risco de caso fortuito ou força maior, será possível a aplicação do inadimplemento antecipado quando implicar a impossibilidade de cumprir, ou mesmo pelo fato de a parte recusar-se a cumprir, diante da ocorrência de uma dessas situações.

3. FUNDAMENTOS JURÍDICO-DOGMÁTICOS DA APLICAÇÃO DO INSTITUTO NO DIREITO BRASILEIRO

3.1 Breve panorama do inadimplemento antecipado no Direito brasileiro

Uma vez caracterizado o inadimplemento antecipado, torna-se necessário verificar as possibilidades de sua aplicação no direito brasileiro.

Tal estudo esbarra em duas dificuldades iniciais: a um, nosso arcabouço legislativo, que, a despeito de recente promulgação de um novo Código Civil, ainda encontra-se fortemente influenciado pelo modelo dicotômico de inadimplemento, que desconhece a possibilidade de um inadimplemento antes do termo da obrigação⁵; e, a dois, a jurisprudência brasileira, que, talvez carregada pela apatia doutrinária sobre o tema, não encontra consenso sobre a fundamentação do instituto.

Problemas que, é sempre bom frisar, não impediram nosso ordenamento de incorporar regras sobre inadimplemento antes do vencimento da prestação.

⁵ Sobre o tema, remetemos ao nosso estudo: MARTINS, Raphael Manhães. "A Teoria do Inadimplemento e Transformações no Direito das Obrigações". No prelo.

Nesse sentido, temos o art. 333, do CC, que estabelece que o credor poderá cobrar dívida antes do vencimento quando: i) houver a falência do devedor ou concurso de credores; ii) se os bens, hipotecados ou empenhados, forem penhorados em execução por outro credor; ou iii) se cessarem ou se tornarem insuficientes as garantias de débito fidejussórias ou reais, e o devedor se negar a reforçá-las.

Também são exemplos os arts. 1.425 e 1.426, do CC, que tratam do vencimento antecipado de dívidas garantidas por hipoteca, penhor ou anticrese: i) se a deterioração ou depreciação do bem dado em segurança desfaltar a garantia, e o devedor, intimado, não a reforçar; ii) se o devedor cair em insolvência; iii) se as prestações não forem pontualmente pagas, toda vez que deste modo se achar estipulado o pagamento; iv) se perecer o bem dado em garantia e não for substituído; ou v) se desapropriar o bem dado em garantia, hipótese na qual se depositará a parte do preço que for necessária para o pagamento integral do credor.

Mas, embora o inadimplemento antes do vencimento da prestação não seja de todo estranho no nosso ordenamento, não há uma acolhida expressa do instituto do inadimplemento antecipado, enquanto categoria de inadimplemento, ao lado da mora e da impossibilidade.

Muito pelo contrário, considerando-se o dispositivo do art. 939, do CC, parece mesmo haver uma certa predisposição contrária à aplicação do inadimplemento antecipado.

3.2 O inadimplemento antecipado numa análise sistemática com nosso ordenamento: o princípio da confiança e da boa-fé objetiva

A predisposição contrária à aplicação do inadimplemento antecipado em nosso ordenamento é apenas ilusória, ou melhor, uma primeira impressão de um leitor afoito.

Esta máscara cai quando o intérprete deixa de lado a literalidade da norma e perquire seus fundamentos e princípios, em busca de sua *ratio*.

Afinal, é importante notar que os princípios gerais do direito, enquanto manifestação da idéia de Justiça material, ocasionam e funcionam como fundamento de validade de diversas proposições

jurídicas, substituindo eventuais lacunas legislativas (ou a falta de uma controvertida força legiferante das decisões reiteradas de nossos tribunais) por regras bastante específicas.

Essas proposições jurídicas, derivadas dos princípios gerais de nosso ordenamento, embora estejam além da norma formal e de uma intenção explícita do legislador, encontram respaldo e extraem sua força cogente de uma natureza substancialmente superior, isto é, da própria idéia de Direito. Idéia que, para se materializar em nosso espaço-tempo contemporâneo, necessita construir estas proposições, sempre mais concretas e objetivas, e com uma aplicação mais precisa que os princípios.

Nas palavras de Claus-Wilhelm Canaris, “a partir delas [os princípios gerais do direito], e através de um processo de concretização inteiramente material e muito complicado, desenvolvem-se proposições jurídicas de conteúdo claro e de alto poder convincente”.⁶

Note-se que, para que estas proposições jurídicas tenham validade em nosso sistema, é necessário que, entre estas e os princípios que as fundamentam, exista uma relação de interdependência. Em outras palavras, enquanto o princípio serve de fundamento para a proposição, esta deve ser um pressuposto necessário à concretização do princípio nos casos concretos. De outra forma, não há que se falar na inserção de uma proposição alienígena ao ordenamento jurídico.

Em relação ao inadimplemento antecipado, não restam dúvidas de que tal relação existe com os princípios gerais da proteção à confiança legítima e da boa-fé objetiva^{7e 8}.

O inadimplemento antecipado, dependendo do comportamento do obrigado, pode conduzir ou a uma violação ao princípio da boa-fé objetiva, e/ou a uma violação da confiança da outra parte. Nesse sen-

⁶ CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. Trad. A. Menezes Cordeiro. 3. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2002, p. 120-121.

⁷ Sobre a proximidade e distinções entre os princípios da Boa-Fé e da Confiança, remetemos ao nosso trabalho anterior: MARTINS, Raphael Manhães. “Apontamentos sobre o princípio da Confiança Legítima no Direito Brasileiro”. *Revista da EMERJ*, v. 10, n. 40, 2007, p. 177-190.

⁸ Nesse sentido, temos o *leading case* do STJ, em matéria de responsabilidade por violação de deveres impostos pela boa-fé: “Recurso especial. Civil. Indenização. Aplicação do princípio da boa-fé contratual. Deveres anexos ao contrato – O princípio da boa-fé se aplica às relações contratuais regidas pelo CDC, impondo, por conseguinte, a obediência aos deveres anexos ao contrato, que são decorrência lógica deste princípio. O dever anexo de cooperação pressupõe ações recíprocas de lealdade dentro da relação contratual. A violação a qualquer dos deveres anexos implica em inadimplemento contratual de quem lhe tenha dado causa”.

tido, estar-se-á diante de uma violação ao princípio da boa-fé objetiva quando o devedor violar algum dos deveres impostos pelo princípio, como ocorre: i) quando o obrigado coloca-se em posição de impossibilidade de adimplir com a prestação; ii) quando o devedor se recusa tacitamente a realizar o cumprimento da obrigação. Por outro lado, há uma violação do princípio de proteção da confiança legítima quando o devedor iii) recusa-se a cumprir a obrigação que lhe é imposta.

É evidente que esta distinção entre violação da confiança e violação da boa-fé objetiva não é, nem poderia ser, uma divisão absoluta, em que as hipóteses de violação de um dos princípios não atingem o outro. Isto seria incogitável, tendo em vista a ausência de limites horizontais, *a priori* para a aplicação desses princípios.⁹

Por outro lado, é importante, através dessa separação, compreender de que forma cada um dos referidos princípios é violado, pois, se a própria justificativa do inadimplemento antecipado do contrato é a violação destes, não parece aceitável satisfazer-se com justificativas genéricas. Em outras palavras, a única maneira de fortalecer e embasar este instituto em nosso sistema jurídico é demonstrando como ele serve para a concretização dos princípios da boa-fé e da proteção da confiança legítima.

E, através dessa compreensão, fica evidente a função do inadimplemento antecipado como uma maneira de concretizar os princípios da boa-fé e da confiança. Afinal, nas situações em que algumas das hipóteses fáticas do inadimplemento antecipado ocorrem, como não seria possível invocar nem a mora, nem o inadimplemento absoluto, fica patente que o não reconhecimento do instituto gerará uma situação de violação da Justiça material naquele caso concreto.

Assim, diante da evidência do caráter instrumental e necessário do inadimplemento antecipado para garantir a concretização dos referidos princípios da proteção da confiança legítima e da boa-fé, é inequívoco que o instituto possui guarida em nosso ordenamento civilístico. E, *fortiori*, não há óbices à consideração do inadimplemento antecipado como um preceito presente – ainda que implícito – em nosso ordenamento jurídico, eis que aquele possui a força normativa necessária para tanto.

⁹ CANARIS, Claus, Wilhelm. *Op. cit.*, p. 79 e ss.

4. EFEITOS DO INADIMPLEMENTO ANTECIPADO

Depois de estabelecidos os contornos do inadimplemento antecipado no ordenamento brasileiro e estudado seus fundamentos, tem-se como passo final averiguar quais os efeitos atribuíveis ao inadimplemento antecipado.

Nesse sentido e trilhando o caminho seguido pela nossa doutrina, deve-se compreender como o inadimplemento antecipado coloca-se em relação às duas figuras chaves do inadimplemento, quais sejam, a mora e a impossibilidade, a fim de traçar quais seriam suas conseqüências.

Para tanto, a referência obrigatória é o primeiro – e, até onde se sabe, único – debate travado em nossa doutrina sobre o enquadramento dos efeitos de situações de inadimplemento antecipado. Tal fato, que já data de quase um século, teve como participantes Francisco de Paula Lacerda de Almeida e, fundamentalmente, Agostinho Alvim.

Lacerda de Almeida – sem entrar na discussão sobre o inadimplemento antecipado propriamente¹⁰ – ao tecer seus comentários sobre a distinção entre mora e inadimplemento absoluto, concluiu, em nota de rodapé, que: “Há de ser difícil distinguir, *salvo por recusa explícita e formal do devedor*, entre a mora e o inadimplemento”,¹¹ dando a entender que seria inegavelmente o caso de inadimplemento absoluto.

Em seu magnífico estudo sobre o inadimplemento das obrigações, **Da inexecução das obrigações e suas conseqüências**, Agostinho Alvim divergiu de Lacerda de Almeida. Segundo Agostinho Alvim, atribuir tamanha importância ao “elemento volicional” do devedor, que se recusa a cumprir, não encontra amparo no direito positivo.¹²

Para pôr termo a tal controvérsia, Agostinho Alvim busca um critério misto, ou melhor, um critério que leve em conta não apenas

¹⁰ Tanto Lacerda de Almeida quanto Agostinho Alvim trataram, em seus trabalhos, apenas da hipótese em que o devedor recusa explicitamente o cumprimento de uma obrigação.

¹¹ ALMEIDA, Francisco de Paula Lacerda de. “*Obrigações: exposição systematica desta parte do direito civil pátrio segundo o methodo dos ‘direitos de família’ e ‘direito das cousas’*” do conselheiro Lafayette Rodrigues Pereira. 2. ed. Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, 1916, p. 166, grifou-se.

¹² “Vê-se da aludida nota que o seu ilustre autor [Lacerda de Almeida] pretende diagnosticar, como inadimplemento absoluto, todo caso em que tenha havido recusa explícita e formal do devedor. Mas o elemento volicional não tem aqui, como também não tem em outros pontos do direito obrigacional, a importância que amiúde lhe atribuem. Para estremar mora de inadimplemento absoluto é mister haja critério de ordem econômica” (**Da inexecução das obrigações e suas conseqüências**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1980, p. 39).

a vontade das partes, mas as circunstâncias do caso concreto.¹³ Nesse sentido, caberia, em cada caso, averiguar o interesse sócio-econômico do credor para decidir se tratar-se-ia de mora ou de impossibilidade.¹⁴

Dessa forma, conclui o indigitado autor, não seria previamente possível determinar que, em todos as situações de recusa do devedor, estar-se-ia diante do inadimplemento absoluto. Ao contrário, caberia em cada caso averiguar se o credor ainda teria interesse sócio-econômico na prestação e, assim procedendo, decidir em qual das modalidades de inadimplemento a situação encaixaria-se.

Após este profícuo debate, aparentemente a doutrina esmoreceu o ânimo de resolver a intrincada questão.

Para o desenvolvimento da temática proposta, não é possível passar ao largo deste tema. E, para tanto, propomos utilizar o velho método leninista de “dar um passo para trás, para poder caminhar dois para frente”.

O inadimplemento antecipado, ao contrário das posições encabeçadas pelos aludidos autores, não permite a remissão às figuras clássicas da mora e do inadimplemento absoluto, eis que estas duas figuras tratam de hipóteses de quebra da obrigação principal, o que não é, propriamente, o caso.

O instituto requer uma tutela própria para seus efeitos, em comparação com o inadimplemento após o vencimento do termo, de forma a: a um, não sujeitar à vontade do devedor os efeitos de seu inadimplemento, a dois, seja tecnicamente correta, e, a três, se adapte aos contornos do nosso ordenamento jurídico. As soluções até então apresentadas não parecem satisfatórias para tanto.

Final, como Agostinho Alvim bem observou, não se pode deixar a cargo do devedor a escolha sobre quais as conseqüências de seu não

¹³ “Se se trata de um fato pessoal, obrigação dita infungível, a recusa do devedor equivale ao inadimplemento absoluto [...] Mas se a obrigação é fungível, podendo o credor mandar realizar o trabalho por outrem, neste caso o inadimplemento tem o caráter de mora” (Idem, ibidem, p. 43).

¹⁴ “Ora, o que precipuamente interessa ao credor, economicamente falando, é saber se há meios de receber a prestação prometida, isto é, se a execução direta é possível. Se ele obtém a prestação, seja porque o devedor cumpriu a obrigação, seja porque ele, credor, a houve por outros meios, a sua situação é sempre a de credor que obteve o que tinha em vista, diversa da daquele que somente poderá obter o sucedâneo, isto é, as perdas e danos. Logo, o fato de haver recusa do devedor não altera a situação do credor, economicamente falando, quando possível lhe seja a execução direta. [...] Diante do exposto, podemos justificar a fórmula que aventamos para caracterizar o inadimplemento absoluto e a mora, a saber: ‘Há inadimplemento absoluto quando não mais subsiste para o credor a possibilidade de receber a prestação; há mora quando persiste essa possibilidade.’” (Idem. Ibidem. p. 43-44).

cumprimento e, a partir disto, concluir pelo inadimplemento absoluto como a conseqüência natural.

Por outro, a solução apresentada por Agostinho Alvim não parece de todo correta. Isto porque, como existe um prazo para o cumprimento da prestação, apenas poderia ocorrer a figura da mora quando houvesse o transcurso desse prazo e, portanto, a dívida seria exigível.¹⁵

Tal exigência implica, conseqüentemente, a impossibilidade de o credor propor ação direta contra o devedor para obrigá-lo ao cumprimento da obrigação, em caso de inadimplemento antecipado. Isso porque, conforme já aludido, nossa processualística possui previsão expressa contrária à realização do procedimento executivo sem fundamento em dívida líquida, certa e exigível, conforme os arts. 580, e 618, I, do CPC, o que não seria o caso.

A conclusão que se chega, portanto, é que o inadimplemento antecipado não pode ser associado a nenhuma das duas figuras clássicas do inadimplemento.

4.1 Do dever de indenização pelos danos causados

A impossibilidade de enquadrar o inadimplemento antecipado em alguma das figuras clássicas do inadimplemento, ao certo, não implica que a este não se possa atribuir conseqüências ao fato.

Como uma das formas de inadimplemento, o inadimplemento antecipado implica na responsabilidade do devedor em ressarcir o credor por “perdas e danos, mais juros e atualização monetária segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, e honorários de advogado”, conforme preceitua o art. 389. Isso, por certo, sem a necessidade de esperar o transcurso do termo da obrigação inadimplida.

Este é o primeiro reflexo da configuração do inadimplemento antecipado. Afinal, o devedor que agiu de maneira desidiosa no cumprimento da obrigação ou recusa-se a cumpri-la não pode valer-se do benefício do termo para retardar o ressarcimento dos prejuízos que causou. Note-se que o reconhecimento desse dever de indenizar trata, em última análise, de reduzir as perdas que a vítima do inadimplemento teve, seja evitando fazer novos gastos naquela relação, seja

¹⁵ Sobre as exigências para a configuração da mora, Cf. BUARQUE, Sidney Hartung. **Da demanda por dano moral na inexecução das obrigações**. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 51.

permitindo que ela tenha novamente recursos para contratar terceiros para concluir a execução do contrato.

Importante observar, primeiramente, que este dever de indenizar não encontra óbices em nosso ordenamento jurídico, eis que, conforme demonstrado, apenas existem barreiras para a propositura de ações executivas antes do vencimento do termo da obrigação.

Além disso, a referência ao art. 939, do CC, como um possível obstáculo ao entendimento aqui esboçado, não encontra respaldo. Afinal, conforme José de Aguiar Dias observa:

*“[...] tribunais e comentadores têm assentado, com impressionante firmeza, que cabe à vítima da cobrança indevida provar a malícia do autor, sem o que não pode verificar a aplicação da pena, isto é, do que proferimos considerar a indenização prefixada. Escusado se torna documentar esse fato, tão freqüente são os pronunciamentos no sentido indicado”.*¹⁶

Este, por certo, não é o caso, uma vez que a propositura da ação de indenização constitui um meio adequado para que a parte prejudicada com o inadimplemento seja ressarcida pelos prejuízos que lhe foram causados indevidamente.

Assim, para o inadimplemento antecipado, ante a ausência de dívida líquida e certa, caberia ao prejudicado propor a devida ação de conhecimento, de forma não só a demonstrar os prejuízos sofridos como também a constituir um título líquido e certo que viabilize um procedimento executivo.

4.2 Da resolução do contrato

De nada adiantaria o direito de ser indenizado pelos prejuízos se o inadimplido ainda permanecesse obrigado a cumprir com a parte que lhe caberia no contrato.

Surge como corolário necessário, portanto, que, em caso de inadimplemento antecipado, confira-se ao credor a possibilidade de acionar o mecanismo da resolução do contrato,¹⁷ conforme estabelecido no art. 475 do CC.

¹⁶Da **responsabilidade** civil. 10. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 1995, v. 2, p. 449.

¹⁷ Conforme o próprio art. 475 do CC preceitua, o remédio resolutivo não exclui as eventuais perdas e danos. Este é, aliás, o entendimento do STF (1ª T., RE 68.216-RS, Rel. Min. Amaral Santos, j. 28.09.1971, RTJ 60/141).

A resolução, sendo um direito formativo, implica a extinção do contrato. Afinal, não é admissível que, após uma das partes inadimplir antecipadamente a relação obrigacional, a outra ainda seja obrigada a agir como se tal fato não houvesse ocorrido e, portanto, cumprir o que fora avençado.¹⁸

Mas, como a resolução não se opera de pleno direito, o exercício do direito de resolver o contrato é uma faculdade que depende exclusivamente da vontade do interessado.

Dessa forma, em se verificando o inadimplemento antecipado, é necessário que o titular do direito subjetivo declare a vontade de que ocorra este efeito extintivo. Em não o fazendo, considerar-se-á o contrato como em vigor e, no momento em que deveria ocorrer o adimplemento da prestação, caberá ao credor ajuizar a devida ação de ressarcimento de perdas e danos.

4.3 Execução específica

Além da indenização por perdas e danos e, em vez da resolução do contrato, a parte interessada pode, dependendo das condições do caso concreto, optar por exigir a execução específica da obrigação, conforme avençado.

Afinal, em muitos casos, a simples execução inespecífica (perdas e danos) pode não atender aos interesses do credor, principalmente, quando: i) a prestação prometida não puder ser duplicada ou substituída por outra substancialmente equivalente, através das perdas e danos; ii) for impossível de estimar os danos, seja porque a prestação não tem valor de mercado, seja porque não existe maneira segura de calcular, na sua integralidade, os efeitos do inadimplemento, no momento necessário; iii) a situação do credor não recomenda prosseguir com uma ação de perdas e danos, sendo a execução específica uma forma mais adequada de atender seus interesses; ou iv) simplesmente,

¹⁸Tem-se visto, em alguns julgados, o reconhecimento do direito do inadimplido de não cumprir o que lhe caberia, com fundamento na regra do *exceptio non adimpleti contractus*, seja conforme o art. 375 ou 376 do CC (Cf. Processo 2005.001.19441, TJRJ), Rel. Des. Luiz Felipe Francisco, 8ª Câmara, j. 13.09.2005). Este entendimento, embora conduza ao mesmo resultado prático aqui proposto, não nos parece como o tecnicamente mais correto. Isto porque, a um, não se está tratando, propriamente da parte que ainda não adimpliu no momento em que deveria, mas daquela que se recusa ou não poderá cumprir com a prestação futura. A dois, esta regra não impede que o inadimplido seja obrigado a cumprir, quando caberia a este cumprir antes daquele que repudiou o contrato.

para evitar uma multiplicidade de ações, por exemplo, quando uma miríade de credores é atingida pelo inadimplemento antecipado.¹⁹

Nesses casos, ou em outros que sejam convenientes ao inadimplido, é seu direito exigir a execução específica da avença, de forma a satisfazer seus interesses. E o reconhecimento deste direito não decorre apenas de eventuais questões éticas ou morais, mas de uma necessidade do tráfico social. Isto porque, conforme se tem apontado, a possibilidade de execução específica é um mecanismo eficiente para incentivar o devedor a cumprir e tornar uma relação não cooperativa em cooperativa. Afinal: “Podemos afirmar que a possibilidade de cumprimento encoraja a troca e a cooperação. O papel de qualquer tribunal é exatamente este: garantir o cumprimento da promessa original, visto que tal instituição incentiva a redução do risco [...] Não por outra razão, Cooter e Ullen afirmam que um contrato que pode ser exigido é aquele que transforma *um jogo de solução não cooperativa em outro com solução cooperativa.*”²⁰

Mas, para verificar as possibilidades da execução específica, em caso de inadimplemento antecipado, temos, novamente, que nos debruçar sobre o problema da compatibilidade do instituto com o processo geral de execução.

Até bem recentemente, o inadimplemento de obrigação de fazer ou não fazer, quando se tratava de uma prestação infungível, necessariamente se convertia em perdas e danos, eis que não era possível ao credor obrigar o devedor a cumprir o avençado, e, assim, invadir o campo da liberdade pessoal deste.

Para o caso das chamadas prestações fungíveis, por força do disposto no art. 881, do CC/1916, quando o fato pudesse ser executado por terceiro, era livre ao credor mandar terceiro executar às custas do devedor, em caso de recusa ou mora deste. Da mesma forma, conforme o art. 883, em caso de o devedor praticar ato a cuja abstenção se obrigara, o credor poderia exigir que o desfizesse, sob pena de o desfazer à sua custa, ressarcindo o culpado perdas e danos.

¹⁹ Este último exemplo é bem familiar ao brasileiro, que o remete logo ao caso da falência da empresa ENCOL S.A. Engenharia, Comércio e Indústria. Neste caso, a execução de diversos empreendimentos imobiliários foi suspensa, obrigando os credores da empresa ENCOL a enfrentarem uma longa peregrinação pelo Judiciário para conseguir o direito de concluir seus respectivos empreendimentos imobiliários.

²⁰ PINHEIRO. Armando Castelar; SADDI, Jairo. *Op. cit.*, p. 128 (grifos nossos).

Em relação às obrigações de dar, por outro lado, era permitida a execução forçada, obrigando o devedor a entregar o que fora combinado. Isso, é claro, se o “dar” não estivesse vinculado a uma obrigação de fazer infungível, caso em que se aplicaria a referida vedação. E, ainda que não fosse o caso, uma execução forçada de obrigação de dar sujeitava-se às intempéries e aos requisitos de qualquer processo de execução. Era necessário, portanto, a instauração de um processo executivo autônomo, com todas as formalidades inerentes à sua formação por iniciativa de parte, nova citação do obrigado (caso de execução fundada por título judicial) e, sobretudo, procedimentos muito complexos e demorados.

Desta forma, até para o cumprimento de obrigação de dar, seria impensável a viabilização de qualquer execução específica, em sede de inadimplemento antecipado, eis que esta esbarraria nos óbices impostos à propositura de qualquer procedimento executivo (isto é, a necessidade de um título líquido, certo e exigível).

Referida situação, entretanto, foi parcialmente superada por própria iniciativa legislativa, que, diante de uma necessidade de garantir maior efetividade à prestação jurisdicional, aprovou as Leis 8.952, de 13.12.1994, e 10.444, de 07.05.2002, que alterou e introduziu os arts. 461 e 461-A, do Código de Processo Civil, respectivamente.

Conforme estabelecido pela nova sistemática, na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou, se procedente o pedido, determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento.

Nestes casos, para a efetivação da tutela específica ou a obtenção do resultado prático equivalente, poderá o juiz, de ofício ou a requerimento, determinar as medidas necessárias, tais como a imposição de multa por tempo de atraso, busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, desfazimento de obras e impedimento de atividade nociva, se necessário com requisição de força policial (§ 5.º).

O mesmo se aplica à obrigação de entregar coisa, pois, a partir de agora, o juiz poderá conceder a tutela específica, fixando prazo para que o devedor cumpra a obrigação. Não cumprida a obrigação no prazo estabelecido, expedir-se-á, em favor do credor, mandado de busca e apreensão ou de imissão na posse, conforme se tratar de coisa móvel

ou imóvel. Isso, sem embargo da imposição de eventuais *astreintes* ou outras medidas, a fim de “incentivar” o devedor a entregar a coisa.

Esta inovação traz uma possibilidade importante para efetivação do inadimplemento antecipado, eis que, para a obtenção da tutela específica, não há mais os formalismos impostos pelo processo normal de execução. Agora, a parte interessada, em caso de risco ou grave ameaça para seu direito, poderá buscar a tutela específica no próprio procedimento ordinário, através da obtenção de uma medida liminar neste sentido. A medida liminar obtida no processo de conhecimento, por certo, cumprirá o papel de um título executivo, permitindo a realização da execução específica.

Assim, o antigo óbice procedimental para a execução específica, em sede de inadimplemento antecipado, não mais existe. Isto porque não se faz mais necessário que o devedor apresente um título executivo extrajudicial líquido e vencido para pleitear a medida, mas apenas a determinação judicial, ainda que em sede de liminar, determinando a execução específica.

Deve ser reconhecido, entretanto, que a execução específica sofre limitações, pelo fato de não haver ainda o vencimento da dívida, demandando do intérprete (e, principalmente, do juiz) uma certa parcimônia em sua aplicação.

Tais limitações são evidentes quando diante de obrigações de fazer instantânea e a termo, onde o adimplemento equivale à realização de um único ato futuro, como seria o caso da pintura de um quadro ou a organização de um serviço de bufê para determinada festa. Nestes casos, mesmo configurado o inadimplemento antecipado, tal fato não permitirá ao credor exigir a obrigação antes do vencimento do termo.

A título exemplificativo, não seria possível, em ocorrendo o inadimplemento antecipado por uma empresa de fornecimento de alimentos para bufê, obrigá-la a prestar o serviço contratado antes da data do vencimento da obrigação. Neste caso, inevitavelmente, a parte prejudicada terá que se contentar com a rescisão do contrato e eventual ressarcimento de perdas e danos.

Por outro lado, nada impede que, tendo o devedor se recusado a prestar, antecipadamente, o juiz imponha-lhe, previamente, *astreintes*, caso a recusa mantenha-se até o momento de prestar, conforme pactuado. Tais *astreintes*, por certo, apenas incidiriam a partir do momento em

que a obrigação tornar-se-ia exigível, sendo seu objetivo tanto exercer um efeito psicológico sobre o devedor, forçando-o a cumprir a avença, quanto tornar a prestação jurisdicional mais célere e eficaz.

Mas essa não seria a única possibilidade de realização de execução específica, em caso de inadimplemento antecipado. Por exemplo, nas obrigações que demandam a realização de atos preparatórios, como a obtenção de licença governamental ou a realização de alguma obra específica e prévia, é possível vislumbrar a execução específica para determinar que o devedor pratique tais atos, sob pena da adoção das medidas coercitivas previstas em lei.

Finalmente, é possível ainda a aplicação dos aludidos arts. 249 e 251 do CC, para os casos de inadimplemento antecipado. Assim, em ocorrendo o inadimplemento, poderá o credor contratar com terceiros a realização do objeto do contrato primitivo, cabendo ao devedor original arcar com os prejuízos decorrentes de tal medida, como, por exemplo, o custo decorrente da contratação em ritmo emergencial para concluir a obra, ou mesmo, os custos com a negociação e elaboração do novo contrato, dentro dos limites da boa-fé.

5. CONCLUSÕES

A obrigação, analisada numa perspectiva contemporânea, determina que certos tipos de conduta possam ser exigidos do devedor a qualquer tempo, de forma que o não-cumprimento destas deve ser caracterizado como um inadimplemento da obrigação. Como consequência necessária desta compreensão do vínculo obrigacional, toda manifestação de vontade contrária ao cumprimento da obrigação é contrária ao modo como deve exprimir-se constantemente a vontade do devedor, bem como uma violação do dever de correção que deve marcar toda relação obrigacional, podendo caracterizar o inadimplemento antecipado da prestação.

Isto, principalmente, reconhecendo-se a relação de instrumentalidade, ou melhor, interdependência entre o inadimplemento antecipado da prestação e os princípios da proteção da confiança legítima e da boa-fé. Ou seja, enquanto os aludidos princípios servem de fundamento para o instituto, este é um pressuposto necessário para a concretização do princípio nos casos concretos. ☐

A Evolução do Conceito de Culpa e o Artigo 944 do Código Civil

Paula Greco Bandeira

Mestranda em Direito Civil da Faculdade de Direito da UERJ

1. EVOLUÇÃO DO CONCEITO DE CULPA. DA CULPA SUBJETIVA (PSICOLÓGICA) À CULPA NORMATIVA. CRÍTICA À REGRA DO *BONUS PATER FAMILIAS*

A noção de culpa, embora presente na linguagem vulgar, e, no âmbito jurídico, desenvolvida pela doutrina ao longo de milhares de anos, permanece, ainda nos dias de hoje, obscura, confusa e imprecisa.¹ Trata-se, como advertido pelos irmãos MAZEAUD, de um dos pontos mais delicados da responsabilidade civil.² De fato, o conceito de culpa, notadamente a aquiliana, é objeto de intermináveis divergências doutrinárias, revelando, em sua gênese, feição subjetiva ou psicológica e, posteriormente, ganhando contornos objetivos.

A culpa subjetiva ou psicológica consiste na avaliação do estado anímico do ofensor, típica de uma avaliação moral e subjetiva da conduta individual. Em outras palavras, busca-se perquirir os elementos psicológicos do agente que viola o dever de conduta, verificando-se se tinha a possibilidade de prever os resultados danosos de sua atuação (culpa) ou se agiu com intenção de prejudicar (dolo). Assim, a culpa

¹A constatação é de GONÇALVES, Luiz da Cunha. *Tratado de direito civil em comentário ao Código Civil Português*. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 1957, v. XII, t. II, p. 576 e ss., o qual passa em revista diversos significados atribuídos pela doutrina ao conceito de culpa.

²H. e L. MAZEAUD, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, t. I, 3ª ed., 1938, v. I, n. 380.

é tratada como elemento subjetivo ou psicológico do ilícito, razão de um juízo moral de condenação do sujeito.³

Note-se, portanto, que a noção de culpa psicológica reúne dois elementos essenciais, a saber: (i) a violação de um dever preexistente, resultado da manifestação de vontade livre e consciente do agente; e (ii) a previsibilidade do resultado danoso, “pressuposto lógico e psicológico de sua evitação”.⁴ Ressalte-se que a concepção subjetiva da culpa, ao exigir o elemento vontade do agente na violação do dever de conduta – expresso pelo dolo ou pela culpa, pouco importa –, impede que haja valoração gradual do dever de indenizar de acordo com o grau de culpa. Desta feita, a culpa levíssima, leve ou grave gerariam igual dever de reparar o dano, de modo que *tertius non datur*: ou bem se está diante de violação do dever de conduta, e aí verifica-se a culpa (independentemente do grau), impondo-se o dever de reparar o dano, ou não se está diante da violação da norma e, portanto, não há que se falar em culpa e, por conseguinte, em dever de reparar.⁵

Além disso, tradicionalmente, aqui e alhures, a definição de culpa em sentido estrito traduz-se nos conceitos de negligência, imprudência e imperícia. Assim, afirma-se que a negligência consiste na “omissão daquilo que razoavelmente se faz, ajustadas as condições emergentes às considerações que regem a conduta normal dos negócios humanos. É a inobservância das normas que nos ordenam operar com atenção, capacidade, solicitude e discernimento”. A imprudência, por sua vez, corresponde à “precipitação no procedimento considerado, sem cautela, em contradição com as normas do procedimento sensato. É a afoiteza do agir, o desprezo das cautelas que devemos tomar em nossos atos”. E, por fim, a imperícia consubstancia-se, originariamente, na “falta de habilidade”.⁶ Como se vê, tais conceitos, a que ordinariamente se remete a noção de culpa em sentido estrito, revelam o caráter moral ou psicológico atribuído, no mais das vezes, à culpa.

³ “Alla nozione soggettiva continua tuttavia a fare riferimento una larga parte della dottrina privatistica, che definisce la colpa come l’elemento soggettivo o psicologico dell’illecito, ragione di un giudizio morale di condanna del soggetto” (BIANCA, Massima. *Diritto civile*, v. 5. Milão: Dott. A. Giuffrè, 1994. p. 576).

⁴ MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*, Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 210.

⁵ MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*, cit. p. 210.

⁶ DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. 11. ed. rev. e atual. por Rui Berford Dias. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 149.

De acordo com Silvio Rodrigues, na concepção moral de culpabilidade, “o ato danoso deve ser imputado a seu autor. Assim, mister se faz não só que haja ele violado uma regra de conduta, mas que, agindo dentro de seu livre-arbítrio, tenha o agente tido a possibilidade de prever, de agir diferentemente, impedindo, se lhe aprouvesse, o evento danoso”.⁷

Dentre os partidários da noção de culpa subjetiva na doutrina brasileira, destacam-se Pontes de Miranda, que se refere à culpa como a “falta de devida atenção”⁸, e José de Aguiar Dias, para quem a culpa encontra-se inevitavelmente atrelada ao requisito moral, caracterizando-se pelo desprezo, por parte do agente, do resultado previsível de sua conduta de inobservância da norma de comportamento.⁹

A conotação psicológica ou subjetiva da culpa consagra, portanto, a idéia de que não há responsabilidade sem culpa, atribuindo-se à culpa preponderância na etiologia do ato ilícito.¹⁰

Destaque-se que, na concepção subjetiva ou psicológica da culpa, o foco da responsabilidade civil encontra-se na figura do ofensor, vez que se mostra imprescindível a análise do estado anímico do agente causador do dano. Por esta razão, tal noção impinge à vítima prova diabólica da culpa do agente, o que levou, posteriormente, à constatação de que o lesado, por força da dificuldade probatória, restava, muitas vezes, sem indenização pelos danos sofridos.

Com o objetivo de superar a dificuldade probatória que se impunha à vítima, impulsionou-se a criação de presunções de culpa, cabendo ao suposto agente provar que não agiu com culpa. Ao lado disso, assistiu-se ao formidável desenvolvimento da responsabilidade objetiva, fundada na teoria do risco, criando-se inúmeras hipóteses de responsabilidade sem culpa.¹¹

⁷ RODRIGUES, Silvio. **Direito civil: responsabilidade civil**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, v. 4, p. 145.

⁸ “*Negligentia*, desidia etc, e, nos textos, culpa, termo genérico, que pode empregar-se em sentido estrito, para se distinguir de *dolus*, é a falta de devida atenção” (MIRANDA, Pontes de. **Manual do Código Civil Brasileiro**. In: Paulo de Lacerda (coord.). Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos, 1927, p. 130).

⁹ DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**, cit. p. 148-149.

¹⁰ CHIRONI, G. P. **La colpa nel diritto civile odierno: colpa extra-contrattuale**. 2. ed. Torino: Fratelli Bocca Editori, v. 1, 1903. p. 35.

¹¹ Sobre a evolução da responsabilidade civil, a partir das presunções de culpa e, posteriormente, o crescimento das hipóteses de responsabilidade objetiva, v. TEPEDINO, Gustavo. “A evolução da responsabilidade civil no direito brasileiro e suas controvérsias na atividade estatal”. In: **Temas de Direito Civil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 193 e ss.

As transformações econômicas e sociais, que determinaram a criação de novas categorias na responsabilidade civil destinadas a solucionar os problemas que se impunham à época, culminaram, no século XX, na mudança de seu foco, que se deslocou do agente causador do dano à vítima, com vistas à reparação mais ampla possível dos prejuízos por ela sofridos. Na esteira destas transformações pelas quais passava a responsabilidade civil, o conceito de culpa psicológica ou subjetiva revelou-se insuficiente, impondo-se, a partir de então, a sua revisão.

Surge, assim, o conceito de culpa objetiva ou culpa normativa, criado pelos irmãos MAZEAUD. De acordo com esta concepção, a culpa consiste em erro de conduta que não seria cometido por uma pessoa avisada, colocada nas mesmas circunstâncias externas do autor do dano.¹² Dito por outras palavras, para se verificar se o agente incorreu em culpa, deve-se analisar não o seu lado psicológico, aí incluídas as suas particularidades psíquicas ou morais (culpa *in concreto*), porque tais circunstâncias lhe são internas, mas, antes, impõe-se a comparação objetiva entre a sua conduta e a de um tipo abstrato – o *bonus pater familias* –, tomado como modelo geral de comportamento, que deve ser colocado nas mesmas circunstâncias externas do autor do dano (culpa *in abstracto*). Assim, caso o tipo abstrato, hipoteticamente considerado nas mesmas circunstâncias externas do agente, não violasse a regra de conduta, o agente terá agido com culpa.

Note-se que o tipo abstrato de comparação se traduz na figura do homem normal, o homem médio, avisado e prudente, que vive em sociedade, e age sempre, em determinadas circunstâncias, de modo uniforme.¹³ Trata-se, na expressão de CHIRONI, do *homo economicus*,¹⁴ e não de um super-homem. Ao propósito, afirma DE PAGE, que o homem médio não pode ser o *homo juridicus*, uma pura abstração, pois que este seria irreal e absurdo, mas o homem abstratamente diligente,

¹² "La faute quase-délictuelle est une erreur de conduite telle qu'elle n'aurait pas été commise par une personne avisée placée dans les mêmes circonstances externes que l'auteur du dommage" (H. e L. MAZEAUD, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, cit. n. 381).

¹³ LIMA, Alvino. *Culpa e risco*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, 2. ed. rev. e at. pelo Prof. Ovídio Rocha Barros Sandoval, p. 58.

¹⁴ CHIRONI, G. P. *La colpa nel diritto civile odierno: colpa extra-contrattuale*, cit. p. 127.

prudente e circunspecto.¹⁵ Nos ordenamentos romano-germânicos, refere-se, comumente, à noção de *bonus pater familias*, a qual corresponde, nas famílias anglo-saxãs, ao *reasonable man*.

Na apreciação da culpa *in abstracto* – repita-se ainda uma vez –, não se consideram as disposições especiais do autor do ato, o seu grau de compreensão das coisas, seus meios ou possibilidades individuais, mas compara-se a sua conduta com a do homem abstratamente diligente, prudente e circunspecto, sem aferir a sua educação, instrução ou aptidões pessoais.¹⁶ Nesta direção, afirma-se que o indivíduo deve ser considerado culpado ainda que “tenha feito o seu melhor para evitar o dano”, isto é, mesmo que não tenha a capacidade de agir como o homem de diligência média naquelas circunstâncias do caso concreto.¹⁷ Contudo, não se desprezam, por completo, as circunstâncias de tempo, lugar, usos, costumes e hábitos sociais, tendo em vista que o homem médio se insere nas mesmas condições externas do autor do ato, ou seja, diante de uma realidade concreta.¹⁸

Em síntese, de acordo com a concepção normativa da culpa, para se verificar se o agente agiu culposamente, deve-se proceder a um juízo normativo entre a sua conduta e a do modelo abstrato de comportamento, abstraindo-se das circunstâncias internas do agente, de ordem intelectual, e atendendo apenas às circunstâncias externas, de ordem física, presentes no momento da prática do ato. Assim, avalia-se o comportamento do agente de acordo com o que se espera

¹⁵ DE PAGE, Henri. *Traité élémentaire de droit civil belge*. 12. ed. Bruxelles : Établissements Émile Bruylant, t. 2, 1948, p. 887-888. Ressalta o autor, ainda, que, na apreciação da culpa *in abstracto*, deve-se levar em conta certas circunstâncias objetivamente concretas, denominadas externas, como tempo, lugar, classe social, os usos etc. Confira-se: “*Forcément, le type de comparaison ne pourra pas être un homo juridicus, une pure abstraction. Il serait irréel, et par conséquent, absurde. On doit donc nécessairement tenir compte de certaines circonstances concrètes, mais objectivement concrètes, tels les circonstances de temps, de milieu, la classe sociale, les usages, les mœurs, les habitudes sociales, etc... C’est ce qu’on a appelé les circonstances externes, pour les opposer aux circonstances ‘internes’ ou subjectives*” (p. 888).

¹⁶ LIMA, Alvinio. *Culpa e risco*, cit. p. 58.

¹⁷ “*Il soggetto che tiene un comportamento non conforme ai canoni obiettivi della diligenza è in colpa anche se abbia fatto del suo meglio per evitare il danno, senza riuscirvi a causa della sua inettitudine personale (imperizia, mancanza del normale grado di intelligenza, età avanzata, ecc.) od economica*” (BIANCA, Massimo. *Diritto civile*, cit. p. 157). No mesmo sentido, na *common law*, exemplifica Patrick ATIYAH que “*(...) although the law only requires reasonable care, it is no defence for a driver to say that he was doing the best. His best may simply not be good enough. Drivers do not have to display the abilities and skill of a Damon Hill or a Michael Schumacher, but they must display the abilities of the ordinary reasonably careful driver. And a driver who is simply unable to do this, because he just is a bad driver, or even because he has a physical disability, will be guilty of negligence just the same*” (*The Damages Lottery*. Oxford: Hart, 1997, p. 5).

¹⁸ Esta é a constatação de LIMA, Alvinio. *Culpa e risco*, cit. p. 60.

do *bonus pater familias* e não do que se deveria esperar daquele que praticou o ato.

Na doutrina brasileira, Alvino Lima, ao se dedicar ao estudo da culpa, asseverou que a teoria da culpa normativa proposta pelos irmãos Mazeaud incidia em dois graves erros. O primeiro deles corresponderia à exclusão do elemento vontade consciente como principal fundamento para a fixação do erro de conduta. Ou seja, mostrar-se-ia indispensável que o agente a que se pretende imputar a culpa fosse capaz de conhecer e apreciar a conduta do homem normal, isto é, do tipo de comparação. Não se trata – ressalta o autor – de apreciar a culpa *in concreto*, vale dizer, de avaliar as faculdades, as aptidões ou os defeitos psíquicos do agente, mas apenas sua capacidade de apreciação da conduta normal do homem, “a fim de que lhes possamos pedir contas do seu desvio do caminho palmilhado por todos os cidadãos prudentes”.¹⁹ Ao lado dessa crítica, sustenta Alvino Lima que o segundo erro de concepção da teoria reside na exclusão, por completo, na apreciação da culpa *in abstracto*, de certos elementos pessoais do agente que devem ser ponderados na determinação de sua responsabilidade. Tal não se confunde com uma espécie de retorno à culpa psicológica, mas, antes, consiste em se determinar se o agente poderia agir, de acordo com sua razão e inteligência, como agiria o *bonus pater familias*.²⁰ Daí muitos autores afirmarem que a culpa compõe-se de dois elementos: um objetivo, traduzido na omissão da diligência do *bonus pater familias*; e, outro, subjetivo, consistente na consciência do ato, “no *poder querê-lo, livremente podendo ou devendo prever as suas conseqüências*”.²¹

Sem embargo da discussão doutrinária acerca da necessidade de o agente conhecer a conduta do homem médio e ser capaz de se orientar segundo este padrão de comportamento para ser responsabilizado, o certo é que a culpa normativa afasta o subjetivismo inerente à concepção psicológica da culpa, fortemente atrelada à intenção e às circunstâncias pessoais do agente, provocando o seu divórcio com a moral, e facilitando, em última análise, a prova da culpa.

¹⁹ LIMA, Alvino. *Culpa e risco*, cit. p. 63.

²⁰ LIMA, Alvino. *Culpa e risco*, cit. p. 65.

²¹ LIMA, Alvino. *Culpa e risco*, cit. p. 67.

Ressalte-se que esta mudança de concepção da culpa (de psicológica a normativa) foi criticada por alguns doutrinadores. Assim, René Demogue sustenta que a culpa normativa, ao adotar o critério do bom pai de família – objetivo –, procedendo-se à análise *in abstracto* da culpa, contraria a idéia de responsabilidade subjetiva.²² Por outro lado, há quem sustente que a culpa apreciada *in concreto* revela-se mais apta a “incitar os indivíduos a se mostrarem mais prudentes”.²³

Observe-se que o próprio critério do bom pai de família, adotado na concepção normativa da culpa, foi alvo de severas críticas por parte da doutrina.²⁴ Indaga-se quem, afinal, seria este bom pai de família, senão um ente abstrato, etéreo, desconhecido da generalidade das pessoas. Em razão das dificuldades em se determinar o padrão de comportamento do *bonus pater familias*, Giorgio Giorgi sustenta que o julgador, no momento de verificar a conduta culposa do ofensor, acaba adotando critérios pessoais,²⁵ o que se traduziria, certamente, na adoção de parâmetro de conduta que ele ou seus conhecidos adotariam nas mesmas circunstâncias. Em outras palavras, o modelo abstrato de conduta do *bonus pater familias* corresponde ao comportamento que o juiz ou seus conhecidos adotariam, hipoteticamente, se situados nas mesmas circunstâncias do caso concreto. Tal parâmetro de comportamento afigura-se tão inacessível e pessoal quanto o padrão de comportamento do ofensor,²⁶ adotado na análise da culpa *in concreto*.

Além disso, em inúmeras situações, propiciadas pelos avanços científicos e tecnológicos e pela crescente complexidade sócio-econômica, o juiz não deterá o conhecimento técnico específico que lhe

²² DEMOGUE, René. *Traité des obligations en général – Sources des obligations*, tomo III, Paris: Librairie Arthur Rousseau, 1923, p. 426: “Il faut avouer que la responsabilité in abstracto est contraire au point de départ de la théorie subjective de la responsabilité. S’étant placée nettement au point de vue de l’auteur elle se refuse à s’y placer jusqu’au bout fait ici une concession à la théorie objective de la responsabilité. (...) En effet l’irresponsabilité dont on bénéficie lorsqu’il y avait impossibilité d’empêcher le dommage ne s’explique pas”.

²³ Confira-se um apanhado das diversas posições em LIMA, Alvino. *Culpa e risco*, cit. p. 65.

²⁴ Cf. a crítica de René Savatier, *Traité de la responsabilité civile en droit français*, tomo I, Paris: LGDJ, 1951, p. 7. V., ainda, no âmbito da *common law*, Peter Cane. *Atyiah’s accidents, compensation and the Law*. London: Weidenfeld and Nicolson, 1987, p. 37.

²⁵ GIORGI, Giorgio. *Teoria delle obbligazioni nel Diritto Moderno Italiano*. Turim: UTET, 1927, v. IX, p. 49.

²⁶ SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos*. São Paulo: Atlas, 2007, p. 39.

permita se inserir nas circunstâncias do caso para verificar a atuação culposa do ofensor.²⁷ É o que ocorre, por exemplo, na hipótese em que o juiz deva verificar se o administrador de uma grande companhia, ao aprovar a incorporação de uma sociedade controlada indiretamente pela companhia administrada por outra sociedade do mesmo grupo econômico, age com culpa, isto é, em violação ao melhor interesse da companhia administrada. O juiz, à evidência, não detém conhecimento específico que lhe permita concluir se a operação econômica foi vantajosa para a companhia administrada.

Com o intuito de se determinar o padrão abstrato de comportamento a ser considerado na análise da culpa, conferindo concretude à regra do *bonus pater familias*, a doutrina propõe a fixação de *standards* de conduta específicos que irão variar de acordo com cada tipo de atividade. Conforme leciona Maria Celina Bodin de MORAES:

*(...) Através da nova concepção [culpa normativa], existirão tantos modelos de diligência quanto forem os tipos de conduta (profissional, desportiva, na direção de veículos etc.) presentes no contato humano, de modo que os parâmetros, entre os tipos, serão variáveis (e diz-se que foram 'subjativados' ou relativizados). Isto é o que permite que se estabeleçam padrões – standards – de conduta que exigirão do agente um comportamento judicioso, o qual variará em cada situação, consideradas sua profissão e demais circunstâncias pessoais.*²⁸

²⁷ Neste sentido, SCHREIBER, Anderson: “Não apenas as desigualdades sociais, como também a crescente complexidade da vida contemporânea, a especialização dos setores econômicos e o avanço desconcertante das novas tecnologias resultam em que, muitas vezes, o juiz se vê diante de situações às que não se pode transportar. Como poderia o julgador, individualmente, no isolamento de seu gabinete, por exemplo, estabelecer o cuidado médio que deve ser adotado na elaboração das demonstrações financeiras de uma grande empresa, na reparação de uma aeronave, na atuação policial em confronto com o crime organizado, na manipulação de material genético? Tais hipóteses revelam talvez a mais notável deficiência do modelo abstrato de comportamento: a sua unicidade” (**Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos**, cit. p. 39-40).

²⁸ **Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais**, cit. p. 213. No mesmo sentido, SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos**, cit. p. 40: “Prendendo-se a uma elevada generalização, tanto o *bonus pater familias* quanto o *reasonable man* tornam-se inúteis à avaliação das novas situações concretas em sua rica multiplicidade. A definição de um padrão único de diligência parece, de todo, incompatível com uma realidade complexa e plural, como a que caracteriza as sociedades contemporâneas. Daí verificar-se, por toda parte, um fenômeno que se poderia designar como fragmentação do modelo de conduta, ou seja, a utilização de parâmetros de comportamento específicos e diferenciados para as mais diversas situações”.

O estabelecimento dos *standards* de conduta pelos magistrados se efetivará por meio do recurso a entidades e órgãos técnicos e aos peritos que possuam o conhecimento especializado de que se necessita para a avaliação de determinado tipo de comportamento. Esta a solução sustentada por Anderson Schreiber, para quem

*(...) os tribunais passam a recorrer à assistência de órgãos, entidades e técnicos periciais que tenham conhecimento específico sobre o tipo de comportamento que se avalia. Ao invés de se valer de um tão genérico quanto irreal **bonus pater familias**, seja na avaliação do transporte de material genético que restou danificado, seja na avaliação de uma companhia acusada de divulgar balanços adulterados, as cortes tendem, cada vez mais, a se socorrer de parâmetros específicos de conduta que levem em conta, no primeiro caso, os procedimentos técnicos habituais, as condições em que se deu o transporte, as recomendações da Agência Nacional de Saúde e de entidades especializadas; e, na segunda hipótese, as normas gerais de contabilidade, as práticas habituais na elaboração de demonstrações financeiras, o grau de controle da auditoria externa, e assim por diante.²⁹*

Ressalte-se, aqui, o importante papel a ser desempenhado pelos advogados, instados a disponibilizarem aos juízes pareceres especializados e dados técnicos que lhes auxiliem na fixação dos *standards* de comportamento.

Assim, ao se valerem dos conhecimentos técnicos de que dispõem os órgãos e os peritos especializados, os juízes estarão aptos a estabelecer o padrão de comportamento a ser esperado do agente no desempenho daquela atividade específica. Não se trata de abandono à regra do homem médio (isto é, do **bonus pater familias**), mas, antes, de sua especificação, ao se determinar o que o médico “médio”, o motorista “médio”, o administrador “médio” fariam nas mesmas circunstâncias em que se situava o ofensor. A culpa, em suma, passa a significar a violação a um *standard* de conduta.³⁰

²⁹ SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos*, cit. p. 41.

³⁰ MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*, cit. p. 212.

2. OS GRAUS DE CULPA NO DIREITO BRASILEIRO E O SEU SIGNIFICADO DIANTE DA NORMATIZAÇÃO DA CULPA. A INTRODUÇÃO DA REGRA DO PARÁGRAFO ÚNICO DO ART. 944 DO CÓDIGO CIVIL

Tradicionalmente, divide-se a culpa, quanto à sua intensidade ou gravidade, em três graus: grave, leve e levíssima. Na culpa grave, afirma-se, o autor, embora não tenha agido com a intenção de causar o dano, comportou-se como se o tivesse querido, daí equiparar-se ao dolo. A culpa leve, por sua vez, corresponderia à falta de diligência média, que um homem normal empregaria em sua conduta. E a culpa levíssima, por fim, diria com a conduta que escaparia ao padrão médio, mas que um *diligentissimo pater familias*, especialmente cuidadoso, observaria.³¹ Trata-se do grau máximo de cuidado, atenção e prudência humanamente possível, que adotaria o diligentíssimo pai de família.

A tripartição dos graus de culpa associa-se, frequentemente, à classificação da culpa em negligência, imprudência e imperícia, a fim de se verificar se o agente agiu com culpa grave, leve ou levíssima, e remonta à idéia de culpa psicológica, uma vez que analisa a intenção do agente na determinação do grau de culpa.

Note-se que, a despeito da referência quase unânime da doutrina brasileira aos graus de culpa, estes sempre foram considerados irrelevantes para o direito brasileiro no que tange à responsabilidade aquiliana, impondo-se a reparação de acordo com a extensão do dano e, portanto, independentemente do grau de culpa do ofensor. Dito diversamente, pouco importa a gravidade da culpa para o cálculo da indenização, que se medirá de acordo com a extensão do dano. A regra era extraída do art. 1.060 do Código Civil de 1916, *in verbis*:

“Ainda que a inexecução resulte de dolo do devedor, as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeito dela direto e imediato”.

³¹ SILVA PEREIRA, Caio Mário da. *Responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 71.

As noções de dolo e a culpa, portanto, fundiram-se na idéia de ato ilícito,³² positivado no art. 159 do Código Civil de 1916, nos seguintes termos:

“Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano”.

Deste modo, no direito brasileiro, por força da desimportância atribuída aos graus de culpa, consagrou-se a regra de que a indenização mede-se pela extensão do dano, aferida de acordo com o nexo causal, impondo-se uma vez configurada a prática do ato ilícito. Por esta razão, mesmo nas hipóteses de culpa levíssima, impunha-se a reparação, traduzida no adágio latino *in Lex Aquilia et levissima culpa venit*. A regra se coadunaria com o deslocamento do foco da responsabilidade civil da figura do ofensor para a da vítima, objetivando-se a mais ampla reparação possível pelos danos por esta sofridos, e com a ausência de caráter punitivo do direito civil, que, ao contrário do direito penal, não recomenda a análise dos graus de culpa do ofensor para a sua condenação.

De outra parte, a responsabilização do ofensor, mesmo nas hipóteses de culpa levíssima, afigurar-se-ia incompatível com a concepção normativa de culpa. Com efeito, na culpa objetiva ou normativa, a inobservância do *standard* médio de conduta legitimamente exigível na prática de determinada atividade equivaleria, na culpa subjetiva, à culpa leve. A culpa grave, por outro lado, traduziria a violação a *standard* de conduta posicionado abaixo do *standard* médio. E a culpa levíssima, por sua vez, corresponderia a um *standard* de conduta situado acima do *standard* médio, adotado pelo homem diligentíssimo e, por isso mesmo, inexigível, via de regra, do homem médio.

Deste modo, a culpa leve e grave acarretariam sempre a responsabilização do agente, ao passo que a culpa levíssima não teria, no comum dos casos, o condão de ensejar a responsabilização daquele que deixou de observar a regra de conduta normalmente adotada

³² SANTOS, J. M. Carvalho. Código civil brasileiro interpretado, v. XX. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1962, 7. ed. p. 195.

pelo homem diligentíssimo, já que este padrão de conduta revela-se inexigível da generalidade dos homens na prática de determinada atividade.³³ Note-se, ao propósito, que os graus de culpa leve, grave e levíssima devem ser lidos à luz da concepção normativa da culpa, afastando-se da carga subjetiva ou psicológica de outrora, e adquirindo, por conseguinte, feição objetiva.

Sobre a imposição de responsabilidade do agente nas hipóteses de culpa levíssima, Sílvio Rodrigues criticava esta solução legal, considerando-a injusta. Sustentava o autor que nos casos de culpa levíssima, na qual incorrem mesmo pessoas extremamente cautelosas, deveria o juiz se valer de benignidade para fixar a indenização, flexibilizando a regra segundo a qual a indenização mede-se pela extensão do dano.³⁴ Em defesa de sua tese, assim exemplificava o autor:

*“Se uma pessoa, no vigésimo andar de um prédio, distraidamente se encosta na vidraça e esta se desprende para cair na rua e matar um chefe de família, aquela pessoa, que cometeu apenas uma inadvertência, poderá ser condenada ao pagamento de uma enorme indenização, capaz de consumir toda a economia de sua família. Pequena culpa, gerando enorme e dolorosa conseqüência.”*³⁵

O legislador do Código Civil de 2002 positivou expressamente, no *caput* do art. 944, a regra de que a indenização mede-se pela extensão do dano, já sedimentada em nosso ordenamento jurídico, sobre a qual se assentava a idéia de responsabilização do agente mesmo nas hipóteses de culpa levíssima, com o seguinte teor:

³³ Como observa Maria Celina Bodin de MORAES, “O brocardo latino *in lege Aquilia et levissima culpa venit* ainda hoje é chamado a justificar a atribuição de responsabilidade em caso de culpa levíssima. Não obstante, a diligência normal, ao se reconduzir ao *standard* médio, configura o modelo de conduta profissional esperado, não parecendo nem possível nem razoável manter-se uma exigência acima do *standard* no âmbito da concepção normativa da culpa. Fez-se referência a esta teoria da culpa justamente por sua incompatibilidade em relação a um juízo punitivo” (**Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais**, cit. p. 216-217).

³⁴ “Tal solução, que é a da lei, não me parece justa, principalmente nos casos de culpa extremamente leve. Em tais hipóteses, quando o dano adveio de negligência ou imprudência do agente, portanto de culpa, mas de culpa levíssima, como a em que incorre mesmo a pessoas extremamente prudente e cautelosa, devia o legislador recomendar ao juiz que usasse de benignidade no fixar a indenização. Aliás, tenho para comigo que em muitos casos de culpa levíssima a sentença absolutória se funda na inexistência de culpa, embora seja inegável a existência daquela” (RODRIGUES, Sílvio. **Direito civil: responsabilidade civil**, cit. p. 149).

³⁵ RODRIGUES, Sílvio. **Direito civil: responsabilidade civil**, cit. p. 188.

“A indenização mede-se pela extensão do dano”.

Entretanto, no parágrafo único do mesmo dispositivo, trouxe exceção a esta regra, nos seguintes termos:

“Parágrafo único. Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, eqüitativamente, a indenização”.

Como se vê, o dispositivo confere ao juiz a possibilidade de reduzir, de forma eqüitativa, a indenização, quando, no caso concreto, haja excessiva desproporção entre o grau de culpa do agente e o dano causado. Assim, o preceito autoriza a restrição à indenização devida à vítima mediante a análise do grau de culpa do ofensor. Ao reintroduzir a discussão acerca da repercussão dos graus de culpa na fixação da indenização, a norma vai na contramão de solidificada doutrina da responsabilidade civil acerca da desimportância dos graus de culpa para o cálculo da indenização e da busca da mais ampla reparação possível pelos danos sofridos pela vítima.³⁶ Além disso, a norma volta a atenção dos estudiosos para a culpa, categoria cada vez mais esquecida com as crescentes hipóteses de responsabilidade objetiva, e para a figura do ofensor, preterido pela doutrina em relação à vítima. Surge, a partir daí, acalorado debate doutrinário acerca do sentido e alcance da norma contida no parágrafo único do art. 944 do Código Civil. É ver-se.

3. O SENTIDO E ALCANCE DA NORMA CONTIDA NO PARÁGRAFO ÚNICO DO ART. 944 DO CÓDIGO CIVIL

O legislador de 2002, ao inserir a regra contida no parágrafo único do art. 944 do Código Civil, inspirou-se no art. 43 do Código

³⁶ A norma utiliza, com efeito, dois parâmetros para a fixação da indenização – o grau de culpa e a extensão do dano – os quais se afiguram contraditórios. Daí afirmar Maria Celina Bodin de MORAES: “A escolha legislativa pela irrelevância do grau de culpa foi uma opção de ordem lógica. Uma alternativa excluía a outra, porque das duas, uma: ou bem se determinava a indenização de todo o dano, e o grau de culpa não poderia ser levado em consideração, ou bem se media a conduta, permitindo a indenização menor do que seria necessário à reparação, em caso de culpa mais leve” (*Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*, cit. p. 297).

Suíço das Obrigações e na segunda alínea do art. 44, com a seguinte redação:

“Art. 43. 1. Le juge détermine le mode ainsi que l’étendue de la réparation, d’après les circonstances et la gravité de la faute. 2. Des dommages-intérêts ne peuvent être alloués sous forme de rente que si le débiteur est en même temps astreint à fournir des sûretés.”

“Art. 44. (...) 2. Lorsque le préjudice n’a été causé ni intentionnellement ni par l’effet d’une grave négligence ou imprudence, et que sa réparation exposerait le débiteur à la gêne, le juge peut équitablement réduire les dommages-intérêts.”

Na dicção destes preceitos legais, o juiz irá determinar a extensão da reparação de acordo com as circunstâncias do caso e a gravidade da culpa do agente. Caso o dano tenha sido causado sem intenção, tampouco como resultado de grave negligência ou imprudência, assegura-se ao juiz a faculdade de reduzir equitativamente a indenização se a reparação integral do dano expuser o devedor a situação financeira precária.

Na mesma esteira, o Código Civil português adotou norma semelhante em seu art. 494º, nos seguintes termos:

Art. 494º. (Limitação da indemnização no caso de mera culpa)
“Quando a responsabilidade se fundar na mera culpa, poderá a indemnização ser fixada, equitativamente, em montante inferior ao que corresponderia aos danos causados, desde que o grau de culpabilidade do agente, a situação económica deste e do lesado e as demais circunstâncias do caso o justifiquem.”

De acordo com o dispositivo, o magistrado poderá fixar a indenização, de forma equitativa, em montante inferior aos danos causados, levando em conta não apenas o grau de culpa do agente, mas também a sua situação econômica e a do lesado e as demais circunstâncias do caso, o que não é autorizado de forma expressa pelo parágrafo único do art. 944 do Código Civil brasileiro. Além disso, o Código

Civil português, em seu art. 499^o,³⁷ estende a aplicação da norma às hipóteses de responsabilidade objetiva. A regra, por outro lado, cinge-se à responsabilidade aquiliana, vez que, na responsabilidade contratual, eventual redução da indenização pelo magistrado fugiria das expectativas do contraente lesado.³⁸

Na mesma direção, os “Princípios de Direito Europeu da Responsabilidade Civil”, que ainda não estão em vigor, dispõem, no art. 10, que o juiz poderá reduzir a indenização caso, diante da situação econômica das partes, a reparação integral constitua encargo opressivo para o ofensor, devendo-se considerar especialmente o fundamento da responsabilidade, a extensão da proteção do interesse e a dimensão do dano.³⁹

No que tange especificamente ao ordenamento jurídico brasileiro, a norma contida no parágrafo único do art. 944 do Código Civil, como aludido anteriormente, autoriza o magistrado a reduzir equitativamente a indenização devida à vítima caso haja excessiva desproporção entre o grau de culpa do ofensor e os danos por ela sofridos. Com o escopo de determinar o âmbito de aplicação da norma, afigura-se imprescindível verificar, fundamentalmente, (i) qual sua hipótese de cabimento, definindo, neste passo, se se aplica ao dano moral e ao material; (ii) se faculta ao juiz que se leve em conta as circunstâncias do caso concreto para a redução da indenização; (iii) se incide nas hipóteses de responsabilidade objetiva e subjetiva; (iv) se alcança a responsabilidade contratual e extrancontratual; e, se, por fim, (v) autoriza os *punitive damages* no direito brasileiro.

Com relação à aplicação do parágrafo único à reparação do dano moral e material, há quem defenda, de um lado, esta possibilidade, representando a norma medida de equidade apta a atenuar a

³⁷ “Art. 499^o. (Disposições aplicáveis). São extensivas aos casos de responsabilidade pelo risco, na parte aplicável e na falta de preceitos legais em contrário, as disposições que regulam a responsabilidade por factos ilícitos”.

³⁸ “A possibilidade de gradação equitativa da indemnização, quando haja mera culpa do lesante, está consagrada na lei para a responsabilidade extracontratual (art. 494^o), mesmo que fundada no risco (art. 499^o), não devendo considerar-se extensiva à responsabilidade contratual, onde se afigura pouco de acordo com as legítimas expectativas do contraente lesado” (Mário Júlio de Almeida Costa. *Direito das obrigações*, 9. ed. Coimbra: Almedina, 2001, p. 496-497).

³⁹ “Art. 10:401. Limitação da indenização. Excepcionalmente, se face à situação econômica das partes a reparação integral constituir um encargo opressivo para o réu, a indenização pode ser reduzida. Para tomar esta decisão, deve ter-se em consideração, especialmente, o fundamento da responsabilidade (art. 1:101), a extensão da proteção do interesse (art. 2:102) e a dimensão do dano”.

responsabilidade do agente de acordo com as circunstâncias do caso concreto. Nesta direção, os graus de culpa teriam relevância relativamente à quantificação do dever de indenizar, não já para a sua configuração, já que mesmo a leve desconformidade com o *standard* de conduta acarretaria a responsabilização. Ao lado disso, o preceito legal, a despeito de fixar o *quantum debeatur* da indenização de acordo com o grau de culpa, não representaria retorno à concepção psicológica da culpa.⁴⁰

Por outro lado, outros autores sustentam que a norma, com vistas a determinar a extensão da reparação, restaurou a gradação da culpa em grave, leve e levíssima no ordenamento jurídico brasileiro, associando o grau de culpa do agente à análise da culpa psicológica, traduzida na maior ou menor previsibilidade do resultado danoso ou, ainda, na gravidade da negligência, imprudência ou imperícia.⁴¹

De outra parte, defende-se que a norma somente incidirá permitindo a redução da indenização por dano moral ou material excepcionalmente nas hipóteses em que tal redução se afigure imprescindível à proteção do patrimônio mínimo e da subsistência digna do ofensor, tendo por fundamento, por isso mesmo, a equidade e não o grau de culpa. Afirma-se que a redução da indenização com base no grau de culpa acarretaria insegurança jurídica, pois remeteria à razoabilidade ou ao bom senso a definição do grau de culpa, além de criar injustiças, pois que danos de grandes proporções podem ser causados por culpa leve ou levíssima, ao passo que a culpa grave pode ocasionar danos de pequena monta. Assim, a regra, no ordenamento jurídico brasileiro, continua a ser a do caput do art. 944, de modo que a norma do parágrafo único, se interpretada literalmente, revelar-se-ia inconstitucional, vez que viola o princípio da reparação integral do dano sofrido, fundado na cláusula geral de tutela da pessoa humana, constitucionalmente prevista (CF, art. 1º, III), que deve ser o grande norte do julgador ao fixar o montante da reparação.⁴² Por esta razão, o único limite à repa-

⁴⁰ Este é o entendimento de SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos**, cit. p. 43-44.

⁴¹ Confira-se, neste sentido, Sergio Cavalieri Filho e Carlos Alberto Menezes Direito. **Comentários ao novo código civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2004, v. 13, p. 337-338; e, ainda, Miguel Kfourri Neto. **Responsabilidade civil do médico**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 75-76.

⁴² CALIXTO, Marcelo Junqueira. **A culpa na responsabilidade civil: estrutura e função**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 309-310; 318-321; 323.

ração consiste no limite humanitário, “pois a reparação do dano, por força da mesma norma constitucional, não pode privar o ofensor do patrimônio indispensável à sua subsistência digna”.⁴³

Há ainda quem sustente que o parágrafo único do art. 944 do Código Civil consiste em cláusula aberta que deve ser preenchida valorativamente com vistas à aplicação direta das normas constitucionais. Assim, na hipótese de colisão de mais de um princípio constitucional, a norma deve ser utilizada como mecanismo de ponderação para determinar qual princípio deverá prevalecer no caso concreto. Se o princípio da reparação integral tem caráter constitucional, o dispositivo apenas se aplica caso tenha por fundamento outro princípio constitucional que prevaleça no caso concreto. À guisa de exemplo, o preceito contido no parágrafo único do art. 944 incidirá na hipótese em que a reparação integral dos danos prive o ofensor do patrimônio mínimo, em preponderância dos princípios da dignidade da pessoa humana e da solidariedade social.⁴⁴

Outros autores, a seu turno, defendem que a aplicação do parágrafo único do art. 944 do Código Civil se restringiria aos danos materiais, não alcançando o dano moral. Isso porque a norma, de natureza infraconstitucional, ao diminuir a indenização da vítima com base no grau de culpa do ofensor, excepcionaria o princípio da reparação integral, fundado no princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. Assim, não seria dado à norma infraconstitucional limitar o alcance da norma constitucional de reparação integral do dano (Art. 5º, V, X, CF). Deste modo, a norma do parágrafo único do art. 944 revelar-se-ia inconstitucional relativamente ao dano moral.⁴⁵ Além disso, a norma traria situações de injustiça, pois que danos de grande monta causados por culpa leve ou levíssima seriam indenizados apenas parcialmente, ao passo que danos de pequena monta derivados de culpa grave seriam plenamente reparados. Desta feita, criar-se-ia para a vítima situação de ressarcimento parcial, o que não se admite em

⁴³ CALIXTO, Marcelo Junqueira. *A culpa na responsabilidade civil: estrutura e função*, cit. p. 325.

⁴⁴ KONDER, Carlos Nelson. “A redução eqüitativa da indenização em virtude do grau de culpa: apontamentos acerca do parágrafo único do art. 944 do Código Civil”. *In: Revista Trimestral de Direito Civil*, v. 29, ano 8. Rio de Janeiro: Padma, jan.-mar. 2007, p. 32-33.

⁴⁵ JUNKES, Sérgio Luiz. “A culpa e a punição não podem servir de critério para a fixação da indenização por dano moral”. *In: Nagib Slaibi Filho e Sérgio Couto (coords.), Responsabilidade civil: estudos e depoimentos no centenário do nascimento de José Aguiar Dias (1906-2006)*. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 415.

sede de dano moral. Daí se afirmar que a extensão do dano consistiria em parâmetro muito mais eficaz para a reparação.⁴⁶ Por outro lado, a avaliação do grau de culpa do agente para fins de quantificação do dano moral apenas seria possível caso se admitisse, no ordenamento jurídico brasileiro, os danos punitivos, o que não ocorre.⁴⁷

Por fim, há quem defenda, em franca contraposição aos autores examinados, que o parágrafo único do art. 944 do Código Civil tem seu âmbito de incidência restrito somente ao dano moral, não abrangendo o dano material. Isso porque a redução do valor da reparação devida a título de danos materiais feriria o direito de propriedade da vítima, o qual possui tutela constitucional e não admitiria tal restrição. Em consequência, a aplicação do dispositivo aos danos materiais revelaria-se inconstitucional.⁴⁸

Na verdade, o legislador de 2002, ao determinar no parágrafo único do art. 944 do Código Civil que em caso de “excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, equitativamente, a indenização”, não limitou a aplicação do dispositivo seja ao dano moral seja ao material, pretendendo abarcar as duas hipóteses.

Com efeito, a discussão quanto ao cabimento da norma reside não na natureza do dano sofrido pela vítima, se material ou moral, mas, antes, na excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano. Nesta direção, o dispositivo somente incidirá se, no caso concreto, restar configurada a culpa levíssima do ofensor que, ao inobservar o *standard* de conduta normalmente adotado pelo homem diligentíssimo naquela determinada atividade, provocou danos de grande monta à vítima.⁴⁹ Deste modo, pouco importa se o dano sofrido pela vítima é

⁴⁶ BERNARDO, Wesley de Oliveira Louzada. **Dano moral: critérios de fixação de valor**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 171-172. No mesmo sentido, JUNKES, Sérgio Luiz. “A culpa e a punição não podem servir de critério para a fixação da indenização por dano moral.” cit. p. 416.

⁴⁷ BERNARDO, Wesley de Oliveira Louzada. **Dano moral: critérios de fixação de valor**, cit. p. 173.

⁴⁸ BUSTAMANTE, Thomas e FRANCO SILVA, Denis. “*Neminem Laedere*: o novo Código Civil brasileiro e a integral reparabilidade dos danos materiais decorrentes de ato ilícito”. In: **Revista Trimestral de Direito Civil**. Rio de Janeiro: PADMA, out./dez. de 2004, v. 20, p. 247-258.

⁴⁹ Esta parece ser a inspiração que motivou o legislador de 2002 a inserir o dispositivo, ao enfatizar, na exposição de motivos, os danos de grandes proporções causados pela mera distração do agente, a que se sujeita qualquer homem, embora se refira textualmente à culpa leve ou levíssima. Veja-se: “Do mesmo modo, em face do Código Civil, o fato de ser leve a culpa, ou levíssima, não exclui a responsabilidade, salvo casos expressos em lei; e sobretudo não vale nunca como atenuante. Todavia não parece justo que, no caso de culpa leve, e dano vultoso, a responsabilidade recaia inteira sobre o causador do dano. Um homem que

moral ou material, devendo-se, ao revés, deslocar o foco de atenção da natureza do dano sofrido pela vítima para o grau de culpa do agente (lido à luz da concepção normativa da culpa) e para a proporção dos danos por ele provocados a partir de sua conduta.

Se, por um lado, o *standard* de conduta adotado normalmente pelo homem diligentíssimo revela-se inexigível do homem médio no desempenho de determinada atividade, exonerando-o, via de regra, da responsabilização pelos danos causados, por outro lado, esta solução afigurar-se-ia sobremaneira injusta se, diante dos danos de grandes proporções provocados pela violação desta mesma regra de conduta, o agente ficasse isento de responsabilidade. Daí o sentido da norma que, excepcionando a regra de que a culpa levíssima não importa reparação, permite o ressarcimento dos danos de grandes proporções, e, ao lado disso, atribui ao juiz a faculdade de reduzir a indenização.

De mais a mais, se é injusto que aquele que agiu com culpa levíssima e provocou danos de grandes proporções não seja responsabilizado, mostra-se igualmente injusto, em determinados casos, que o agente ressarça integralmente a vítima, já que a conduta por ele não observada é inexigível do homem médio. Eis a *ratio* do dispositivo que concede ao juiz a faculdade de reduzir eqüitativamente a indenização devida pelo ofensor à vítima na hipótese em que age com culpa levíssima e, a partir da inobservância da regra de conduta, acarrete danos de grande monta, buscando o ponto de equilíbrio entre os interesses do ofensor e da vítima.

Lida desta forma, a norma corrobora a idéia de que a culpa levíssima, em regra, não impõe a reparação, vez que o *standard* de conduta adotado pelo homem diligentíssimo revela-se inexigível da generalidade dos homens. Tanto é assim que o legislador, com o intuito de evitar injustiças, previu hipótese excepcional em que a culpa levíssima pode acarretar a responsabilização do agente, desde que se verifiquem danos de grande monta, conferindo ao magistrado a faculdade de reduzir a indenização.

economizou a vida toda para garantir a velhice, pode, por uma leve distração, uma ponta de cigarro atirada ao acaso, vir a perder tudo o que tem, se tiver dado origem a um incêndio. E não só ele perde, mas toda a família. Notam os autores que acontecimentos trazem em si uma dose de fatalidade. Dir-se-á que a vítima perde; mas perderia igualmente, sem ter a quem recorrer, se a fatalidade fosse outra: um raio ou obra de um malfeitor desconhecido. E a fatalidade está em que a distração é uma lei inexorável, à qual nunca ninguém se furtou" (ALVIM, Agostinho. "Direito das obrigações: exposição de motivos". In: *Revista do Instituto dos Advogados Brasileiros*. Rio de Janeiro, ano IV, n. 24, p. 101-102).

Em síntese, a norma contida no parágrafo único do art. 944 do Código Civil aplica-se na hipótese em que o ofensor tenha agido com culpa levíssima e, a partir desta, tenha causado danos de grandes proporções à vítima, abrangendo a reparação do dano moral e material. Trata-se de opção de política legislativa, servindo o dispositivo como válvula de escape para permitir ao juiz que, com base na equidade, reduza a indenização devida pelo ofensor quando atue com culpa levíssima, a fim de flexibilizar o sistema e evitar injustiças.

Note-se que o dispositivo, para além do grau de culpa do ofensor, não autorizou expressamente o recurso a outros critérios para a redução da indenização devida à vítima, tais como a capacidade econômica das partes envolvidas no ilícito e as peculiaridades do caso concreto. Todavia, o juízo de equidade a que se refere o parágrafo único do art. 944 do Código Civil quer justamente significar a necessidade de o magistrado atentar para outros fatores que, no caso concreto, autorizem a redução da indenização, dentre eles a condição econômica da vítima e do ofensor.⁵⁰ Neste sentido, confira-se a lição de Silvio Rodrigues:

*“Tal solução é de grande sabedoria e restabelecerá a justiça faltante, em muitas hipóteses. De fato, examinado o caso concreto, as circunstâncias pessoais das partes e as materiais que o circundam, o juiz fixará a indenização que entender adequada. Poderá fazê-la variar conforme as posses do agente causador do dano, a existência ou não do seguro, o grau de culpa e outros elementos particulares à hipótese em exame, fugindo de uma decisão ordenada por regra genérica, no geral desatenta das peculiaridades do caso concreto”.*⁵¹

⁵⁰ Diversa não se mostra a inspiração que motivou o legislador do Código Civil a inserir no dispositivo o termo “equidade”, como se vê da exposição de motivos relativo ao direito das obrigações do Código Civil, de autoria de Agostinho Alvim: “(...) o anteprojeto faculta ao juiz, sem impor, que reduza a indenização. Ele o fará usando da equidade individualizadora, tendo em vista o caso concreto e as suas circunstâncias” (“Direito das Obrigações: exposição de motivos”, cit. p. 102).

⁵¹ RODRIGUES, Silvio. **Direito civil: responsabilidade civil**, p. 188-189. No mesmo sentido, Milton Paulo de Carvalho Filho: “O disposto no parágrafo único do art. 944 do Código Civil ressalva a possibilidade de circunstâncias objetivas, ligadas às pessoas da relação obrigacional (por exemplo a situação econômica do lesante e do lesado), e as demais circunstâncias do caso, aliadas à pequena ou moderada culpa do agente, justificarem a fixação equitativa de uma indenização de montante inferior aos danos” (**Indenização por equidade no novo Código Civil** 2. ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 71).

Por outro lado, discute-se se o parágrafo único do art. 944 do Código Civil aplica-se apenas à responsabilidade subjetiva ou, se, ao revés, se estende às hipóteses de responsabilidade objetiva.

Parte da doutrina sustenta que haveria contradição lógica em se restringir a incidência do dispositivo à responsabilidade subjetiva. Isso porque se o agente age com culpa leve ou levíssima e gera um dano extenso, na hipótese de responsabilidade subjetiva, poderá ter sua responsabilidade mitigada com a redução da indenização, ao passo que, se age com culpa levíssima ou sem culpa, em hipótese de responsabilidade objetiva, responderá pela totalidade do dano causado,⁵² o que representaria, inclusive, violação ao princípio da igualdade formal.⁵³

Sobre a matéria, elaborou-se o enunciado 46 na I Jornada de Direito Civil, segundo o qual “a possibilidade de redução do montante da indenização em face do grau de culpa do agente, estabelecida no parágrafo único do art. 944 do novo Código Civil, deve ser interpretada restritivamente, por representar uma exceção ao princípio da reparação integral do dano, não se aplicando às hipóteses de responsabilidade objetiva”. E, posteriormente, aprovou-se o enunciado 380, na IV Jornada de Direito Civil, o qual suprimiu a parte final “não se aplicando às hipóteses de responsabilidade objetiva” do enunciado 46.

Contudo, tal entendimento, que pretende estender a aplicação do dispositivo à responsabilidade objetiva, não colhe. O parágrafo único do art. 944 do Código Civil se aplica apenas à responsabilidade subjetiva, não já à objetiva, pois que a responsabilidade objetiva, cuja fonte é a lei, prescinde da culpa. Desta feita, seria ilegal utilizar o critério do grau de culpa para aferir o *quantum* da indenização na hipótese de responsabilidade objetiva sem autorização legislativa para tanto. Diversamente do que ocorre no ordenamento português, em que o art. 499º estende a aplicação da norma contida no art. 494º às hipóteses de responsabilidade objetiva, o ordenamento jurídico brasileiro não apresenta referida autorização legal.

⁵² STOCO, Rui. Tratado de responsabilidade civil. 6. ed. Rio de Janeiro: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 1189. Marcelo Junqueira CALIXTO que, conforme visto, sustenta a redução da indenização com base na equidade e não no grau de culpa, por força deste entendimento, defende a aplicação do dispositivo à responsabilidade objetiva (CALIXTO, Marcelo Junqueira. A culpa na responsabilidade civil: estrutura e função, cit. p. 326).

⁵³ BERNARDO, Wesley de Oliveira Louzada. Dano moral: critérios de fixação de valor, p. 172.

O art. 944, parágrafo único, inserido no capítulo II, intitulado “Da indenização”, do título IX, “Da Responsabilidade Civil”, se aplica, em tese, à responsabilidade extracontratual e à contratual.⁵⁴ Entretanto, na prática, o dispositivo não possui grande valia para a responsabilidade contratual, pois revela-se extremamente difícil aferir o grau de culpa do agente no inadimplemento de uma obrigação contratual. Exemplo disso consiste na necessidade de o agente provar alguma excludente do nexo causal, não já a ausência de culpa, para que se exima de responsabilidade na violação de obrigação contratual, a justificar o entendimento de muitos autores no sentido de que a responsabilidade contratual é objetiva.

Por fim, cumpre ao intérprete investigar se o parágrafo único do art. 944 autoriza a indenização punitiva no direito brasileiro. Agostinho Alvim, redator do livro de obrigações do Código Civil de 1975, esclareceu que o dispositivo não poderia ser utilizado para aumentar a indenização:

*“É certo que a maior ou menor gravidade da falta não influi sobre a indenização, a qual só se medirá pela extensão do dano causado. A lei não olha para o causador do prejuízo a fim de medir-lhe o grau de culpa e, sim, para o dano, a fim de avaliar-lhe a extensão”.*⁵⁵

Por outro lado, Regina Beatriz Tavares da Silva, em obra coordenada por Ricardo Fiúza, relator do projeto do Código na Câmara, ao referir-se ao parágrafo único do art. 944, afirmou que “o dispositivo é, no entanto, insuficiente, já que seu *caput* se adapta somente ao dano material e não está adequado ao dano moral”.⁵⁶ E, neste sentido, propunha a inserção de novo parágrafo ao art. 944, que autorizaria o dano punitivo no direito brasileiro, com a seguinte redação: “§ 2º. A reparação do dano moral deve constituir-se em compensação ao lesado e adequado desestímulo ao lesante”.

A despeito da não aprovação deste novo parágrafo pela Câmara, há quem sustente, com a atual redação do parágrafo único do art.

⁵⁴ “Há quem sustente que tais dispositivos [arts. 1.060 e 944] somente se aplicariam em caso de responsabilidade contratual. No entanto, nada autoriza, no Código promulgado, tal interpretação” (MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*, cit. p. 297).

⁵⁵ ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas conseqüências*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1972, p. 199.

⁵⁶ TAVARES DA SILVA, Regina Beatriz. *Novo código civil comentado*. In: Ricardo Fiúza (coord.). São Paulo: Saraiva, 2002, p. 841.

944, que o dispositivo, por meio de interpretação sistemática e evolutiva, poderá permitir indenização superior ao montante dos danos, em verdadeira consagração aos danos punitivos.⁵⁷

Contudo, a atribuição do caráter punitivo à responsabilidade civil não se coaduna com a sua finalidade essencialmente reparatória, sendo admitido apenas em hipóteses excepcionais taxativamente previstas em lei.⁵⁸ Com efeito, o parágrafo único do art. 944 autoriza que o juiz reduza equitativamente a indenização, não fazendo menção expressa a eventual possibilidade de concessão de indenização para além dos danos causados na hipótese de o ofensor ter agido com culpa grave.⁵⁹ Por se tratar de pena a ser aplicada ao ofensor, os requisitos para sua incidência devem ser expressa e especificamente previstos em lei, o que, à evidência, não ocorre. Daí se tornar imperativo o afastamento da interpretação segundo a qual o parágrafo único do art. 944 autorizaria o juiz a conceder à vítima indenização superior aos danos sofridos em caso de culpa grave.⁶⁰

Em apertada síntese, o parágrafo único do art. 944 do Código Civil aplica-se ao ressarcimento dos danos morais e materiais, incidindo na hipótese em que restar configurada a culpa levíssima do ofensor e se verificar a ocorrência de danos de enormes proporções à vítima. Além disso, o juízo de equidade a que se refere o dispositivo traduz a necessidade de o magistrado atentar para outros critérios, como a condição econômica da vítima e do ofensor, que, no caso concreto, autorizem a redução da indenização. De mais a mais, a norma se restringe à responsabilidade subjetiva e abarca as hipóteses de responsabilidade extracontratual e contratual, embora, nesta última, não apresente relevante aplicação prática. E, por último, o dispositivo não admite a indenização punitiva no direito brasileiro. ☐

⁵⁷ Eugênio Facchini Neto. "Da responsabilidade civil no novo Código". In: Ingo Wolfgang Scarlet (org.). **O novo Código Civil e a Constituição**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 185. Na mesma direção, Silvio de Salvo VENOSA. **Direito Civil: responsabilidade civil**. São Paulo: Atlas, 2004, p. 29; e Martins-Costa, Judith. "Os danos à pessoa no direito brasileiro e a natureza de sua reparação". In: Judith Martins-Costa (org.). **A reconstrução do direito privado**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 444-445.

⁵⁸ Para aprofundamento sobre o dano punitivo no direito brasileiro, remete-se ao trabalho de MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais**, cit. *passim*.

⁵⁹ "Tendo empregado o legislador de 2002 o verbo 'reduzir' e não o verbo 'ponderar', o juiz não poderá majorar, além da medida do dano, a indenização, em caso de responsabilidade contratual, indicando, mais uma vez, a recusa do legislador brasileiro em penalizar o devedor, mesmo se este agiu com dolo" (MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais**, cit. p. 297).

⁶⁰ Nesta direção, v. CALIXTO, Marcelo Junqueira. **A culpa na responsabilidade civil: estrutura e função**, cit. p. 310-312; e KONDER, Carlos Nelson. "A redução equitativa da indenização em virtude do grau de culpa: apontamentos acerca do parágrafo único do art. 944 do Código Civil", cit. p. 34.

Repensando o Artigo 236 do Código Eleitoral

Cláudio da Silva Leiria

Promotor de Justiça de Guaporé-RS

1. INTRODUÇÃO

As disposições do artigo 236 da Lei 4.737/65 (Código Eleitoral), ao proibirem a prisão de eleitor nos cinco dias que antecedem às eleições até 48 horas depois do seu encerramento (salvo em casos de flagrante delito, sentença condenatória por crime inafiançável e desrespeito a salvo-conduto), sempre causaram alguma perplexidade entre os juristas e o homem do povo.

Em tempo de eleições, sempre que um delito grave é cometido e o criminoso não pode ser preso por sua situação não se enquadrar nas exceções legais acima referidas, ergue-se um clamor popular de protesto contra a injustiça do texto legal.

Em 2005, por exemplo, na época do referendo sobre o comércio das armas de fogo, também foi vedada a prisão de eleitores nos mesmos moldes do artigo 236 do Código Eleitoral. Escudando-se na benesse legal, amparado por um salvo-conduto, o advogado Peter Amaro de Sousa, um dos acusados de matar o Major da Polícia Militar Pedro Plochanski em janeiro de 2005, apresentou-se na 1ª Vara Criminal de Curitiba. O advogado, que então estava com a prisão preventiva decretada desde cinco meses antes, prestou depoimento e depois foi tranqüilamente para casa.

Os magistrados em geral (incluindo-se especialmente os Ministros do Tribunal Superior Eleitoral) aplicam literal e acriticamente as disposições do artigo 236 do Código Eleitoral (CE), não vislumbrando qualquer inconstitucionalidade nessa norma, nem vendo qualquer necessidade de compatibilizá-la com outros direitos protegidos constitucionalmente.

No presente trabalho, ainda que de forma sucinta, mostram-se outras interpretações do artigo 236 do CE, que vão da afirmação de sua revogação e da inconstitucionalidade, até a proibição de prisões cautelares somente para os crimes previstos no Código Eleitoral.

Pretende-se demonstrar ainda que vedações à prisão de eleitores e candidatos nos prazos do artigo 236 do CE podem coexistir com o direito à segurança, desde que, por meio do uso da técnica de decisões ou sentenças aditivas, possa ser feita uma releitura constitucional das hipóteses de prisão do eleitor, com sua ampliação para abranger os crimes hediondos, roubo e crimes dolosos contra a vida.

2. BREVE ESCORÇO HISTÓRICO

A Justiça Eleitoral foi criada em 1932, no governo de Getúlio Vargas, quando foi editado um Código Eleitoral. Em 1934, a Justiça Eleitoral teve sua existência formalizada na Constituição.

O Código Eleitoral de 1932, ao conceder o direito de voto às mulheres, reduzir para 18 anos a idade mínima para o indivíduo se alistar como eleitor e instituir o voto secreto, priorizou os ideais de representatividade e da busca da 'verdade real' nas eleições, até então marcadas pela prática constante de fraudes. Foi um autêntico rompimento com os desmandos do coronelismo e da prática do voto de cabresto.

Assim, ganhou muito o Brasil com a instituição da Justiça Eleitoral, pois a um Poder independente caberia fazer o alistamento, a apuração de votos e o reconhecimento e diplomação dos eleitos.

Na República Velha (1889-1930), as fraudes nas eleições eram costumeiras, com a utilização dos mecanismos do 'bico de pena' e da 'degola'. Pelo primeiro, as mesas eleitorais (que também exerciam as funções apuradoras) inscreviam como eleitores pessoas fictícias, ausentes e mortas; pelo segundo, a Comissão de Verificação de Poderes cassava os diplomas dos eleitos considerados 'inelegíveis ou incompatíveis com o exercício do cargo', em atos de puro arbítrio.

Por sua vez, os 'coronéis' exerciam a sua influência por intermédio do voto de cabresto, determinando aos eleitores do interior os candidatos em que deveriam votar; os 'coronéis' também tinham a seu serviço a polícia (cujo chefe nomeavam) e os 'cabras', que davam proteção contra os adversários e intimidavam eleitores.

Como uma das formas de garantia da liberdade de voto do eleitor, além do voto secreto, o Código Eleitoral de 1932 (Decreto 21.076/32, de 24/02/1932) estabeleceu, como regra, a vedação da prisão em períodos imediatamente anteriores e posteriores ao dia de votação, nos seguintes termos:

Art. 98. Ficam assegurados aos eleitores os direitos e garantias ao exercício do voto, nos termos seguintes:

§ 1º Ninguém pode impedir ou embaraçar o exercício do sufrágio.

§ 2º Nenhuma autoridade pode, desde cinco dias antes e até 24 horas depois do encerramento da eleição, prender ou deter qualquer eleitor, salvo flagrante delito.

[...]

§ 5º Os membros das Mesas Receptoras, os fiscais de candidatos e os delegados de partido são invioláveis durante o exercício de suas funções, não podendo ser presos, ou detidos, salvo flagrante delito em crime inafiançável.

§ 6º É proibida, durante o ato eleitoral, a presença de força pública dentro do edifício em que funciona a Mesa Receptora ou nas suas imediações.

[...]

O Código Eleitoral de 1932 vedava a prisão de eleitor nos cinco dias antecedentes ao início da eleição até 24 horas após o seu encerramento, *salvo na única hipótese de flagrante delito.*

Os membros das mesas receptoras, fiscais de candidatos e os Delegados de partido só poderiam ser presos no 'período eleitoral' em flagrante delito por crime inafiançável.

Como a força pública, a mando dos coronéis, era freqüentemente utilizada para intimidar o eleitor, a lei proibiu sua presença dentro do edifício em que funcionava a mesa receptora ou nas suas proximidades.

Esse Código Eleitoral não previa para o candidato proibição de prisão diversa da do eleitor comum.

A Lei n.º 48, de 04/05/1935, que modificou o Código Eleitoral, assim dispunha sobre as garantias eleitorais (redação original):

Art. 165. Serão assegurados aos eleitores os direitos e garantias ao exercício do voto, nos termos seguintes:

1) ninguém poderá impedir ou embaraçar a exercício do sufrágio;

2) nenhuma autoridade poderá, desde cinco dias antes e até vinte e quatro horas depois do encerramento da eleição, prender ou deter qualquer eleitor, salvo em flagrante delicto ou em virtude de sentença criminal condenatória por crime inafiançável;

[...]

5) os membros das mesas receptoras, os candidatos, os fiscais de candidatos e os delegados de partidos serão invioláveis durante o exercício de suas funções, não podendo ser presos, ou detidos, salvo em flagrante delicto;

6) é proibida, durante o acto eleitoral, a presença de força pública no edifício em que funcionar a mesa receptora, ou nas suas imediações, observado o disposto no art. 128, § 5º;

7), 8), (9 e)10 [...]

Algumas alterações sensíveis foram introduzidas. Além da prisão em flagrante, tornou-se possível a prisão do eleitor no período eleitoral em razão de sentença criminal condenatória por crimes inafiançáveis. O legislador, sabiamente, já percebendo a insuficiência protetiva, viu-se na obrigação de incluir entre as exceções legais a possibilidade de prisão em razão de sentença condenatória por crime inafiançável.

Houve retração da garantia dos membros das mesas receptoras, fiscais de candidatos e Delegados de partido contra prisões no período eleitoral, passando-se a admitir prisão em flagrante até nos crimes afiançáveis.

A situação do candidato ficou inalterada em relação ao Código Eleitoral de 1932 no que tange à possibilidade de prisão no período eleitoral.

No período do Estado Novo (1937-1945), foram nomeados interventores para o Poder Executivo Estadual e Municipal e as Casas Legislativas foram dissolvidas, não havendo eleições no país. Foi extinta a Justiça Eleitoral.

Posteriormente, o Decreto-Lei n.º 7.586, de 28-05-1945 (que restabeleceu a Justiça Eleitoral), assim se referia às garantias eleitorais:

Art. 108. São assegurados aos eleitores os direitos e garantias ao exercício do voto, nos termos seguintes:

1) ninguém poderá impedir ou embaraçar o exercício do sufrágio;

2) nenhuma autoridade poderá, desde cinco dias antes e até quarenta e oito horas depois do encerramento da eleição, prender ou deter qualquer eleitor, salvo em flagrante delito ou em virtude de sentença criminal condenatória por crime inafiançável;

[...]

5) os membros das mesas receptoras, os fiscais de candidatos ou os delegados de partidos são invioláveis, durante o exercício de suas funções, não podendo ser presos, ou detidos, salvo em flagrante delito;

A única alteração de relevo em relação à legislação anterior foi o aumento do prazo de vedação de prisão após o encerramento da eleição - de 24 horas para 48 horas.

Após, por meio da Lei n.º 1.164, de 24-07-1950 (Código Eleitoral), as garantias eleitorais foram assim vazadas:

Art. 129. São assegurados aos eleitores os direitos e garantias de exercício do voto, nos termos seguintes:

1) ninguém poderá impedir ou embaraçar o exercício de sufrágio;

2) nenhuma autoridade poderá, desde cinco dias antes e até quarenta e oito horas depois do encerramento da eleição, prender ou deter qualquer eleitor, salvo em flagrante delito ou em virtude de sentença criminal condenatória por crime inafiançável;

3) desde quarenta e oito horas antes, até vinte e quatro horas depois da eleição, não se permitirá propaganda política mediante rádio-difusão, comícios ou reuniões públicas;

4) os membros das mesas receptoras e os fiscais de partido, durante o exercício das suas funções, não poderão ser detidos ou presos, salvo o caso de flagrante delito; da mesma garantia gozarão os candidatos desde quinze dias antes da eleição;

[...]

A novidade introduzida foi em relação aos candidatos: a restrição à prisão foi ampliada para desde 15 dias antes do início da eleição, período em que ‘a eleição se decide’, ou seja, a época em que as intenções de voto vão se firmando na mente do eleitor.

Posteriormente, sobreveio a edição da Lei n.º 4.737/65 (atual Código Eleitoral) que, no tocante à possibilidade de prisão no período eleitoral, acrescentou a hipótese de desrespeito a salvo-conduto:

“Art. 236. Nenhuma autoridade poderá, desde 5 (cinco) dias antes e até 48 (quarenta e oito) horas depois do encerramento da eleição, prender ou deter qualquer eleitor, salvo em flagrante delito ou em virtude de sentença criminal condenatória por crime inafiançável, ou, ainda, por desrespeito a salvo-conduto.

§ 1º. Os membros das mesas receptoras e os fiscais de partido, durante o exercício de suas funções, não poderão ser detidos ou presos, salvo o caso de flagrante delito; da mesma garantia gozarão os candidatos desde 15 (quinze) dias antes da eleição.

§ 2º. Ocorrendo qualquer prisão o preso será imediatamente conduzido à presença do Juiz competente que, se verificar a ilegalidade da detenção, a relaxará e promoverá a responsabilidade do coator.”

A proibição às prisões no período eleitoral – tirante as exceções legais – tem como uma de suas principais finalidades coibir abusos e evitar ‘armações’ que causem repercussões de tal monta que possam influenciar o eleitor ou colocar em dúvida, por interesse de partidos políticos, os resultados de uma eleição, como se verá mais adiante.

3. RELEITURAS DO ARTIGO 236 DO CÓDIGO ELEITORAL

A insatisfação dos juristas em geral com a rigidez do texto legal, inadequado para fazer frente às candentes necessidades de, em alguns casos durante o período eleitoral, decretarem-se prisões provisórias, vem paulatinamente obrigando os operadores do Direito a fazer novas leituras sobre o artigo 236 do Código Eleitoral, flexibilizando-o em atendimento ao direito constitucional à segurança e ao princípio da efetividade do processo.

Seguem-se alguns posicionamentos que vão desde a afirmação de inconstitucionalidade do artigo 236 do CE e de sua revogação, até sua aplicabilidade restrita aos crimes eleitorais, passando pelos enfoques de que a prisão por determinação de autoridade judicial no período eleitoral não é vedada pela norma em comento e de que é possível o cumprimento da ordem de prisão no período eleitoral, desde que decretada anteriormente a esse período.

a) Revogação e inconstitucionalidade

Joel J. Cândido, eminente especialista em Direito Eleitoral, no plano doutrinário é uma das vozes que se levanta para afirmar a revogação do artigo 236 do Código Eleitoral. E o faz nos seguintes termos:

“Hoje, com a vigência do art. 5º, LXI¹ da Constituição Federal, o art. 236 e § 1º, do Código Eleitoral, está revogado. Mesmo fora daqueles períodos, ninguém pode ser preso, a não ser nas exceções mencionadas na lei. E pelas exceções constitucionais a prisão será legal, podendo ser efetuada mesmo dentro dos períodos aludidos no Código Eleitoral. Em resumo: se a prisão não for nos moldes da Constituição Federal, nunca poderá ser efetuada; dentro dos limites da Constituição Federal pode sempre ser executada, mesmo em época de eleição.” (Joel Cândido, 2003, p. 303).

¹O inciso LXI do artigo 5º da CF/88 possui a seguinte redação: *‘ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei’.*

A Constituição brasileira, tão pródiga na concessão de direitos, não oporia qualquer óbice para que a prisão de eleitores se fizesse dentro do período citado no artigo 236 do CE.

Acolhendo-se essa idéia, forçoso seria também concluir que o artigo 298 do Código Eleitoral está revogado².

Já na senda na inconstitucionalidade, argumenta-se que a vedação posta no artigo 236 do CE consagra verdadeira afronta ao princípio da isonomia, criando duas classes de cidadãos, uma sujeita às prisões cautelares no período do artigo 236 do CE, e outra imune pela simples condição de ser eleitora.

Na visão dos críticos, o art. 236 da Lei n.º 4.737/65 estaria criando um supercidadão, que no período especificado não poderia ser preso. O alistamento eleitoral e o direito de votar seriam os diferenciais. A discriminação não se justificaria, até mesmo porque o não-alistado eleitor também tem participação política, influenciando outros com sua opinião, trabalhando para candidatos, cobrando realizações da classe política etc.

Cite-se outra possível situação que violaria o princípio da isonomia: dois indivíduos que praticaram o mesmo delito censurável, ostentando um a condição de eleitor e o outro não. O último poderá ser preso preventivamente no período do artigo 236 do CE enquanto o primeiro não, dada a sua condição de eleitor.

De outro vértice, poderia haver situações teratológicas com a aplicação irrestrita do art. 236 do CE. Por exemplo: um indivíduo eleitor que cometesse um delito de furto no período eleitoral poderia ter sua liberdade restringida pela prisão em flagrante (prisão provisória). Já um narcotraficante, um estuprador ou um latrocida, indivíduos socialmente muito mais perigosos e que cometeram delitos que causam grande clamor social, não poderiam ter a prisão preventiva ou a prisão temporária decretadas.

Isso não se poderia admitir, pois, como lembra Carlos Maximiliano, *“Deve o Direito ser interpretado inteligentemente: não de modo que a ordem legal envolva um absurdo, prescreva inconveniências, vá ter a conclusões inconsistentes ou impossíveis”* (2005, p. 136).

² Art. 298. Prender ou deter eleitor, membro de mesa receptora, fiscal, delegado de partido ou candidato, com violação ao disposto no art. 236: Pena – reclusão até quatro anos.

Em comentário ao artigo 236 do CE, Marcos Ramayana tece as seguintes e judiciosas considerações: *“Consagra o artigo legal evidente exagero, que não mais merece permanecer na ordem jurídica, pois os motivos que embasaram o legislador para a adoção da regra não prevalecem nos tempos atuais”* (2004, p. 353).

Importante referir que no Congresso Nacional tramita o Projeto de Lei n.º 7.573/2006³, de autoria do Deputado Fernando de Fabinho (PFL-BA), que propõe a revogação pura e simples do artigo 236 do Código Eleitoral. A redação do projeto é a seguinte:

“PROJETO DE LEI N.º 7.573/2006

Revoga o art. 236 do Código Eleitoral.

O Congresso Nacional decreta:

Art. 1.º. Esta lei revoga o art. 236 da Lei n.º 4.737, de 15 de julho de 1965, que institui o Código Eleitoral, de maneira a relativizar o princípio do direito de voto diante do princípio da segurança da sociedade, permitindo em todo o território nacional a prisão dos cidadãos, mesmo no período compreendido entre os cinco dias que antecedem e as quarenta e oito horas que se sucedem à eleição.

Art. 2.º. Revogue-se o art. 236 da Lei n.º 4.737, de 15 de julho de 1965.

Art. 3.º. Esta lei entra em vigor na data de sua publicação.”

Na justificativa do projeto de lei, Sua Excelência faz as seguintes e judiciosas considerações, que certamente externam o pensamento de respeitável parcela da comunidade jurídica e do povo em geral:

“...sopesando o direito de voto e o direito de segurança da sociedade contra os indivíduos que atentam contra os valores que lhe são caros, o legislador preferiu o primeiro, estabelecendo algumas exceções. No entanto, passadas mais de quatro décadas da entrada em vigor da norma e vivendo nós hoje em um mundo

³ Projeto de lei apensado ao Projeto de Lei 7.573/06, de autoria do Deputado Dr. Hélio (PDT-SP), visa acrescentar às ressalvas contra a prisão ou detenção de qualquer eleitor, no período compreendido entre os cinco dias anteriores e as quarenta e oito horas após o encerramento do pleito eleitoral, a hipótese de cumprimento de mandado de prisão expedido por autoridade judiciária competente, nos casos tipificados como crimes hediondos, assim definidos pela Lei n.º 8.072, de 25 de julho de 1990.

muito mais violento, penso que não mais se justifica tal garantia eleitoral. O livre exercício do sufrágio há de ser garantido de outra forma, mas não mais dando um salvo-conduto de uma semana a inúmeros criminosos, para que circulem tranqüilamente no período das eleições”.

b) Vedação à prisão somente para crimes eleitorais

Em interessante e instrutivo artigo publicado no Jornal **Correio Braziliense** de 30.09.2002 (Caderno Direito & Justiça), Francisco Rodrigues da Silva, membro do Poder Judiciário de Pernambuco, defende que a vedação à prisão de eleitor nos prazos do art. 236 da Lei n.º 4.737/65 diz respeito exclusivamente aos processos por prática de crimes eleitorais propriamente ditos, excluindo-se as demais espécies de delitos (grifos não constam do original):

“Com efeito, para os crimes eleitorais, e somente para eles, não cabendo para os demais crimes, o Código Eleitoral pátrio, no intuito manifesto de assegurar e garantir o sufrágio universal, em prol da cidadania, que se reflete no direito de votar e ser votado e até mesmo para evitar as conhecidas ‘denúncias pré-fabricadas’, inclusive à instauração de ‘processos eleitorais’ contra adversários políticos nos períodos eleitorais, se antecipou, dizendo o seguinte:

“Art. 236, § 1º [...].

“Não nos esqueçamos, sob outro enfoque, que o Código Eleitoral adotou providências iminente (rápida, à época de sua edição) e eminente (de qualidade) com o objetivo de evitar prisões advindas de ‘queixas eleitorais temerárias’ e instauração de ‘processos forjados’ contra desafetos e adversários políticos no período considerado, por lei, como do pleito ou em razão dele.

“Essa causa inteligente e legal, e nesse aspecto aplaudimos de público, de suspensão temporária da eficácia de mandado de prisão, prevista somente no Código de Ritualidade Eleitoral, nas hipóteses que não haja incompatibilidade com a Constituição Federal, se dirige à ordem de segregação processual a bem do rito eleitoral – não confundir com processo criminal eleitoral – por

crime exclusivamente previsto nos artigos do Diploma Punitivo Eleitoral, jamais por crime de outra natureza (crime comum, federal, militar, tributário, econômico, de responsabilidade, etc), previstos no Código Penal e leis especiais.

“Nesse viés, se ninguém deve ser segregado ou levado à prisão por fato alheio, estranho, sem conexão ou continência com o fato-crime objeto de prisão previamente definido em lei como crime, é intuitivo também que ninguém mereça ser beneficiado por um privilégio dado a certa modalidade de crime. Trocando em miúdos, ninguém tem o direito de que seja suspensa ou sobrestada ordem de prisão por um crime comum, quando referido privilégio foi concedido tão-somente aos crimes eleitorais em benefício de procedimento eleitoral. Daí admitirmos, entretanto, que ordem judicial de prisão daquele período, de fato e de direito, deve ser sobrestada, porém unicamente por fato indigitado criminoso na órbita eleitoral, a bem dos objetivos da República Federativa do Brasil, quais sejam, a soberania popular e a cidadania, não se cogitando em crimes de outras naturezas e diverso do pleito.”

As assertivas do culto magistrado apontam, portanto, para a necessidade de utilizar-se da técnica de ‘interpretação conforme a Constituição’ para compatibilizar o art. 236 da Lei n.º 4.737/65 com a Carta Magna.

Na técnica de interpretação conforme a Constituição, obter-se-ia uma única interpretação do art. 236 do Código Eleitoral, afastando-se as demais interpretações possíveis.

Segundo o magistério de Gilmar Mendes, na interpretação conforme a Constituição o Tribunal declara qual das possíveis interpretações se revela compatível com a Lei Fundamental. Essa forma de decisão possui flexibilidade, que permite renúncia ao formalismo jurídico em nome da idéia de justiça material e da segurança jurídica (2005, p. 287).

Não há se confundir essa técnica com a declaração de nulidade sem redução de texto, na qual os órgãos da Adminis-

tração Pública e do Poder Judiciário ficam impedidos de adotar determinadas interpretações, mas sem prejuízo das demais existentes.

Na interpretação conforme a Constituição, esclareça-se, o Poder Judiciário e a Administração Pública ficam proibidos de patrocinar toda e qualquer interpretação diversa daquela encampada pela Corte Constitucional.

c) Cabimento de prisão provisória por ordem judicial

Em outro importante trabalho doutrinário⁴, no qual também é feita uma interpretação conforme a Constituição, Geraldo Francisco Pinheiro Franco sustenta que o preceito do artigo 236 da Lei n.º 4.737/65 visa, em razão da importância de um pleito eleitoral para a Nação, evitar embaraços ilícitos ao exercício de voto. No entanto, fundado o impedimento em ordem judicial ou inquérito policial, em sede de segregação cautelar, não há como considerar tal circunstância um óbice ilícito ao exercício do sufrágio.

Prossegue o autor dizendo que

“...não haverá, no ato de custódia, qualquer desvio ou abuso de poder de autoridade contrário à liberdade de voto (artigo 237 do C.E.). Haverá, sim, a ação da autoridade em prol da sociedade, visando a responsabilização eficaz do cidadão pela prática de delito, com sua segregação por força de permissivo judicial, evidenciando não estar ele apto a permanecer livre”.

Concluindo, afirma que seu posicionamento é no sentido de

“... que a ordem de prisão passada por autoridade judiciária competente, seja de cunho definitivo, seja de cunho cautelar, não pode ser entendida como óbice a legítimo exercício de sufrágio, nem abuso de poder em desfavor da liberdade do voto, podendo ser cumprida mesmo no lapso estipulado no artigo 236 da Lei Eleitoral”.

⁴ “A prisão de eleitores nas vésperas da eleição”, publicado no *Boletim IBCCRIM* n.º 20 – setembro de 1994.

Essa linha de idéias desafia novamente a aplicação da técnica de interpretação conforme a Constituição. O enfoque dado pelo autor sugere que a vedação à prisão nos prazos do art. 236 do CE diz respeito, tão-somente, aos embaraços ilícitos para o exercício do sufrágio, e não à normal atividade jurisdicional de decretação de prisões, sejam elas cautelares ou definitivas.

d) O significado do verbo 'prender' no *caput* do art. 236 do Código Eleitoral

Finalmente, é de serem feitas algumas considerações sobre o significado do verbo 'prender', contido no *caput* do artigo 236 do CE.

Autores há que sustentam que a prisão de um acusado possui dois momentos distintos: a decretação e a execução do comando judicial.

Segundo Paulo Guimarães, especialista em Direito Eleitoral:

“Quando o Código Eleitoral afirma que nenhuma autoridade pode ‘prender’ candidatos em um determinado período, ele se refere à decretação, e não ao ato físico de prender’. Assim, se a prisão foi decretada antes do período previsto no artigo 236 do CE, é válida e pode ser executada a qualquer momento, até que sobrevenha ordem judicial em sentido contrário”.

4. VISÃO CRÍTICA DOS POSICIONAMENTOS DO ITEM ‘3’

Em que pese respeitáveis os quatro posicionamentos acima mencionados, crê-se não ser possível fazer interpretações tão restritivas do artigo 236 do CE, ou, ainda, considerá-lo revogado ou simplesmente inconstitucional. Salvo melhor juízo, a garantia do direito ao voto e o direito à segurança não só podem como devem coexistir no nosso ordenamento jurídico. As propostas hermenêuticas vistas no item ‘3’ esvaziam de maneira significativa a garantia do direito ao voto editada pelo legislador positivo.

Rui Stocco e Leandro de Oliveira Stocco não compartilham do entendimento que o art. 236 do CE estaria revogado. Sustentam esses autores que:

“...o só fato do advento da Constituição Federal e do disposto no seu art. 5º, inciso LXI não tem o condão de impedir que a lei específica (Cód. Eleitoral) estabeleça regras de exceção e de validade temporária para o período eleitoral, voltadas à proteção e regularidade do pleito e para assegurar o direito constitucional do exercício da cidadania através da manifestação da vontade, expressada através do voto. Aliás, este Código Eleitoral foi posto a lume quando vigorava uma outra Constituição, que já previa a possibilidade de prisão com as garantias que especificava e nas hipóteses previstas em lei infraconstitucional, cuja sede principal é o Código de Processo Penal” (p. 751).

A época de eleições (independentemente dos cargos em disputa), pelas suas características específicas e grandes transformações, que dizem respeito à própria organização do Estado, é um período de exceção. *E nesse período de exceção deve ter primazia a legislação eleitoral.*

São vários os motivos que ainda justificam, *embora com alguns temperamentos*, a garantia prevista no artigo 236 do Código Eleitoral. Mencionar-se-ão alguns.

1) especialmente nas eleições municipais, é assaz comum os candidatos aos cargos eletivos majoritários ou proporcionais se elegerem por escassa margem de votos, que algumas vezes não chega a uma dezena. Candidatos nas eleições proporcionais perdem eleições ou tornam-se suplentes por um ou dois votos. Nas últimas eleições municipais (2004), candidatos foram eleitos com apenas dois ou três votos de vantagem sobre seus adversários⁵. Em outros casos, candidatos à vereança obtiveram o mesmo número de votos, tendo a ocupação do cargo eletivo de ser decidida por critérios de desempate⁶. Nessas situações, vê-se bem que a prisão de um ou dois eleitores do candidato que se sagrou vencedor, feita no período do art. 236 do CE, poderia inverter completamente o resultado das eleições, fraudando-se, assim, a vontade popular.

⁵ Nas eleições municipais de 2004, por exemplo, Darci Savegnago (PT) elegeu-se Prefeito de Taquarucu do Sul/RS, com 999 votos, enquanto seu concorrente, Vanderlei Zanatta (PMDB), fez 996 votos.

⁶ Por exemplo, em Sarzedo (MG), Expedito João Bernardo (Pastor Expedito) e Marlene Ribeiro (Marlene do Sítio), ambos candidatos a Vereador pelo PDT, fizeram 151 votos, elegendose o primeiro por ser o mais idoso.

2) A prisão de candidatos, fiscais e delegados de partidos ou coligações, especialmente após o término da votação, poderia ensejar fraudes nas eleições por falta de fiscalização na apuração de votos.

Antes do advento das urnas eletrônicas, a apuração dos votos era feita manualmente, com anotações em planilhas, e sujeita a vários erros, de forma que uma fiscalização intensa dos partidos era primordial para que não houvesse distorção da vontade popular externada nas urnas.

Claro que hoje, em razão da utilização das urnas eletrônicas, as apurações dos votos não se estendem por vários dias, como antigamente, e as chances de fraudes e erros diminuíram bastante, mas nem por isso a fiscalização deve ser negligenciada, pois é fator de legitimação do pleito.

Fávila Ribeiro faz as seguintes observações ao comentar o § 1º do art. 236 do Código Eleitoral (os grifos não constam do original):

“Enquanto para os mesários e fiscais de partidos não houve cronometração de tempo, em relação aos candidatos recua essa garantia aos 15 dias que precedem as eleições. Para os mesários, o lapso de tempo pode ser mais dilatado se for cometido à própria mesa receptora o encargo de proceder também à contagem de votos, nos termos dos arts. 188-189 do Código Eleitoral. Se houver essa distensão funcional, persistirão em atividade os mesários, ficando ainda amparados pela garantia até o completo encerramento dos trabalhos.

“No tocante aos fiscais, para os que devam atuar exclusivamente nas atividades pertinentes à votação, logo após a sua realização ficam desprovidos da garantia eleitoral. Para os que estejam no desempenho de atividade de fiscalização na fase de apuração é compreensível que se dilate a garantia até que se concluam os trabalhos de apuração da circunscrição em que estejam participando. Quanto aos candidatos, retrocede a proteção legal a 15 dias antecedentes ao pleito, e deve manter-se eficaz enquanto estiver pendente a apuração para que tenham ensejo de assistir e participar

de todos os trabalhos em resguardo de seus interesses e da própria mecânica representativa. (2000, p. 417-418).

3) Outro motivo para vedar a prisão no período eleitoral foi evitar o abuso da força policial para intimidar o eleitor. Era comum (e ainda é), especialmente nas pequenas comunas, uma espécie de subordinação da polícia aos poderosos locais. Policiais eram facilmente cooptados pelos ‘coronéis’ locais e atuavam a seu serviço, intimidando eleitores com ameaças de prisão para que votassem ou deixassem de votar em determinados candidatos. *Muitas vezes a prisão era feita em caráter de represália, imediatamente após a eleição, motivo também para que a garantia eleitoral fosse estendida para até 48 horas após o encerramento da votação.*

Oportuno lembrar que até o advento do Código Eleitoral de 1932 não havia, na prática, o voto secreto, de forma que era fácil os chefes locais saberem em quem determinados eleitores votaram.⁷

É de bom alvitre ressaltar que os membros do Poder Judiciário também eram muito sujeitos às influências dos chefes políticos locais, nem sempre exercendo os juízes suas funções com a isenção necessária⁸.

4) A vedação à prisão antes e depois da eleição também foi positivada para evitar acirramento de ânimos, especialmente nas pequenas comunas. Sabe-se que eleição é paixão, e as pessoas muitas vezes perdem o senso de medida em época eleitoral. A prisão de eleitor no período eleitoral pode dar ensejo a vinganças contra partidários de agremiação oposta, principalmente quando se acredita que eles de alguma forma contribuíram para a prisão. Conturba-se, assim, o ambiente eleitoral, o que faz com que muitos eleitores sequer compareçam às urnas, tudo para preservar a integridade física e, às vezes, a própria vida.

Em todas as eleições, o TSE tem de autorizar o envio de tropas do Exército para garantir a tranqüilidade do pleito em alguns lugares do país.

⁷ Para se ter uma boa visão do poder dos chefes locais em determinar o voto dos eleitores de alguma forma subordinados à sua ‘autoridade’, imperdível a leitura da obra **Coronelismo, enxada e voto**, de Víctor Nunes Leal.

⁸ Não caia no olvido, por exemplo, que mais recentemente na nossa história o Ato Institucional n.º 5, de 1968, conferiu ao Chefe do Poder Executivo Federal poderes para demitir, remover, aposentar ou colocar em disponibilidade os magistrados, sendo suspensas as garantias constitucionais da vitaliciedade e inamovibilidade. Sem a garantia da inamovibilidade, se um magistrado preferir uma decisão que vá contra os interesses de um Chefe do Executivo, por manobras políticas poderia ser transferido para uma Comarca distante.

Em 2002, justificando o envio de tropas federais para as eleições do Distrito Federal, o então Vice-Presidente do TSE, Sepúlveda Pertence, afirmou: “A possível briga entre as duas torcidas, a situação delicada, as notícias e os boatos recentes foram importantes na hora de decidir⁹.”

Ainda, forças policiais são reforçadas em muitas cidades face ao periclitarem da segurança pública por razões de disputas eleitorais.

5) prisões provisórias indevidamente decretadas no período eleitoral poderiam influenciar o resultado das eleições. Pense-se no impacto que poderia ter perante o eleitorado a prisão de um candidato a cargo eletivo às vésperas da eleição. Poderia significar uma derrota certa e redução significativa de votos para os demais candidatos de seu partido ou coligação, mediante maliciosa e demagógica exploração do fato pelo partido adversário. O mesmo se diga de prisão de influente cabo eleitoral.

6) a vedação à prisão no período eleitoral também contribui para que o resultado das eleições não seja posto em dúvida. É importante fator de legitimação do pleito. Uma eleição tumultuada, com um grande número de prisões no período, algumas de impacto devido à notoriedade do preso, podem fazer a população acreditar em manipulação e resultados viciados.

Considerando tais motivos, o entendimento dos doutrinadores referidos no item ‘3’ reduz muito a garantia eleitoral da vedação à prisão, tão necessária ao efetivo exercício da cidadania.

Como ensina Gilmar Mendes,

“... as decisões fundamentais do legislador, as suas valorações e os objetivos por ele almejados estabelecem também um limite para a interpretação conforme a Constituição. Não se deve conferir a uma lei com sentido inequívoco significação contrária, assim como não se deve falsear os objetivos pretendidos pelo legislador” (2005, p. 290).

Cabe, então, uma indagação. Haverá situações em que as prisões preventivas e temporárias poderão ser decretadas no prazo do artigo 236 do Código Eleitoral? As garantias eleitorais do direito ao

⁹ Correio Braziliense, 27 de outubro de 2002.

voto prevalecerão sempre quando em confronto com outros direitos fundamentais? Haverá forma de compatibilizá-los?

5. COLISÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

É pacífico na doutrina e na jurisprudência que os direitos fundamentais não são intocáveis e absolutos. Como o homem vive em sociedade, estando em contato permanente com seu semelhante - que também goza de direitos e garantias -, natural que surjam situações de conflitos e choques entre esses direitos.

Tem-se colisão ou conflito de direitos sempre que a Constituição proteja, ao mesmo tempo, dois valores ou bens que estejam em contradição em um caso concreto.

No tema que se trata, evidencia-se uma colisão entre direitos da coletividade (segurança pública, manutenção da ordem pública, efetividade do processo penal) e o direito do particular ao voto.

Respeitados os entendimentos em sentido contrário, em determinadas situações é de se permitir a decretação de prisões cautelares (temporárias e provisórias) nos prazos do art. 236 do Código Eleitoral, sacrificando-se parcialmente o direito individual.

Um exemplo em que a segregação cautelar se faz necessária, em detrimento do direito de voto, ocorre quando o acusado está ameaçando ou aliciando as testemunhas de um processo criminal. Se atingir o seu intento, a persecução penal (de interesse de toda a sociedade) restará prejudicada e a impunidade será alcançada.

A possibilidade iminente de fuga de um acusado de crime também é motivo suficiente para que, em certos casos, se possa relativizar a regra de proibição à prisão no prazo do art. 236 do CE. O mesmo se diga de crimes que abalam a ordem pública, seja pela grande repercussão do fato ou pela extrema periculosidade do agente.

Indaga-se: um atentado contra vida de policial civil ou militar em serviço não causa abalo à ordem pública? Os vários atentados cometidos por membros do PCC (organização criminosa Primeiro Comando da Capital) contra as forças policiais, em sendo realizados dentro do período eleitoral, não justificariam uma prisão cautelar, presentes os pressupostos para sua decretação?

Por evidente, os fatos acima narrados ensejariam o sacrifício do direito individual, até mesmo porque é preciso preservar a credibilidade

de da justiça perante os jurisdicionados. A população – com inteira razão – não entende que em casos como esses a prisão não possa ser decretada. A aceitação acrítica do dispositivo legal permitiria, por exemplo, que acusado não sentenciado, mas foragido, pudesse aparecer livremente na cidade, em franco escárnio ao sistema de justiça, minando sua credibilidade e corroendo a confiança do povo nas instituições.

Em uma sociedade complexa como a nossa, é cada vez maior a tensão entre os direitos fundamentais do indivíduo e os de interesse da sociedade como um todo: direito à segurança, efetividade do processo judicial etc. Nestes casos, a Constituição implicitamente autoriza que o legislador e o Poder Judiciário façam restrições aos direitos fundamentais, utilizando-se do princípio da proporcionalidade.

Pelo referido princípio, quando dois princípios entram em rota de colisão porque a aplicação de um provoca redução da esfera de aplicação de outro, cabe determinar se essa redução é proporcional, à vista da importância do princípio atingido. Em certos casos, indubitavelmente, sobrelevar-se-á o direito fundamental à segurança.

Ora, toda pessoa que se encontre no território do país tem direito à segurança, cabendo ao poder público promover este direito, garantindo à população o direito de ir e vir, de se estabelecer com tranquilidade, de ter sua intimidade preservada, sem que sua integridade física, moral ou psicológica seja colocada em risco.

Nas condições históricas em que vivemos, a garantia do direito ao voto deve ser relativizada em prol do direito à segurança, de que é titular a coletividade inteira e não somente alguns indivíduos. O direito ao voto pode ser compatibilizado com o direito à segurança, bastando que o Estado crie meios para que o preso provisório possa ser conduzido a local de votação no dia do pleito eleitoral.

O que não pode acontecer é ingenuamente fechar-se os olhos para a onda de violência que assola o país (fomentada pela frouxidão das leis penais) e endeusarem-se os que cometem delitos graves, a ponto de lhes blindar contra prisões preventivas e temporárias nos prazos do artigo 236 do Código Eleitoral. É preciosa a lição de Scalquette:

“É incontestável que a proteção dos direitos fundamentais é meio para assegurar a liberdade e dignidades humanas, mas, como

vimos, por vezes, esses direitos têm que ser limitados face às situações em que o bem comum exige sacrifícios individuais para garantia da ordem pública, pois acima dos interesses individuais está o interesse da coletividade, e garantir o respeito aos direitos e liberdades não pode ser entendido como pretexto para que a desordem e a instabilidade pública se instaurem” (2004, p. 173) (grifo não constante do original).

Assim, é de se advogar a possibilidade de prisão provisória em ‘situações-limite’, tais como nos casos de roubo, crimes hediondos e crimes dolosos contra a vida, como se passará a ver.

6. DA NECESSIDADE DA PRISÃO CAUTELAR PARA CRIMES HEDIONDOS E DE ROUBO NO PRAZO DO ART. 236 DO CÓDIGO ELEITORAL ALÉM DAS HIPÓTESES DE FLAGRANTE, SENTENÇA CONDENATÓRIA POR CRIME INAFIANÇÁVEL E DESRESPEITO A SALVO-CONDUTO

Em linhas gerais, pode-se dizer que crimes hediondos são aqueles que se mostram repugnantes, sórdidos, asquerosos, horrendos, seja pela sua gravidade objetiva, seja por seus meios de execução.

Em razão disso, a própria Constituição Federal estabeleceu regime mais rigoroso no trato com esses crimes, considerando-os inafiançáveis e vedando a graça e a anistia.

O legislador infraconstitucional não formulou um conceito de crime hediondo, preferindo aplicar o ‘rótulo’ hediondo a alguns delitos descritos no Código Penal e em leis especiais. Por expressa disposição constitucional (art. 5º, LXIII), equipararam-se aos hediondos os crimes de tortura, terrorismo e o tráfico ilícito de entorpecentes e de drogas afins¹⁰.

¹⁰ A teor do art. 1º da Lei n.º 8.072/90, são considerados hediondos os seguintes crimes capitulados no Código Penal:

I – homicídio (art. 121), quando praticado em atividade típica de grupo de extermínio, ainda que cometido por um só agente, e homicídio qualificado (art. 121, § 2º, I, II, III, IV e V); II – latrocínio (art. 157, § 3º, *in fine*); III – extorsão qualificada pela morte (art. 158, § 2º); IV – extorsão mediante seqüestro e na forma qualificada (art. 159, *caput* e §§ 1º, 2º e 3º); V – estupro (art. 213 e sua combinação com o art. 223, *caput*, e parágrafo único); VI – atentado violento ao pudor (art. 214 e sua combinação com o art. 223, *caput*, e parágrafo único); VII – epidemia com resultado morte (art. 267, § 1º); VII-A (Vetado); VII-B – falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais (art. 273, *caput* e § 1º, 1º-A e § 1º-B, com a redação dada pela Lei 9.677 de 2 de julho de 1998).

A Lei n.º 8.072/90, afinada com o rigorismo exigido pela Constituição, estabeleceu outras restrições, tais como a proibição de concessão de indulto e liberdade provisória; maior tempo de cumprimento de pena (2/3) para concessão de livramento condicional; aumento dos prazos de prisão temporária para os crimes hediondos etc.

Como magistralmente exposto por Volnei Corrêa Leite de Moraes Júnior:

“...a instituição da categoria dos crimes hediondos, claramente não traduzindo um direito, certamente é uma garantia dos direitos fundamentais – à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade (art. 5º, caput).

*“Conseqüentemente, os inimigos da Lei dos Crimes Hediondos são inimigos dos direitos fundamentais, que aquela **garantia** resguarda, são inimigos do garantismo constitucional, são inimigos da Constituição-Cidadã. Significa dizer: são hipócritas, porque vivem a proclamar juras de amor ao garantismo, quando na verdade desejam ver abolida uma das mais eficazes garantias dos Direitos Humanos” (2003, p. VIII).*

Já o delito de roubo, seja na forma simples ou qualificada, é um dos que mais levam pânico à população. O cidadão de bem é ‘atormentado’ pelos assaltantes no recesso de seu lar, nos seus locais de trabalho, lazer e estudo. Em conseqüência, o cidadão restringe ao máximo as suas atividades sociais, deixando de freqüentar determinados lugares ou só os freqüentado em horários que considera menos arriscados.

A lição ainda é de Volnei Corrêa Júnior: “não há nada mais dramaticamente objetivo, mais pungentemente concreto, mais tragicamente real do que a teia de pavor na qual os cidadãos pacatos se vêem envolvidos pelos ladrões violentos” (p. 24).

Já os crimes dolosos contra a vida representam as interdições máximas da convivência em sociedade, pois lesam o mais importante dos direitos fundamentais; com efeito, estar vivo é a condição para o exercício de qualquer direito.

No parágrafo único do art. 1º da Lei 8.072/90, é prescrito que também se considera hediondo o crime de genocídio, consumado ou tentado.

Propugna-se aqui, então, que além das exceções previstas no artigo 236 do CE, possa haver a prisão cautelar de eleitor nos casos de cometimento de crimes hediondos, de crimes dolosos contra a vida e de roubo.

Resta evidente que, pela sua distinta natureza, os crimes hediondos, dolosos contra a vida e o roubo merecem tratamento diferenciado dos demais crimes. E tanto é assim que esses delitos normalmente têm penas elevadas.

A prisão provisória por esses delitos impedirá que seus autores fiquem livres durante o prazo do art. 236 do CE, evitando-se a evasão dos criminosos, a intimidação de testemunhas e a prática de novos crimes, protegendo-se, assim, a sociedade.

E, indaga-se, por que meios, no prazo previsto no artigo 236 do CE, além das exceções expressas, se estenderá a prisão provisória aos eleitores que cometeram crimes hediondos, crimes dolosos contra a vida e roubo? A resposta pode estar na utilização das chamadas sentenças ou decisões aditivas.

7. AS DECISÕES ADITIVAS

Em profícuo artigo, Celso Ribeiro Bastos¹¹ teceu as seguintes considerações sobre as mais recentes técnicas de interpretação constitucional (grifos não constantes do original):

“Na interpretação constitucional tradicional não é permitido ao intérprete fazer qualquer alargamento ou restrição no sentido da norma de modo a deixá-la compatível com a Carta Maior. No segundo pós-guerra o que se assiste é uma inclinação da jurisprudência no sentido de maximizar as formas de interpretação que permitam um alargamento ou restrição do sentido da norma de modo a torná-la constitucional. Procura-se buscar até mesmo naquelas normas que à primeira vista só parecem comportar interpretações inconstitucionais - através da ingerência da Corte Suprema alargando ou restringindo o seu sentido - uma interpretação que a coadune com a Carta Magna.”

¹¹ “As modernas formas de interpretação constitucional”. Jus Navigandi, Teresina, ano 3, n. 27, dez. 1998. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=89>>. Acesso em: 05 jan. 2007.

Vale dizer que nas tradicionais formas de interpretação constitucional apenas se levantavam todas as possíveis interpretações e confrontavam-se com a Constituição. O intuito das modernas formas de interpretação constitucional é o de buscar no limiar da constitucionalidade da norma algumas interpretações que possam ser aproveitadas desde que fixadas algumas condições.”

E é nesse quadro que se inserem as sentenças ou decisões aditivas.

Sentenças ou decisões aditivas são decisões judiciais que, em questionamento sobre a constitucionalidade de ato normativo, acolhem a impugnação, sem invalidá-lo. Em vez de operar-se a expulsão da norma do ordenamento jurídico, ela fica mantida com o acréscimo ao seu conteúdo de uma regulação que faltava para efetivar sua concordância com a Constituição.

Conforme a lição de Edílson Pereira Nobre Júnior (p. 121):

“Nessas decisões, a estrutura literal da norma combatida se mantém inalterada, mas o órgão de jurisdição constitucional, criativamente, acrescenta àquela componente normativo, vital para que seja preservada sua conciliação com a Lei Fundamental. A sua ocorrência coincide com as hipóteses em que o tribunal reconhece a existência de omissão parcial, justamente porque permitem o acréscimo do necessário para tornar a norma impugnada concordante com os mandamentos constitucionais” (grifo não constante do original).

Assim, a inconstitucionalidade não estaria no conteúdo do que a regra jurídica prescreve, mas, ao contrário, no fato de a norma não prescrever aquilo que a Constituição exige.

Segundo Jorge Miranda,

“Nas decisões aditivas (também ditas modificativas ou manipulativas) a inconstitucionalidade detectada não reside tanto naquilo que ela não preceitua; ou, em outras palavras, a inconstitucionalidade

acha-se na norma na medida em que não contém tudo aquilo que deveria conter para responder aos imperativos da Constituição. E, então, o órgão de fiscalização acrescenta (e, acrescentando modifica) esse elemento que falta” (2002, p. 514).

Dito em outras palavras: há possibilidade de sentenças aditivas quando uma norma apresenta carga normativa inferior à que constitucionalmente deveria possuir. Há uma autêntica inconstitucionalidade por insuficiência protetiva. Os órgãos jurisdicionais, nesse caso, reputam inconstitucional a norma na parte em que não prevê determinada regulamentação. *A sentença aditiva introduz no ordenamento o conteúdo normativo faltante.*

No caso do art. 236 do CE, a ele deveriam ser ‘adicionadas’ as hipóteses de prisões preventivas por roubos, crimes hediondos e crimes dolosos contra a vida, de forma a fazer sua concordância com o mandamento constitucional do direito à segurança.

Em síntese: o artigo 236 do Código Eleitoral *somente pode ser ‘salvo’ de uma declaração de inconstitucionalidade com o uso da técnica de sentença aditiva.* Para tanto, deve-se: a) agregar-se às exceções à prisão referidas no citado artigo as hipóteses de prisão cautelar por cometimento de crimes contra a vida, roubo e crimes hediondos; b) estender-se aos candidatos a possibilidade de prisão em virtude de *sentença condenatória transitada em julgado.*

Não são apenas os tribunais que podem se valer da técnica de decisões ou sentenças aditivas, podendo fazê-lo qualquer Órgão do Poder Judiciário, pois exercem jurisdição constitucional.

A prisão provisória no período eleitoral para os que cometem crimes dolosos contra a vida, crimes hediondos e roubos também prestaria homenagem ao princípio da isonomia. Com efeito, se cabível prisão em casos de flagrante e sentença condenatória sem trânsito em julgado para indivíduos que praticaram crimes de menor gravidade, com mais razão ainda deverá se dar a segregação provisória nos crimes de maior gravidade, só que na forma de prisões temporárias ou preventivas.

Qualquer valor constitucional pode ser priorizado em uma sentença aditiva, inclusive – e especialmente - o direito à segurança.

7.1 Rebatendo as Críticas às Decisões ou Sentenças Aditivas

De plano já se nota que a principal crítica que os doutrinadores fazem à utilização das decisões ou sentenças aditivas é que estas se constituiriam em uma inadmissível usurpação da função legislativa por parte dos Órgãos do Poder Judiciário.

Entretanto, é de se ressaltar que nas sentenças aditivas os órgãos judicantes não criam livremente a norma jurídica, à semelhança do que faz o legislador, mas apenas ‘descobrem’, especificam, aquela já existente implicitamente no ordenamento jurídico ou passível de extração dos comandos constitucionais, a fim de preencher um ‘vazio’ constitucional.

Apropriada, nesse passo, menção às lições de Edílson Pereira Nobre Júnior quando trata do tema (grifos não constantes do original):

“...não há que se equiparar tal atividade à legislação. O complemento introduzido pelas lições em exame, além de efeito indireto de declaração de inconstitucionalidade, não deriva de pura imaginação da Corte Constitucional, mas de integração analógica resultante de outras normas ou princípios constitucionais, cuja descoberta advém do engenho daquela.”
“Perfilha o juiz constitucional, apenas e tão-só, solução constitucionalmente obrigatória...”

“Noutro passo, viceja raciocínio, com prestígio doutrinário (cf. PUGIOTTO, 1992, p. 3674-3679), segundo o qual o objeto principal da sentença aditiva apenas ilusoriamente seria uma omissão legislativa parcial. Diversamente, constitui uma norma vivente a exclusão não consentida constitucionalmente.”
(...)

Retomando o ponto: nas sentenças aditivas, não se tem a elaboração de uma norma jurídica, mas somente o complemento da norma existente, a partir de solução já constante no ordenamento jurídico, cuja descoberta se deu pelo trabalho do hermeneuta. Aqui, não há confundir atividade de criação jurídica com atividade legislativa.

Destaca Rui Medeiros¹² que:

¹² Citado em trecho do voto do Ministro do STF, Gilmar Mendes, no julgamento do MI 670-9/ES.

“Efetivamente, embora parte da doutrina admita que as decisões modificativas são proferidas no exercício de um poder discricionário do Tribunal Constitucional e se contente em pedir aos juízes constitucionais que usem a sua liberdade de escolha com parcimônia, numerosos autores esforçam-se por sublinhar que não está em causa o exercício de uma função substancialmente criativa ex nihilo, verificando-se tão-somente a extração de um quid iuris já presente — de modo cogente e vinculativo para o próprio legislador — no ordenamento. Nesta perspectiva, o órgão de controle, ao modificar a lei, não actua como se fosse legislador, já que ‘não possui aquele grau de liberdade de opção para definir o escopo legal que é atributo do legislador’. ‘O quid iuris adiectum, ainda que não explicitado formalmente na disposição ou no texto (verba legis), está já presente, e in modo obbligante, no próprio sistema’.”

Enfocando o assunto sob um outro ângulo, não se pode deixar de perceber que o Poder Judiciário atua como uma espécie de ‘Delegado’ do Poder Constituinte originário para fazer a defesa da Constituição. Assim, um certo ativismo judicial, mais do que desejável, é indispensável para a efetivação dos direitos, postergada pela inércia legislativa.

É dever do magistrado, ante a omissão legislativa, valer-se da Constituição para dar efetividade ao direito em risco de perecimento ou de drástica redução de efetividade.

Uma Constituição possui cláusulas gerais, abertas, e conceitos de valores tais como igualdade, dignidade, segurança etc., o que inevitavelmente deixa ao intérprete uma vasta gama de deliberações possíveis.

Como se pode razoavelmente concluir, um dos objetivos buscados pela norma veiculada no artigo 236 do Código Eleitoral foi evitar que os órgãos judiciais decretassem prisões cautelares resultantes de elementos precários ou infundados, motivadas por perseguição política, e que pudessem resultar em sério gravame eleitoral.

Em um determinado momento histórico, preferiu o legislador, no conflito entre o direito à segurança pública e o direito ao voto, privilegiar o último.

No entanto, houve sensível modificação das condições históricas, *o que não pode deixar de influir na interpretação dos textos legais.*

O Brasil de hoje não é mais aquela sociedade agrária e atrasada socialmente da década de 30, momento em que surgiu pela primeira vez no ordenamento jurídico a proibição de prisão de eleitores durante o período eleitoral.

De outro vértice, o quadro da violência é absolutamente diferente daquele em que a proibição das prisões cautelares no período eleitoral foi gestado. A violência explode no país. Todo dia os meios de comunicação social noticiam crimes contra a vida cometidos de forma bárbara, estupros, roubos praticados por quadrilhas, tráfico de drogas, latrocínios etc. Assim, a interpretação tradicional do art. 236 do CE, além de beneficiar os autores dos delitos mencionados, mina de forma perigosa a credibilidade do sistema de justiça, que fica impotente para dar uma resposta à sociedade no período eleitoral.

A jurisprudência tem como uma de suas missões ‘atualizar’ o texto legal defasado pelo tempo, garantindo-lhe ‘sobrevivência’ e aplicação até que alterações legislativas se processem.

E combata-se, desde logo, a afirmação de que, ao estender-se as hipóteses permissivas de prisão durante o prazo do art. 236 do CE, estar-se-ia violando o princípio da legalidade ou fazendo-se analogia *in malam partem*. Inexiste analogia *in malam partem* contra ou em relação à Constituição.

Uma constatação óbvia: o Direito não pode ser isolado do ambiente em que vigora. *E não se pode olvidar, também, que o artigo 5º da Lei de Introdução ao Código Civil dá o sentido pelo qual a lei deve ser interpretada: de acordo com os fins sociais a que ela se dirige e com as exigências do bem comum.*

Como ensina de forma lapidar Maria Helena Diniz (grifos não constantes do original):

“Na falta de definição legal do termo ‘fim social’ o intérprete aplicador em cada caso sub judice deverá averiguar se a norma a aplicar atende à finalidade social, que é variável no tempo e no espaço, aplicando o critério teleológico na interpretação da lei, sem desprezar os demais processos interpretativos.

O fim social é o objetivo de uma sociedade, encerrado na somatória de atos que constituirão a razão de sua composição; é, portanto, o bem social, que pode abranger o útil, a necessidade social e o equilíbrio de interesses etc. [...].Conseqüentemente, fácil será perceber que comando legal não deverá ser interpretado fora do meio social presente; imprescindível será adaptá-lo às necessidades sociais existentes no momento de sua aplicação. Essa diversa apreciação e projeção no meio social, em razão da ação do tempo, não está a adulterar a lei, que continua a mesma” (1997, p. 163-164).

Não se perca de vista também que, se de um lado o Estado deve proteger o cidadão contra os excessos/arbítrios do direito penal e do processo penal (garantismo no sentido negativo, que pode ser representado pela aplicação do princípio da proporcionalidade enquanto proibição de excesso - *Übermassverbot*), esse mesmo Estado não deve pecar por eventual proteção deficiente (garantismo no sentido positivo, representado pelo princípio da proporcionalidade como proibição de proteção deficiente – *Untermassverbot*).

Situação deveras perigosa ao interesse social é a aceitação literal e acrítica do comando normativo albergado pelo artigo 236 do CE por parte da comunidade jurídica. Repete-se à exaustão a proibição de prisão do eleitor sem se pensar criticamente sobre a irrazoabilidade e a inconstitucionalidade por omissão da norma.

Nesse quadro, alvissareira é a tramitação no Congresso Nacional do Projeto de Lei do Senado 290/2006, de autoria da Senadora Serys Slhessarenko (PT-SC), que visa a alteração do art. 236 do CE para permitir no período a prisão provisória de autores de crimes hediondos e de crimes dolosos contra a vida. Como bem referiu a Senadora na exposição de motivos do referido projeto de lei, “a violência tem aumentado consideravelmente, de maneira que a manutenção do dispositivo, na forma em que vigente, beneficiará autores de crimes brutais, como assassinos e estupradores, como freqüentemente têm noticiado os meios de comunicação”.

Concluindo: se os operadores do Direito quiserem ver um avanço de sua jurisdição constitucional para a proteção dos direitos funda-

mentais da coletividade, não devem olhar a utilização de sentenças aditivas com a velha mentalidade de que o Poder Judiciário só pode atuar como o legislador negativo.

8. CONCLUSÕES ARTICULADAS

1. A vedação à prisão de eleitores durante os períodos imediatamente antecedentes e posteriores à realização do pleito (salvo exceções legais) existe no Brasil desde a edição do Código Eleitoral de 1932.

2. Essa vedação tinha como objetivos, basicamente: a) garantir o comparecimento máximo às urnas, já que em muitas eleições há vitórias de candidatos por escassa margem de votos ou até por critérios de desempate; b) evitar que a prisão de candidatos, eleitores, delegados de partidos e fiscais de partidos e coligações pudesse concorrer para a ocorrência de fraudes na apuração pela falta ou deficiência de fiscalização; c) impedir que prisões imotivadas ou arbitrárias pudessem influenciar de forma indevida o eleitorado, modificando o que seria o resultado normal da eleição caso a prisão indevida não ocorresse; d) evitar o uso de força policial para intimidar o eleitor; e) evitar o acirramento de ânimos entre partidários de agremiação políticas concorrentes.

3. A patente insuficiência protetiva do artigo 236 do Código Eleitoral tem levado os doutrinadores a considerá-lo revogado ou então a flexibilizar sua aplicação, com afirmações de que a vedação à prisão referida é inconstitucional; que só diz respeito aos crimes eleitorais propriamente ditos ou que a prisão por ordem judicial não é vedada pelo artigo em comento. Há, ainda, interpretação no sentido de que a prisão provisória do eleitor pode ser feita dentro do período do art. 236 do CE, desde que decretada anteriormente a esse período.

4. A garantia posta no art. 236 do CE não é inconstitucional se flexibilizada para permitir-se a prisão provisória de autores de crimes dolosos contra a vida, crimes hediondos e roubo, bem como autorizar a prisão de candidatos que tiverem contra si sentença condenatória transitada em julgado, enquanto durarem seus efeitos.

5. A maneira de estender-se a possibilidade de prisão provisória aos autores dos crimes dolosos contra a vida, crimes hediondos e roubo é com a utilização das denominadas decisões ou sentenças aditivas.

6. As sentenças ou decisões aditivas são decisões judiciais que, em questionamento sobre a constitucionalidade de ato normativo, acolhem a impugnação, sem invalidá-lo. Em vez de operar-se a expulsão da norma do ordenamento jurídico, ela fica mantida com o *acréscimo ao seu conteúdo de uma regulação que faltava para efetivar sua concordância com a Constituição*.

7. As sentenças aditivas não representam uma invasão do juiz no campo de atuação do legislador. O juiz apenas 'revela' uma norma que já existia no sistema. ☐

Identidade e Aplicação do Direito da Informática

Gilberto Martins de Almeida

Professor de Direito da Informática da PUC/RJ.

Leonardo de Campos Melo

Advogado e Professor da PUC/RJ.

1. INTRODUÇÃO

A Ciência do Direito¹, forjada através dos tempos, hoje se depara com notáveis dilemas postos pela Sociedade do Conhecimento². A Informática³ tem semeado novas noções de tempo e espaço, maximizando as potencialidades humanas e transformando as relações sociais e econômicas. À medida que se multiplicam as conexões estabelecidas em redes de comunicação eletrônica, o campo normativo afeto a questões cotidianas se alarga. Nesse diapasão, os tradicionais ramos do Direito se enriquecem com novas pautas para aplicação, porém se tornam mais carentes de transversalidade em sua integração sistêmica.

Visto sob a perspectiva histórica, o Direito tem a capacidade de adaptar-se a novos fenômenos e de os refletir. Com o mundo da Internet não poderia ser diferente. Portanto, neste momento incumbe

¹ "(...) uma coisa é o *Direito*, e outra é a *Ciência do Direito*. O primeiro, objetivamente tomado, é um corpo de normas, editadas pelo poder público sob a ameaça de sanções; pode ser bom ou mau, adequado ou inadequado à sociedade que rege, conforme ou desconforme a princípios éticos ou à lei natural. Para compreender e unir logicamente essas normas, para evidenciar o sistema em que elas se entrosam, para erguer, sobre os comandos isolados, que elas representam, o organismo uno de que elas são as partes, é que surge a *Ciência do Direito*, ou por outro, essa *Ciência do Direito positivo*, que melhor denominamos a *Dogmática Jurídica*." (San Tiago Dantas, "A Nova Dogmática Jurídica", *Revista Forense – Comemorativa 100 Anos – Direito Constitucional*, Tomo II, Forense, 2006, p. 141/142).

² Também chamada de Sociedade Informacional, conforme justificado por Manuel Castells: "... o termo informacional indica o atributo de uma forma específica de organização social em que a geração, o processamento e a transmissão da informação tornam-se as fontes fundamentais de produtividade e poder devido às novas condições tecnológicas surgidas nesse período histórico". (*in A Sociedade em Rede*, Paz e Terra, São Paulo, 7ª ed., 2003, p. 65).

³ O termo "informática", cunhado na França, em 1962, mediante combinação de "informação" e "automática" (*apud* Vittorio Frosini, *in Informática y Derecho*, Temis, Bogotá, 1988, p. 137), neste estudo será empregado em seu sentido mais amplo, englobando a informática como técnica e como suas aplicações.

aos operadores do Direito a compreensão das novas possibilidades existentes, para darem conta com maior eficácia dos desafios de hermenêutica que ora se estendem por todas as áreas do Direito. Parte desta compreensão se refere a como a disciplina jurídica do universo da Informática deve ser situada na taxonomia da Ciência do Direito e a como deve ser aplicada na prática.

2. SÍNTESE DA EVOLUÇÃO DA INFORMÁTICA E DO SURGIMENTO DO DIREITO DA INFORMÁTICA

O início das discussões jurídicas em torno do fenômeno da Informática coincide com a invenção do primeiro protótipo de computador, em 1937⁴. Em meados da década de 50⁵, com a popularização comercial do computador, as práticas contratuais peculiares desenvolvidas⁶ formaram as bases consuetudinárias iniciais do Direito da Informática, gerando os primeiros comentários de doutrina⁷.

Importante destacar que, na década de 50, os equipamentos então disponíveis eram muito grandes e caros, exigindo elevado investimento em sua aquisição, somente justificável para tratamento de grande volume de dados, o que tornava o uso dessa tecnologia um privilégio quase exclusivo da Administração Pública⁸. Na década de

⁴ Pimentel, Alexandre Freire, **O Direito Cibernético: um enfoque teórico e lógico-aplicativo**, Renovar, Rio de Janeiro, 2000, p.12. As discussões de então se centraram na propriedade intelectual, enfocando a patenteabilidade de tal invento, apreciada pelo Judiciário norte-americano.

⁵ "Os historiadores lembram que o primeiro computador eletrônico pesava 30 toneladas, foi construído sobre estruturas metálicas com 2,75m de altura, tinha 70 mil resistores e 18 mil válvulas a vácuo, e ocupava a área de um ginásio esportivo. Quando ele foi acionado, seu consumo de energia foi tão alto que as luzes de Filadélfia piscaram. Porém, a primeira versão comercial dessa máquina primitiva, o UNIVAC1, desenvolvido em 1951 pela mesma equipe e depois com a Marca Remington Rand, alcançou tremendo sucesso no processamento dos dados do Censo norte-americano de 1950" (Castells, **A Sociedade em Rede**, Paz e Terra, São Paulo, 1999, p. 78/79). Porém, o potencial dos computadores foi logo percebido, tendo motivado a primeira lei de incentivo à indústria eletrônica, editada no Japão em 1957 (*apud* Vittorio Frosini, *in* **Informática y Derecho**, *ib.*, p. 140).

⁶ Em face da ausência, naquela altura, de preceitos normativos, definições jurisprudenciais ou contribuições acadêmicas.

⁷ "O primeiro artigo sobre direito ligado ao computador é atribuído a Roy Freed (1960), chamado de pai do direito da informática." (Marques, Garcia e outro, **Direito da Informática**, Almedina, Coimbra, 2000, p. 29). A primeira vez em que se utilizou a expressão Direito da Informática em um livro consta ter sido em 1970, em obra de Alain Chouraqui, segundo aponta Vittorio Frosini (**Informática y Derecho**, *ib.*, p. 138).

⁸ Significativamente, data desta época, mais precisamente de 1959, a primeira iniciativa oficial brasileira em relação à Informática, com a formação de um grupo, o GEACE (Grupo Executivo para Aplicação de Computadores Eletrônicos), instituído pelo Decreto n. 45.832, de 13/10/59, no governo Juscelino Kubitschek, visando a estudar como a Informática poderia ser útil, na máquina estatal, ao propósito de aceleração do desenvolvimento nacional.

60, este fato chamou a atenção dos estudiosos, que passaram a atentar para as possibilidades e riscos do maior controle estatal sobre as atividades dos cidadãos.

Na década de 70, instalou-se polêmica entre aqueles que, em nome da segurança ou da economia, pretendiam maximizar a informatização do governo e da sociedade⁹, e os que criticavam a visão tecnicista da Informática¹⁰, inspirando as primeiras leis de proteção da privacidade contra o poderio estatal dos bancos de dados¹¹.

Este breve histórico retrata o cenário que serviu de pano de fundo para o nascimento da Informática Jurídica e do Direito da Informática. A primeira corresponde ao estudo, abordado pela doutrina desde pelo menos 1949¹², da implantação do uso da Informática no Direito¹³, incluindo a sistematização de informações jurídicas para pesquisa e processamento, a informatização do Judiciário etc. O segundo trata das diversas implicações legais associadas à Informática.

Segundo Losano¹⁴, a Informática Jurídica se desenvolveu rapidamente, em resultado do “otimismo tecnológico” que vigorou até 1975. Sofreu, porém, em seguida, relativo declínio na vertente acadêmica e na aplicação prática, em virtude da reversão para o “pessimismo tecnológico” que então se seguiu¹⁵ em face da preocupação social com ameaças à privacidade dos cidadãos, das dificuldades para se avançar no domínio da inteligência artificial, da reduzida percepção da importância de automatização de processos de gestão, e de outras razões.

⁹ Nessa época são concebidas as primeiras iniciativas, no Brasil, de reserva do mercado de informática, em prol de imperativos econômicos e em sintonia com a ideologia da segurança nacional.

¹⁰ Como na crítica formulada por Herbert Marcuse e divulgada no âmbito do movimento da contracultura, o qual propagou certa tecnofobia, conforme registra Frosini (“Il Diritto (...)”, p. 201/202).

¹¹ Losano, “A Informática (...)”, p. 359.

¹² Embora, como aponta Losano (“A Informática Jurídica Vinte Anos Depois”, RT-715, maio de 1995, p. 350), se tenha convencionado que a Informática Jurídica nasceu em tal ano, mediante a publicação da obra do norte-americano Lee Loevinger, o mesmo Losano (*Informatica per le Scienze Sociali*, Einaudi, Turim, 1985, p. 41) salienta que, em verdade, ela já fora enfocada por Norbert Wiener, em sua obra *A cibernética*, em 1948. Lee Loevinger obteve maior reconhecimento em virtude de terminologia e enfoque mais específicos adotados em sua obra *Jurimetrics – The Next Step Forward* (*apud* Frosini, *Cibernética, diritto e società*, ed. di Comunità, Milão, 1983, p. 18).

¹³ Segundo Danièle Bourcier (*Inteligencia Artificial y Derecho*, UOC, Barcelona, 2003, p. 19), desde 1960, na França, a mecanização da busca em pesquisas jurídicas já se revelava capaz de contribuir para a automatização do processo de fundamentação jurídica.

¹⁴ “A Informática (...)”, p. 364/365, citando conceitos cunhados por Lothar Philipps, bem como referindo semelhante qualificação, por Wilhelm Steinmuller, como “época de euforia” (1970-1980) e “época de saneamento” (de 1980 em diante), p. 352.

¹⁵ E que, segundo o mesmo autor, (“A Informática (...)”, p. 365), poderá ser revertido, em face das condições técnicas existentes desde fins dos anos 90.

Já o Direito da Informática, que se nutre exatamente dos questionamentos sobre aspectos jurídicos e sociais decorrentes da Informática, amplia cada vez mais o seu escopo, a ponto de, hoje, no extremo, se perquirir sobre os limites da sua identidade e sobre sua possível “diluição” em face da assimilação segmentada de suas especificidades por parte dos ramos tradicionais do Direito.

3. RECONHECIMENTO DA IDENTIDADE DO DIREITO DA INFORMÁTICA

A identidade do Direito da Informática foi oficialmente reconhecida pela Comunidade Européia em 1980¹⁶ e, em 1992, mediante expressa recomendação para que fosse ensinado como disciplina autônoma nas Faculdades de Direito¹⁷.

Ressalte-se que, no Brasil¹⁸, ainda persiste largo desconhecimento desse campo de estudo por substancial parcela da comunidade jurídica¹⁹, que ignora sua existência e razão de ser²⁰, ou descarta liminarmente qualquer cogitação sobre seu lugar na taxonomia do Direito.

No tocante à terminologia “Direito da Informática”, ela parece ter se consagrado à falta de opção mais adequada, frente aos desafios

¹⁶ Recomendação R(80)3 (e respectiva Exposição de Motivos), do Conselho de Ministros, sobre ensino, pesquisa e treinamento em Direito e Informática, aprovada em 30/04/80, e reiterada em 19/10/92, conforme destaca Antonio-Enrique Pérez Luño (**Manual de informática y derecho**, Ariel, Barcelona, 1996, p. 11). Frosini (**Informática y Derecho**, ib., p. 135) destaca a advertência contida em um Programa anexo à Recomendação, vazada nos seguintes termos: “A interação da Informática e do Direito exige novas competências metodológicas e novas estratégias interdisciplinares”.

¹⁷ Na Itália, por exemplo, a disciplina é ensinada nas Faculdades de Direito de Camerino, Roma, Gênova e Lecce, segundo Michele Iaselli (**Informática Giuridica**, Simone, Napoli, 2002, p. 13).

¹⁸ Talvez, dentre outras razões, devido à menor circulação da informação, que a política de reserva de mercado, vigente nos anos 70 e 80 e baseada na restrição de importação de bens e serviços de informática, pode ter ocasionado, ao limitar o mercado e o influxo de experiências estrangeiras.

¹⁹ “A herança cultural de que se nutre o saber jurídico, com seu porte cognoscente formal e também seus resíduos teológicos (ambas as coisas apresentando, por certo, um lado positivo), continua fazendo do cientista do direito um intelectual, que evita o contato demasiado comprometedor com temas e linguagens providos de disciplinas outras (...) Mesmo no meu caso, pois que sou um apocalíptico (no sentido de Umberto Eco) e um pessimista, é fora de dúvida que muitas das resistências, que em nome do humanismo se opõem à tecnificação das coisas, nascem de uma certa desinformação. A invasão das máquinas é uma realidade histórica, e cabe à consciência crítica controlar os seus efeitos, atendendo-se inclusive à velha expressão: nem tanto ao mar nem tanto à terra. Há milênios os homens lutam entre mudar as coisas e conservar costumes, e o advento do direito cibernético vem, certamente, modificar estruturas mentais.” (Nelson Saldanha, *in* Apresentação a **O Direito Cibernético**, de Alexandre Freire Pimentel, Renovar, Rio de Janeiro, 2000).

²⁰ “(...) para el jurista actual adquirir una ‘consciencia tecnológica’ no equivale simplemente a una actitud de sensibilidad hacia la relevancia instrumental de las nuevas tecnologías para el derecho, sino que entraña percibir las como el marco de referencia ineludible de las construcciones teóricas y vicisitudes prácticas de la experiencia jurídica.” (Pérez Luño, *in* Prólogo a **Problemas Actuales de la Documentación y de la Informática Jurídica**, Tecnos, Madrid, 1987, p.15)

encontrados. Por um lado, a Informática, como técnica e como aparato, transcende os aspectos meramente privatistas inerentes a uma “indústria” ou “mercado” em particular e abrange também os aspectos de interesse público. De outra parte, tal expressão evita a designação de um “atributo” qualificador estranho ao Direito. Nessa linha, apesar de haver quem defenda o contrário, não parece tecnicamente mais apropriado se referir a Direito Eletrônico, Direito Digital, e a outras denominações que, em tese, se adequariam bem mais à Informática Jurídica, eis que o Direito “da” Informática não há de ser confundido com Direito “Informático”²¹.

Há que notar, também, a dissensão sobre o escopo de abrangência do Direito da Informática e sobre os métodos de abordagem do seu estudo. Alguns autores²² chamam a atenção para que nem todas as intersecções do Direito com a Informática têm maior interesse jurídico. Há, ainda, quem²³ se valha da distinção entre Direito Público e Direito Privado, transpondo-a para o estudo do universo da Internet.

Por sua vez, embora agudize a polêmica em vários temas, a Internet ainda não parece reunir um contingente suficientemente distinto de implicações legais em relação àquelas já postas anteriormente pelos computadores e por outras redes de dados. Por essa razão, não parece merecer disciplina segmentada²⁴.

²¹ Expressão também utilizada, embora por vertente minoritária. Há quem se refira, por exemplo, a “crimes informáticos”, designando crimes cometidos mediante uso do computador. Tal sentido levaria a que o Direito Informático fosse o Direito instrumentado “por” computador, e não o Direito que versa “sobre” fenômenos sociais inerentes à computação. O uso de tal expressão pode se dar, porém, com a intenção de conotar o Direito da Informática, como se vê da conceituação formulada por Mário Antônio Lobato de Paiva, em artigo intitulado “A Ciência do Direito Informático” (disponível em www.cbeji.com.br), explicando o Direito Informático como “o conjunto de normas, aplicações, processos, relações jurídicas que surgem como consequência da aplicação e desenvolvimento da informática”.

²² “A l’inverse, on peut sans état d’âme délaissier des questions marginales comme celle des rapports de l’informatique eu du droit du travail. L’introduction de l’informatique dans l’entreprise est assurément une décision de grande importance, de même que le recours au travail à distance. Néanmoins, le lien entre la règle de droit et la technique informatique est trop lâche pour justifier que le débat soit mené sur le terrain d’un droit spécifique de l’informatique.” (Lucas, André, **Droit de l’Informatique et de l’Internet**, Thémis, Paris, 2001, p. XVII).

²³ Pedro Alberto Miguel de Asencio assim o fez, em sua obra **Derecho Privado de Internet** (Civitas, Madrid, 2001), argumentando que a regulação estatal padece das condicionantes de normativas internacionais e de outras, devendo em paralelo ser estudado o direito privado, que se desenvolve movido por auto-regulações e pela composição negocial.

²⁴ Pela mesma razão, nesse momento parece prematuro o uso de expressões como “Direito da Internet”, “Direito do Ciberespaço”, “CyberLaw”, e semelhantes.

4. DIREITO DA INFORMÁTICA: RAMO AUTÔNOMO? ÁREA DE ESPECIALIZAÇÃO?

Inobstante a identidade do Direito da Informática se encontrar hoje assente no mundo acadêmico, especialmente na Europa e nos EUA, pairam controvérsias na doutrina. Alguns autores vêm na denominação Direito da Informática apenas uma comodidade de expressão²⁵, designativa de uma área de especialização, e não propriamente um ramo autônomo, ao passo que outros, tão reputados quanto os primeiros, defendem linha de pensamento exatamente oposta²⁶.

Tais controvérsias parecem recomendar um aprofundamento sobre este debate²⁷ à luz do retrospecto da história do Direito e das mais recentes teorias sobre sistema e princípios jurídicos.

Relembre-se que, em suas primeiras conformações, o Direito ocidental contava com reduzido número de normas aplicáveis a determinado território ou grupo social, sem preocupação de sistematização. Todavia, à medida em que as transformações sociais requereram normas de conduta em maior volume e sofisticação, os operadores do Direito se viram às voltas com a necessidade de ordenação, o que tentaram atender inicialmente através de compilações e depois com a edição de códigos, num processo de crescente sistematização.

Efetivamente, a história da composição de conflitos de interesses na civilização ocidental²⁸ se confunde com a evolução das iniciativas

²⁵ *“Spécificité du droit de l’informatique – Il va de soi que le droit de l’informatique ne constitue pas une branche du droit avec ses sources, ses catégories ou ses modes de raisonnement. Simplement, on ne peut nier que l’informatique soulève des problèmes spécifiques, tant il est vrai que la technique ne peut toujours rester neutre. C’est ce particularisme dont veut rendre compte l’expression “droit de l’informatique”, qui s’est imposée par commodité.”* (Lucas, André et al., *Droit de l’informatique et de l’Internet*, ib., p. XVI). Também, do mesmo autor, em *“Le Droit de l’Informatique”*, Thémis, Paris, 1987, p. 18 e 19.

²⁶ Pérez-Luño (*“Manual (...)”*), p. 18/19: “Estimo que nos hallamos, por tanto, ante la aparición de una nueva disciplina jurídica y no de un mero rótulo para reagrupar una serie de problemas conexos con un campo de estudio peculiar. El Derecho de la Informática posee idénticos títulos científicos para constituirse en disciplina autónoma como antes los tuvieron otras materias jurídicas novedosas como, por ejemplo, el Derecho aeronáutico, el Derecho espacial, el Derecho comunitario...”

²⁷ *“(...) la informática – también la informática jurídica – corre hoy riesgo de ser víctima de los caprichos de la moda y de las veleidades del “consumismo”. De ahí que el ordenador electrónico ha devenido un símbolo de prestigio social (...) Esta visión ornamental de la informática, con puntual incidencia en el derecho, ha comprometido, muchas veces, la eficacia de las iniciativas dirigidas al estudio de sus repercusiones.”* (Pérez-Luño, *in* Prólogo a *“Problemas (...)”*, p.14).

²⁸ A idéia de previsibilidade para a solução de conflitos se une de forma indissociável a noção de sistema, cuja harmonia se torna penhor da segurança nas relações jurídicas.

centradas na idéia-força da busca de sistematização²⁹. A ordenação das diversas regras e princípios informadores do ordenamento jurídico enseja a visualização de um autêntico sistema, desde cedo dividido em grandes ramos, conforme identificação de valores e grupamento de interesses próprios. O gênio romano vislumbrou a divisão do Direito em dois grandes grupos, compondo a *summa divisio*³⁰. Em que pese a divisão entre Direito Público e Direito Privado ser negada por alguns³¹, ou ora restar superada³², há aqueles que, a exemplo de Orlando Gomes³³, ainda a aceitam.

Canaris, em aprofundado estudo, destaca a relação intrínseca entre direito e sistema, integrando o direito objetivo num contexto axiológico e finalístico consubstanciado por princípios³⁴.

Autores mais modernos entendem, todavia, que o Direito do final do século XX e início do século XXI é cada vez menos comprometido com um ideal abstrato de sistema e com uma unidade inexistente, e cada vez mais preocupado em ser um sistema aberto e pluralista, empenhado na realização dinâmica do direito³⁵.

Em paralelo a tais digressões doutrinárias, a crescente particularização de interesses sociais e de seu tratamento normativo justificou novas divisões na estrutura dos ramos do Direito, sob o crivo dos requisitos exigidos pelos doutrinadores quanto ao reconhecimento da autonomia de um novo ramo.

²⁹ Antônio Menezes Cordeiro ensina que as duas grandes codificações ocidentais, a francesa (1804) e a alemã (1896), são o resultado de um longo período de esforço sistematizador e metodológico, tendo por base o Direito Romano compilado, iniciado na Renascença, no Século XVI, com CUIACIUS e DONELLUS, influenciado fortemente por DESCARTES e HOBBS, e cujos artífices finais foram POTHIER e DOMAT, em França, e SAVIGNY e WINDSCHEID, na Alemanha (Canaris, Claus-Wilhelm, **Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito**, 3ª ed., Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 2002, p. LXIII/C).

³⁰ Sintetizada por Ulpiano: “publicum jus, est quod ad statum rei Romanae spectat, privatum, quod ad singularum utilitatem pertinet. Sunt enim quaedam publice utilia, quaedam privatim”. (Direito Público é o que corresponde às coisas do Estado. Direito Privado, o que pertence à utilidade das pessoas).

³¹ Duguit nega a distinção entre direito público e direito privado, e Kelsen entende ser impossível determinar essa distinção. (Pereira, Caio Mário da Silva, **Instituições de Direito Civil**, v. I, 22ª ed. Forense, Rio de Janeiro, 2007, n. 3, p. 17).

³² Giorgianni, Michele. “O Direito privado e suas atuais fronteiras”, **Revista dos Tribunais**, v. 747, p. 35 e segs.

³³ **Introdução ao Direito Civil**, 12ª ed., Forense, Rio de Janeiro, 1996, n. 4, p. 9.

³⁴ Com base nas proposições conceituais formuladas por Kant, Eisler, Stammler, Binder, Hegler, e Stoll, Canaris extrai dois elementos fundamentais à idéia de sistema, quais sejam, ordenação — em Direito, adequação valorativa — e unidade — em Direito, unidade interior — e, ao final de seu livro, lança a tese de definição de conceito de sistema jurídico como “*ordem axiológica ou teleológica de princípios jurídicos gerais*”. (ob. cit., parte final – teses.)

³⁵ Amaral, Francisco, “Racionalidade e Sistema no Direito Civil Brasileiro”, **Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial**, n. 63, 1993, p. 45/56.

Assim, na visão de Alfredo Rocco, a autonomia do Direito Comercial como ramo do Direito deveu-se à sua amplitude, à existência de doutrinas calcadas em conceitos distintos de conceitos informadores de outras disciplinas, e à existência de método próprio para o estudo do objeto das suas investigações.³⁶

Por seu turno, Jean Calais-Auloy³⁷ observa que, durante longo tempo, o único critério de classificação das disciplinas jurídicas foi a natureza das regras (direito civil, direito comercial, direito penal, direito processual, direito administrativo), e que este critério foi paulatinamente substituído por considerações funcionais³⁸. Para Tércio Sampaio Ferraz³⁹, o objeto e o método são o que distingue a Ciência do Direito, donde se pode inferir que distinguem também cada ramo, individualmente.

Nesse passo, cabe perguntar: enquanto enfeixamento das relações jurídicas subjacentes ao mundo da Informática, o Direito da Informática consiste, efetivamente, em área autônoma? Mais especificamente: se pode constatar no Direito da Informática a existência de princípios próprios, método característico, e suficiente acervo normativo? Em outras palavras, diante da nova concepção do Direi-

³⁶ **Princípios de Direito Comercial**, LZN Editora, Campinas, 2003, p. 86.

³⁷ Calais-Auloy, Jean, **Droit de la consommation**, 4ª ed., Dalloz, Paris, 1996, p. 14, em tradução livre do original "Longtemps, la nature des règles étudiées a été le seul critère de classification des disciplines juridiques: droit civil, droit commercial, droit pénal, droit judiciaire, droit administratif. A cette classification traditionnelle, les juristes superposent aujourd'hui une autre classification, fondée sur la fonction de la règle juridique. Le droit du travail a constitué sans doute le premier exemple de ces disciplines nouvelles; le droit de la concurrence, le droit de la distribution, le droit de l'environnement, le droit de la consommation relèvent de la même classification fonctionnelle. Cette classification est en quelque sorte perpendiculaire à la première: chaque discipline de la seconde catégorie recoupe les diverses disciplines de la première catégorie. C'est en ce sens que l'on peut parler de pluridisciplinarité."

³⁸ "A esta classificação tradicional, os juristas superpõem hoje uma outra classificação, fundada sobre a função da regra jurídica. O direito do trabalho tem constituído, sem dúvida, o primeiro exemplo dessas disciplinas novas: o direito da concorrência, o direito da distribuição, o direito ambiental, o direito do consumidor resume sobre a mesma classificação funcional. Essa classificação contraria em qualquer sorte perpendicular à primeira: cada disciplina da segunda categoria junta as diversas disciplinas da primeira categoria. É neste sentido que alguém talvez fale de pluridisciplinariedade". No mesmo sentido: "O grupamento dessas normas de proteção a determinadas categorias ou de tutela de determinados interesses específicos faz surgir como que um novo tipo de classificação dos ramos de direito. Afasta-se esta nova classificação do tradicional critério de grupar as normas jurídicas de acordo com a sua natureza para passar a fazê-lo de acordo com a sua função". (Cristóforo, Pedro Paulo, "O Código de Defesa do Consumidor e a Empresa", **Revista de Direito Renovar**, n.º 1, 1995, p. 92).

³⁹ "A Ciência do Direito pretende distinguir-se, via de regra, pelo seu método e também pelo seu objeto. Ela é vista pelos juristas como uma atividade sistemática que se volta principalmente para as normas (positivas vão dizer alguns). Ciência da norma, a Ciência do Direito desenvolveria, então, um método próprio que procuraria captá-la na sua situação concreta." (**A Ciência do Direito**, Ed. Atlas, São Paulo, 1977, p. 14).

to — como um sistema múltiplo e plural, comprometido com o seu resultado prático —, qual é o papel desempenhado pelo Direito da Informática?

A propósito de tais questões, vale notar que, quando institucionalizaram o ensino do Direito da Informática, as autoridades comunitárias europeias assinalaram que ele apresenta diferencial metodológico, substancial acervo normativo, e relevância social.

A particularidade metodológica reside no raciocínio indutivo⁴⁰, que, partindo da compreensão das especificidades da Informática, as enquadra no âmbito do Direito, em contraposição ao tradicional raciocínio dedutivo, que parte de abstrações jurídicas, moldadas por um momento histórico, o da Revolução Industrial⁴¹, bastante diferente do atual.

A produção normativa, por sua vez, é considerável e de crescimento exponencial, na medida em que convergem para a Informática (principalmente, para a Internet) as preocupações contemporâneas com privacidade, segurança, responsabilidade civil, propriedade intelectual etc.

A relevância social, por fim, é manifesta, pois interessa à sociedade o estudo e o tratamento integrados das múltiplas facetas jurídicas do desenvolvimento, exploração e uso da Informática⁴², as quais hoje alcançam a todos, direta ou indiretamente.

A julgar pelas constatações resumidas nos parágrafos precedentes, o Direito da Informática reúne, substancialmente, as condições formais e materiais requeridas para se candidatar ao reconhecimento como ramo autônomo ou como área de especialização. Entretanto,

⁴⁰ “Quien desee una enseñanza más práctica del Derecho en el primero de los sentidos, debería hacer las cuentas con el Derecho de la informática, es decir, con la reglamentación jurídica de la utilización de los ordenadores en la sociedad, lo que está generando – mejor, ha generado ya – una nueva rama del Derecho positivo y una nueva dogmática jurídica (...)”. Atienza, Manuel. “Enseñanza del Derecho y Informática Jurídica”, in “Problemas Actuales (...)”, p. 240.

⁴¹ Que não se caracterizava (pelo menos, não em tal concentração) por bens imateriais, “virtuais”, por isso as antigas abstrações dificilmente podem dar conta da tarefa hermenêutica com a mesma eficácia da obtida na aproximação por via indutiva, baseada no mundo da chamada Era da Informação. Como salienta Marco Aurélio Greco: “A conclusão que daí decorre é que há todo um conjunto de situações novas que exige um esforço de todos os estudiosos do Direito, no sentido de buscar uma disciplina que seja compatível com as características técnicas e operacionais da informática e que conduza a uma nova formação de institutos jurídicos existentes e ao nascimento de outros novos, seja quanto aos objetos das relações jurídicas, seja quanto ao seu valor ou conteúdo”. (“Estabelecimento Tributário e sites na Internet”, in Lucca, Newton de e Simão Filho, Adalberto. **Direito e Internet: aspectos jurídicos relevantes**, Edipro, São Paulo, 2000, p. 314).

⁴² Atienza (“Enseñanza (...)”, p. 240), em 1986, já prognosticava que: “El escasisimo desarrollo de la informática jurídica en España hace que hasta el momento la profesión de jurista informático sea casi inexistente, pero parece razonable suponer que el mercado de trabajo requerirá, en los próximos años, un número – quizás no demasiado elevado – de juristas con formación informática”.

carece abordar aspecto possivelmente mais importante, o de sua funcionalidade nos meandros do sistema jurídico, vale dizer, a forma como seus princípios atuam e se relacionam com os princípios informados pelos diversos ramos do Direito.

5. APLICAÇÃO DO DIREITO DA INFORMÁTICA

A discussão sobre a aplicação do Direito da Informática se caracteriza pela transversalidade com que ele perpassa os ramos tradicionais do Direito.

A rigor, tal fenômeno não é novo, e ocorre também com outras disciplinas, como, por exemplo, o Direito Econômico. Em virtude de o objeto de seu estudo, a Economia, atravessar todos os segmentos da vida em sociedade⁴³, o Direito Econômico acaba por colher confluências com diversos ramos do Direito, que, cada qual à sua maneira, também se ocupam de determinadas dimensões do convívio social.

O paralelo com o Direito Econômico também ilustra os contornos da discussão sobre os limites da taxonomia tradicional do Direito em face dos desafios que se antepõem para a sua operacionalidade num mundo em que a racionalidade é garantida mais pelos conteúdos materiais do que por concepções formais apriorísticas⁴⁴. No caso, à discussão sobre se o Direito Econômico constitui ou não um ramo autônomo, ou se constitui apenas um método, se soma,

⁴³ “Se, por um lado, o direito interfere na constituição, no funcionamento e na reprodução das relações de produção (...), é certo também, de outra parte, que a sociedade capitalista é essencialmente jurídica e nela o direito atua como mediação específica e necessária das relações de produção que lhe são próprias.” (Grau, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**, Malheiros, São Paulo, 1996, p. 38). Do mesmo autor, “Pensar Direito econômico é pensar o Direito como um nível do todo social – nível da realidade, pois – como mediação específica e necessária das relações econômicas”. (Grau, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**, 4ª edição, Malheiros, São Paulo, 1997, p.161).

⁴⁴ “El Derecho moderno se caracteriza – utilizando la terminología weberiana – por su carácter racional y formal, es decir, por su capacidad para generar previsibilidad al ordenar la conducta mediante normas generales y abstractas dictadas por órganos preestablecidos por el propio Derecho, y para hacer que las decisiones jurídicas puedan verse como el resultado de procedimientos lógico-deductivos basados en normas y principios del propio sistema. Ahora bien, este modelo de racionalidad está, desde hace ya tiempo, amenazado como consecuencia de la aparición de una serie de fenómenos como los siguientes: aumento creciente de las funciones del Derecho (con el paso del Estado liberal al Estado social de Derecho) y, por tanto, del material normativo que se vuelve más cada vez más incontrolable; necesidad de producir normas cada vez más particulares y concretas para adecuarse al ritmo de cambio acelerado que caracteriza a las sociedades industriales avanzadas (...) Por otro lado, debe tenerse en cuenta que una cosa es señalar cuáles son las funciones de control y de cambio social que debe cumplir el Derecho (...) y otra cosa es conocer y utilizar los medios adecuados para ello.” (Atienza, Manuel, “Enseñanza (...)”, p. 241).

sobretudo, a ênfase na análise da função de sua inserção no Direito como um todo⁴⁵.

A funcionalidade de um ramo do Direito opera com esteio em princípios próprios⁴⁶ e na sua articulação com os princípios oriundos de outros ramos. Sem embargo, o Direito da Informática se apresenta como uma compilação de intersecções entre a Informática e o Direito, integradas segundo princípios intrínsecos, que também fazem as vezes de fios condutores perante outros ramos do Direito, como princípios extrínsecos a estes últimos, do que resulta a integração sistêmica, cada vez mais reclamada pela Sociedade do Conhecimento⁴⁷.

Alguns de tais princípios intrínsecos ao Direito da Informática (e que, no entanto, promovem atuação conjugada com outros ramos do Direito) se encontram formalmente enunciados, como é o caso do chamado *princípio da equivalência funcional*⁴⁸, segundo o qual não se devem introduzir restrições ao mundo *on-line* que inexistam no mundo *off-line*⁴⁹. A aplicação apropriada deste princípio leva a importantes conseqüências, tais como o reconhecimento do caráter

⁴⁵ Segundo Eros Grau, "Podemos concebê-lo – o Direito Econômico – tanto como método como quanto ramo do Direito" (...) "É concebê-lo – o Direito Econômico – como um novo método de análise, substancial e crítica, que o transforma não em *Direito de Síntese*, mas em *sincretismo metodológico*. Tudo isso, contudo, sem que se perca de vista o comprometimento econômico do Direito, o que impõe o estudo da sua utilidade funcional" (...) "O que o peculiariza (o Direito Econômico) como *ramo do Direito* é, portanto, a sua destinação à instrumentalização, mediante ordenação jurídica, da *política econômica do Estado*". (**A ordem econômica na Constituição de 1988**, 4ª ed., Malheiros, São Paulo, 1997, p.160-163).

⁴⁶ "Sabemos das dificuldades que se suscitam a propósito da delimitação dos ramos do direito uns em relação aos outros. Apresenta-se normalmente como critério para a individualização dos ramos do direito a existência de princípios próprios e autônomos de cada ramo." (Ascensão, José de Oliveira. **Direito de Autor e Direitos Conexos**, Coimbra Editora, 1992, p. 28).

⁴⁷ "En efecto, la informática no sólo provee de ciertos medios materiales, de ciertos utensilios de trabajo, que son comunes ya a cualquier científico o técnico cualquiera que sea el campo del que proceda, sino que suministra también una serie de conceptos (...) y de formas de razonamiento de uso común. En consecuencia, permite la comunicación, o al menos un comienzo de comunicación, donde antes sólo había ignorancia recíproca, silencio. Seguramente no sea mucho, pero al menos es algo. Algo que los juristas no deberían desaprovechar si no desean resultar definitivamente desplazados de la cultura contemporánea. Y una manera de marginarse consiste en pensar – lo que no es infrecuente – que la informática sólo incide en el Derecho – o, mejor, en la cultura jurídica – en forma externa, suministrando una nueva rama del Derecho positivo y de la dogmática jurídica, pero sin que llegue (o deba llegar) a formar parte propiamente del bagaje cultural del jurista; éste renuncia, en consecuencia, a colaborar con los informáticos (a los que, obviamente, no puede substituir) en la tarea de aplicar los ordenadores a las diversas instancias de la vida jurídica. Sólo resta añadir que con ello no va a ganar tampoco el proceso de racionalización del Derecho". (Atienza, "Enseñanza (...)", p. 245).

⁴⁸ Também denominado princípio da não discriminação do meio digital (*apud* Lorenzetti, Ricardo. **Comércio Eletrônico**, Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2004, p. 86).

⁴⁹ Tal princípio objetiva deixar a Informática a salvo da sanha daqueles que vêem no mundo "virtual" uma realidade muito diferente da que vivenciam no mundo "analógico".

probante de documentos eletrônicos em determinadas situações⁵⁰, a extensão do enquadramento tributário atinente a certos negócios quando entabulados por via eletrônica⁵¹, e outras.

Logo se vê que a *funcionalidade* do Direito da Informática se destaca mais do que sua classificação como ramo estanque, pois é instrumentada por um conjunto de princípios intrínsecos que dão coerência ao tratamento jurídico das questões da Informática. Ao mesmo tempo, dão concreção à sinergia com outros ramos do Direito, na medida em que são recepcionados por estes últimos como princípios extrínsecos, numa matriz que assegura a necessária transversalidade.

Assim se afiguram conformadas as condições para que questões jurídicas afetas à Informática possam ser mais eficientemente compreendidas e tratadas na “rede” tecida pelo sistema do Direito. Tais condições podem não se coadunar com o enquadramento do Direito da Informática como “ramo” autônomo *stricto sensu*, (sobretudo porque o Direito da Informática exerce, principalmente, o papel de “amalgama” funcional de um sistema cada vez mais aberto e plural, e não o de mera secção formal), porém elas parecem indicar a propriedade de se classificar o Direito da Informática como uma “área de especialização”, ou como um “ramo” *lato sensu do Direito*.

6. CONCLUSÃO

Do exposto, pode-se concluir que o Direito da Informática, cuja identidade é reconhecida pela Comunidade Européia desde pelo menos 1980, apresenta funcionalidade que parece autorizar considerá-lo como uma área de especialização, possivelmente classificável como ramo autônomo *lato sensu*.

⁵⁰ “Martinez Nadal comenta que a assinatura eletrônica, e mais concretamente a assinatura digital, possibilita efeitos senão iguais, até mesmo superiores aos de uma assinatura manuscrita, uma vez que pode proporcionar integridade, autenticidade e não repúdio de origem.” (Fabiano Menke, *Assinatura Eletrônica*, Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2005, p.142). A Diretiva européia 1999/93/CE, que institui um quadro legal comunitário para as assinaturas eletrônicas, estabelece, no art. 1º, a regra de equivalência funcional, de modo a “facilitar a utilização das assinaturas eletrônicas e contribui para o seu reconhecimento legal”.

⁵¹ Marco Aurélio Greco comenta sobre a imperiosa neutralidade para a tributação incidente na Internet: “(...) o simples fato de serem utilizados meios informáticos não pode levar a uma tributação maior, nem menor, do que aquela a que os bens estão submetidos, ou os fatos geradores tradicionais estejam.” (*Direito e Internet*, ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2001, p.165).

A transversalidade que o Direito da Informática assegura, promovendo com maior eficácia a integração entre diversos ramos tradicionais do Direito em torno de assuntos ligados à Informática, recomenda a tomada de consciência em relação à sua existência e aos benefícios que proporciona, inclusive como método para aplicação conjugada com ramos mais tradicionais do Direito. 📄