



*Revista da*  
**EMERJ**

Escola da Magistratura do  
Estado do Rio de Janeiro

**Volume 3 nº 9 - 2000**



**EMERJ - A ESCOLA DO JUIZ**





**Revista da**

# **EMERJ**

Escola da Magistratura do  
Estado do Rio de Janeiro

**Volume 3 nº 9 - 2000**



**EMERJ - A ESCOLA DO JUIZ**

© 2000, EMERJ

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

Revista doutrinária destinada ao enriquecimento da cultura jurídica do País.

### Conselho Editorial:

Des. Manoel Carpena Amorim; Des. Semy Glanz; Des. Laerson Mauro; Des. Darcy Lizardo de Lima; Des. Luiz Fux; Des. Décio Xavier Gama; Min. Carlos Alberto Menezes Direito; Des. Jorge de Miranda Magalhães; Des. Eduardo Sócrates Castanheira Sarmento; Des. Jorge Alberto Romeiro Júnior; Des. Letícia de Faria Sardas.

**Coordenação:** Des. Décio Xavier Gama

### Produção Gráfico-Editorial da Assessoria de Publicações da EMERJ

Editor: Irapuã Araújo (MTb MA00124JP); Editoração: Márcio Alvim; Editoração *website*: Geórgia Kitsos; Revisão: Irapuã Araújo, Rosa Xerfan e Suely Lima Teixeira; Capa: Geórgia Kitsos e William Lages.

**Apoio Cultural:** Banco do Brasil

**Impressão:** Infra-Estrutura Gráfica Banco do Brasil

**Tiragem:** 2.500 exemplares

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

v.

Trimestral -

ISSN 1415-4951 (impresso); 2236-8957 (*on-line*)

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

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

CDD 340.05

CDU 34(05)

Todos os direitos reservados à

Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro - EMERJ

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

Telefones: (0XX21) 533-6642 / 533-5644 / 588-3376 - Fax: (0XX21) 533-8129

**E-mail:** [emerjpublicacoes@tj.rj.gov.br](mailto:emerjpublicacoes@tj.rj.gov.br)



## **DIRETORIA DA EMERJ**

### **Diretor-Geral**

Des. Manoel Carpena Amorim

### **Conselho Consultivo**

#### *Efetivos*

Des. João Carlos Pestana de Aguiar Silva

Des. Laerson Mauro

Des. Darcy Lizardo de Lima

#### *Suplentes*

Des. Sérgio Cavalieri Filho

Des. Marcus Antonio de Souza Faver

Des. Fernando Celso Guimarães

### **Presidente do Conselho de Conferencistas Eméritos**

Des. José Joaquim da Fonseca Passos

### **Diretora do Departamento Geral de Estudos e Ensino**

Dra. Heloisa Carpena Vieira de Mello

### **Coordenadora Geral de Ensino**

Dra. Márcia Claudia Accioly Pimentel

### **Chefe de Gabinete**

Dra. Maria Alice da Cruz Marinho Vieira



# *Nova Era*

---

Com o presente número, inauguramos o ano de 2000, que é um número carismático, independentemente das discussões sobre início do século XXI ou do 3º milênio.

Para nós é um ano cheio de esperanças e de promessas.

A nossa Revista está amadurecida.

Temos trabalhado muito, com a dedicação dos setores competentes da Escola e da Coordenação do Desembargador Décio Xavier Gama, para dar a ela o grau de respeitabilidade científica que ostenta.

Nesse número, reunimos artigos de extrema atualidade, tratados de forma objetiva, como convém a uma publicação dessa natureza, visando a dar ao leitor uma visão bastante concreta dos temas.

Por incrível que pareça, a reforma do Judiciário ainda não decolou e o nosso temor é que, votada de afogadilho, como resultado de um processo político ocasional, não traga efetivamente para a Justiça brasileira os instrumentos de que precisamos, capazes de melhor viabilizar a prestação jurisdicional, com o comprometimento das garantias da magistratura, sem as quais nenhum país civilizado pode se orgulhar de ser uma verdadeira democracia.

Enquanto isso, na expectativa dessas decisões, vamos fazendo a nossa parte.

Saudamos, portanto, o novo ano e o novo número da Revista EMERJ que, certamente, como das outras vezes, vai agradar aos nossos leitores.

DES. MANOEL CARPENA AMORIM  
*Diretor-Geral da EMERJ*



# SUMÁRIO

<b>RECONHECIMENTO DE PATERNIDADE</b>	<b>11</b>
<i>Des. Diretor da EMERJ Manoel Carpena Amorim</i>	
Introdução - Origem histórica. Importância do reconhecimento de paternidade e suas espécies. Efeitos do reconhecimento. O art. 362 do Código Civil. Conclusão.	
<b>RESPONSABILIDADE POR DANO NÃO-PATRIMONIAL A INTERESSE DIFUSO (DANO MORAL COLETIVO)</b>	<b>21</b>
<i>Juiz de Direito do TJ/RJ Luis Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho</i>	
1. O dano não patrimonial. 2. O dano sob o prisma do interesse tutelado. 3. A tutela do interesse difuso ou coletivo lesado. 4. Reparação por dano extrapatrimonial a interesse difuso. 5. Alguns exemplos de reparação a interesse difuso ou coletivo.	
<b>TEORIAS DA IMPREVISÃO (CONDIÇÃO IMPLÍCITA, FRUSTRAÇÃO POR RISCO E RISCO DO NEGÓCIO)</b>	<b>43</b>
<i>Des. do TJ/RJ Severiano Aragão</i>	
O Direito Canônico e o julgamento conforme a lei, com margem mínima ao arbítrio humano. A Teoria da Imprevisão e a decadência da cláusula <i>rebus sic stantibus</i> . As teorias revisionistas. A Teoria da Pressuposição Individual. A Teoria da Superveniência. E a da Condição Implícita, de Orlando Gomes. O CDC e a Teoria do Risco do Negócio.	
<b>O DANO - RESPONSABILIDADE CIVIL</b>	<b>46</b>
<i>Juiz do TJ/RJ Adolpho C. de Andrade Mello Junior</i>	
I. Introdução. II. O Dano. Noções. III. O Dano. Algumas revelações. IV. O Dano. Sentença Penal Condenatória.	
<b>AS “DEZ REGRAS DE OURO” DOS TÍTULOS CAMBIAIS</b>	<b>52</b>
<i>Professor e Advogado Jorge Lobo</i>	
I. Delimitação, importância e atualidade do tema. II. Metodologia do Direito Comercial. III. Fato técnico-econômico gerador dos títulos cambiais. IV. Atributos ou predicados do Direito Comercial. V. Dogmas do Direito Comercial. VI. As “Dez Regras de Ouro” do Direito Cambial.	

## **ARRENDAMENTO RESIDENCIAL**

**64**

*Des. do TJ/RJ Joaquim Antônio Vizeu Penalva Santos*

1. A Medida Provisória nº 1.823-2 de 24/06/1999 e sua interpretação. 2. Requisitos do Contrato de Arrendamento Residencial. 3. A questão relativa ao Arrendamento Mercantil de Bens Imóveis. 4. Problema do Registro de Arrendamento Imobiliário. 5. O Arrendamento Residencial e a Locação. 6. O Cálculo do Valor Residual. 7. O Arrendamento Residencial e o Código de Defesa do Consumidor.

## **O CÓDIGO DO CONSUMIDOR E OS CONTRATOS FINANCEIROS COM CLÁUSULA DE REAJUSTE PELA VARIAÇÃO CAMBIAL DO DÓLAR**

**71**

*Des. TJ/RJ Sergio Cavalieri Filho*

I. A queda do real – última versão de um velho filme. II. A Incidência do CDC nos contratos de financiamento. III. Princípios do Código do Consumidor aplicáveis aos contratos financeiros. IV. Teoria do rompimento da base negocial. V. Conclusão.

## **CONTRATO DE LEASING COM CLÁUSULA DE REAJUSTE CAMBIAL**

**82**

*Juiz TJ/RJ Marco Antônio Ibrahim*

A sonegação de informações ao BACEN e a Lei nº 7.492, 16/06/1986. Requisitos da tutela de urgência. O contrato de *leasing* e o CDC. A tripla nulidade das cláusulas de reajuste cambial. Sobre o risco do empreendimento. O Art. 6º do CDC e a revisão do contrato. Conclusão.

## **O JUIZ E A CULTURA DA TRANSGRESSÃO**

**98**

*Des. TJ/RJ José Carlos Barbosa Moreira*

A importância da observância das normas postas pelo ordenamento jurídico. A relutância da Humanidade em deixar-se guiar pelas regras do Direito. A violação das regras do Trânsito e das Posturas Municipais. A interceptação clandestina da fala telefônica e sua divulgação por jornais e TV. O Tráfico de drogas e o recuo do Estado na repressão do crime organizado. A inobservância dos prazos para proferir decisões pelo Judiciário. Os abusos do Poder Executivo na edição de medidas provisórias e a inércia do Legislativo na feitura de leis complementares. A espantosa iteração de práticas desviantes e a entronização do desvio como modelo.

## REINTRODUÇÃO AO ESTUDO DA PROVA (SEGUNDA PARTE)

120

*Des. TJ/RJ João Carlos Pestana de Aguiar*

XI - As Classificações das Provas. As presunções e os indícios. XII – Os Princípios Gerais da Prova. XIII – Os oito problemas da Prova. XIV – O Papel do Juiz na Produção da Prova. XV – A Prova é a liberdade? XVI – O Procedimento Sumário e a Prova. XVII - O Estudo da Prova e seu método expositivo.

## MANDADO DE SEGURANÇA: DECADÊNCIA DA IMPETRAÇÃO E ERRÔNEA INDICAÇÃO DA AUTORIDADE IMPETRADA NÃO CONSTITUEM ÔBICES INTRANSPONÍVEIS À COGNICÃO DA CAUSA

136

*Juíza TJ/RJ Maria Cristina Barros Gutiérrez*

Direito Constitucional Processual. Mandado de Segurança. Autoridade impetrada. Indicação errônea. Prazo decadencial de ajuizamento. A indicação errônea da autoridade impetrada não conduz, necessariamente, à extinção do processo. Prazo decadencial de ajuizamento.

## O DIREITO PENAL NA CONSTITUIÇÃO (1988-1998)

141

*Des. TJ/RJ Álvaro Mayrink da Costa*

O exercício da liberdade e sua conciliação com políticas linhas de ação de segurança pública. A crise do Estado liberal. A diferença entre o Direito Penal de um Estado liberal e o de um Estado totalitário. As normas sociais, diversas e penetrantes, caracterizam peculiarmente a sociedade humana e são essenciais à ordem social. Por que o homem viola a norma ética? O Direito penal pode ser individualista e social-democrata do ponto de vista do fim social de proteção. O conceito de bem jurídico, que se configura através do **conceito de bem**. O Direito Penal como instrumento de controle social, primário e formalizado. O princípio da **reserva legal ou da legalidade**. O princípio da **humanidade e o da personalidade**. O princípio da **individualização** através de preceitos vários explícitos na Carta.

## A IMPORTÂNCIA DE UM CÓDIGO DE ÉTICA (FRANCHISING)

158

*Advogado e Professor Luiz Felizardo Barroso*

Introdução. A livre concorrência. A auto-regulamentação. A ética e a sua importância. A ética nos negócios. A ética em serviços profissionais e em outras atividades. Conclusão.

## **O NOVO ENSINO JURÍDICO**

**174**

*Des. TJ/RJ Luiz Fux*

O Ensino jurídico e a crise do ensino. As críticas à prática de o estudante pensar o direito como um conjunto de preceitos, tornando-se prisioneiro do tecnicismo ao invés de um atuante indagador. A Portaria nº 1.886/94 do MEC como projeto de otimização do ensino em geral e a “Comissão de Especialistas do Ensino de Direito” cuja proposta visa a estruturação do curso de direito em formação crítico-reflexiva, formação profissionalizante e em formação prática.

## **MONISMO E DUALISMO NO BRASIL: UMA DICOTOMIA**

**180**

**AFINAL IRRELEVANTE**

*Procurador do Estado (RJ) Gustavo Binenbojm*

I. Introdução: Prudente nota prévia sobre os objetivos deste estudo. II. A caracterização teórica da dicotomia monismo *versus* dualismo. III. O desenvolvimento da dicotomia na Doutrina e na Jurisprudência brasileiras. Conclusão: o sistema brasileiro, afinal, é monista moderado ou dualista moderado?

## **REFORMA DO PODER JUDICIÁRIO – ASPECTOS INSTITUCIONAIS**

**196**

*Juiz do TA Criminal/SP Antônio Rulli Júnior*

Introdução. Alguns Aspectos da Reforma. Reforma e Escola Superior da Magistratura.

## **MONOGRAFIAS DE ESTAGIÁRIOS DA EMERJ, SEGUNDO SEMESTRE DE 1999**

**201**

# RECONHECIMENTO DE PATERNIDADE

MANOEL CARPENA AMORIM

*Desembargador do TJ/RJ. Diretor-Geral da EMERJ*

## INTRODUÇÃO

Recentemente tivemos a oportunidade de julgar um processo que chamou nossa atenção devido às peculiaridades envolvidas e a importância do tema, fazendo com que nos interessássemos pela intrigante matéria, a pretender nos aprofundar mais sobre a questão.

Em síntese, a hipótese era de ação de reconhecimento de paternidade em face do suposto filho regularmente emancipado que, em contestação, argüiu o art. 362 do Código Civil, não consentindo com o reconhecimento pretendido. Assim, alegou que o autor não tinha *legitimatio ad causam* para postular tal direito em Juízo, devendo, por força desse dispositivo legal, o processo ser extinto com julgamento de mérito (art. 269, I, do Código de Processo Civil), eis que ausente a anuência do réu, não se pode falar em paternidade.

Porém, até chegarmos a falar da conclusão do referido julgamento, devemos, antes de analisar especificamente o consentimento do perfilhado e suas conseqüências, estudarmos o instituto em voga como um todo, a fim de alcançarmos maior compreensão jurídica, buscando suas origens históricas, entendendo seu conceito, espécies e finalidades inerentes, para que, então, depois, possamos cuidar estritamente daquele ponto que tanto nos interessou.

## ORIGEM HISTÓRICA

Inicialmente, para melhor entendimento do instituto, *sub exame*, e por amor à didática, devemos fazer uma breve digressão histórica.

Encontra-se a origem do Direito de Família, em Roma, pois este foi naturalmente informado pelos princípios e preceitos contidos no *Corpus Iuris Civilis*.

Porém, não se pode conceber que o Direito Familiar Moderno seja unicamente uma evolução do Direito Romano, pois sofreu grandes transfor-

mações, tão radicais e profundas que, se os conceitos daquele tempo fossem aplicados nos dias atuais, seriam, com certeza, considerados absurdos para a nova realidade jurídica e social.

No antigo Direito Romano, a organização religiosa da família prevalecia sobre qualquer outro aspecto. Todas as relações civis giravam em torno dos princípios religiosos. O casamento era um cerimonial para a admissão da mulher ao culto doméstico, enquanto a filiação não se baseava na consangüinidade, pois a *generatio* era insuficiente quando desacompanhada do ritual religioso, que fazia do recém-nascido um agnado.

Por outro lado o filho adotivo, ainda que não possuísse o mesmo sangue, era um verdadeiro filho, porque introduzido no culto ancestral.

A família romana, longe de ser uma organização democrática, fulcrada no princípio ético da afeição, apresentava-se, principalmente, como uma entidade política, fundada no princípio da autoridade.

Nessa sociedade, na qual vigiam tais concepções, não se poderia atribuir efeito ao reconhecimento de paternidade. Embora ao suposto pai fosse lícito realizá-lo, o filho natural, mesmo que reconhecido, continuaria a ser um estranho, *egens omnibus rebus*.

Os filhos concebidos em relações extraconjugais não estavam *in potestate*, ou seja, não traziam o *nomen familiare* ou *gentile* e não herdavam do pai. Por outro lado, na ausência de descendentes agnados poderia se adotar o próprio filho natural, que, desta forma, seria um verdadeiro herdeiro, não como consangüíneo, mas como participante do mesmo culto familiar.

Assim, à luz da modernidade não podemos aceitar ou conceber tais conceitos arcaicos, devendo afastá-los da realidade atual.

No Direito Moderno, mais precisamente no século XVIII, verificou-se um movimento reacionário contra a busca da paternidade, proibida pela Lei de 12 Brumário, de 2 de novembro de 1793.

Depois de se declarar que o destino dos filhos bastardos não era de interesse do Estado, Napoleão proibiu a investigação de paternidade, salvo nos casos de rapto, os quais a jurisprudência, mais tarde, viria ampliar.

Facultou-se então ao pai o reconhecimento voluntário, exceto com relação aos espúrios, restringindo o direito do filho de ser reconhecido na vigência do casamento posterior, hipótese em que não se prejudicava os direitos dos filhos legítimos e do outro cônjuge.

No século passado, verificou-se, entre os diversos povos, enorme discrepância de tratamento aos filhos naturais, porquanto ora era permitida

a investigação de paternidade ora era proibida, limitando ou estendendo os efeitos do reconhecimento.

Ainda no final do século anterior, houve um grande passo, com a transformação da orientação legislativa, oriunda das reações populares, que muito concorreram para o liberalismo.

O resultado do movimento liberal foi fazer efetivar uma crescente afirmação de tutela aos filhos ilegítimos.

Apesar das inúmeras legislações sobre o reconhecimento de paternidade durante todo o século passado, a doutrina e a jurisprudência não se animaram a lutar pela causa dos bastardos, ou seja, não tinham coragem de oferecer-lhes seus esforços, no sentido de criar um verdadeiro sistema legal que defendesse seus direitos.

Só no início deste século, que foi possível observar-se uma tendência às reformas.

Clóvis Beviláqua, quando elaborou o Projeto do Código Civil, nele introduziu o reconhecimento compulsório ao lado do espontâneo, dando ao suposto pai o direito de reconhecer os filhos naturais quaisquer que fossem, no termo do nascimento ou por outro instrumento público, bem como por testamento, tendo o filho, também, o direito de investigar judicialmente a sua paternidade.

Tal Projeto revisto foi aprovado com algumas alterações quanto ao instituto do reconhecimento compulsório referente aos filhos adulterinos e incestuosos.

Para o nosso Código Civil, contudo, a paternidade legítima e a ilegítima decorrem de uma presunção, pois a tendência atual é admitir o concubinato *latu sensu*.

Marchando no clima liberal de nossos tempos, a Constituição de 1988 assentou normas que asseguram plena igualdade entre todos os filhos. No art. 227, § 6º, estabeleceu que **“os filhos havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação”**.

Com a nova disposição constitucional a todos os filhos, legítimos, ilegítimos, naturais, adulterinos e incestuosos, são reconhecidos iguais direitos.

Vislumbra-se com a plena igualdade, que todos os embargos ao *status* de filho são eliminados. A equiparação diz respeito à natureza da filiação, às condições pessoais, aos direitos alimentares e sucessórios.

Essa regra veio afastar todas as antigas disposições distintivas, daí a revogação do art. 358 do Código Civil, por força da Lei 7.841/89, que vedava o reconhecimento dos filhos adulterinos e incestuosos.

Com efeito, o art. 27 do Estatuto da Criança e do Adolescente estabelece que “**o reconhecimento do estado de filiação é direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, podendo ser exercitado contra os pais ou seus herdeiros, sem qualquer restrição, observado o segredo de justiça**”.

Diante disso, o princípio da igualdade de filiação, encontra-se consagrado, também, no art. 20 daquele Diploma. E com esse novo sistema, assim como se estende ao filho ilegítimo o direito de propor ação investigatória de paternidade contra o seu suposto pai, assim também se há de permitir a mesma providência ao filho legitimado, que não pode ser tratado diferentemente.

#### **IMPORTÂNCIA DO RECONHECIMENTO DE PATERNIDADE E SUAS ESPÉCIES**

Em verdade, tanto a doutrina como a jurisprudência são intransigentes. É preciso que haja manifestação inequívoca de vontade e intenção de reconhecer.

A relevância do estado de filiação é de tal magnitude, no mundo jurídico, que não pode resultar de ilações, deduções ou probabilidades, mas sim, devendo-se mostrar, desde logo, evidente, inequívoco e incontestável.

Entende-se que o reconhecimento de paternidade é um direito natural imanente à vida.

Assim, a paternidade é fato de maior importância para todo indivíduo, não podendo ser declarada ou desconstituída sem justa causa, isto é, sem uma razão relevante.

Na verdade, é o reconhecimento que estabelece juridicamente o parentesco entre a mãe e o pai ilegítimos e seu filho. Esse fato é espontâneo ou forçado, o qual cria uma relação de parentesco, gerando uma série de conseqüências na esfera do direito.

Antes do reconhecimento válido não há qualquer parentesco. A partir dele é que será proclamada a filiação, cujos efeitos fluirão da lei.

O Reconhecimento é judicial ou voluntário.

O primeiro é o forçado, o qual decorre de uma sentença havida em ação de investigação de paternidade que declara que o autor é filho do investigado.

O segundo é espontâneo, sendo um ato solene e público, através do qual alguém, com fulcro na lei, declara que determinada pessoa é sua filha. Daí, ser a ação de reconhecimento voluntário de natureza declaratória.

Como já foi observado, o reconhecimento é uma ato solene, pois só se aperfeiçoa mediante forma prescrita em lei. Nota-se, que o art. 357 do Código do Civil determina que tal reconhecimento voluntário do filho ilegítimo poderá fazer-se no próprio termo de nascimento, escritura pública ou testamento.

Embora a norma faculte o reconhecimento a qualquer uma dessas três formas, exige, entretanto, o uso de uma delas. Todavia, outro meio de reconhecer um filho ilegítimo, que não esses, poderá constituir prova para o ajuizamento de uma ação investigatória, mas não será um reconhecimento voluntário de paternidade.

#### **EFEITOS DO RECONHECIMENTO**

Anota-se, desde logo, que o reconhecimento voluntário gera os mesmos efeitos que o forçado.

O reconhecimento dos filhos naturais estabelece um liame de parentesco entre estes e seus pais, gerando efeitos, quanto aos alimentos, à sucessão, ao pátrio poder e à guarda dos mesmos enquanto menores.

Os parentes devem alimentos uns aos outros (art. 396 do Código Civil), sendo o direito à pensão alimentícia recíproco entre pais e filhos (art. 397 do mesmo Diploma).

No campo moral o reconhecimento vai estabelecer relação de parentesco entre quem reconhece e quem é reconhecido, enquanto no campo material vai criar não só obrigações alimentícias recíprocas, como também relações sucessórias igualmente recíprocas entre as partes. Da mesma forma que o filho se torna herdeiro do pai, este também se torna herdeiro daquele e, assim como o pai fica sujeito a prestar alimentos, pode exigi-los do filho se precisar.

Logo, além de ser inconveniente, no campo patrimonial, adquirir herdeiro não desejado, ou um parente a quem deve alimentar, pode ser constrangedor para um filho ver proclamado um parentesco que o degrada e humilha, principalmente se não corresponder com a verdade real.

Daí, a lei prever a concordância do filho maior para o reconhecimento, ou que o menor o impugne, ao completar a maioridade.

São tão importantes os efeitos do reconhecimento que o ordenamento jurídico não permite que o mesmo se subordine à condição ou a termo.

Um aspecto interessante a ser abordado, é que o reconhecimento do ilegítimo é tanto do pai quanto da mãe. Contudo, dadas as circunstâncias, que fazem sempre certa a maternidade, raramente foge a mãe de reconhecer o filho, por ocasião do registro de nascimento. Aliás, a lei diferencia o homem da mulher, ao dispor no art. 59 da Lei nº 6.015 /73 – Lei de Registros Públicos, que sendo o filho ilegítimo, não será declarado o nome do pai, sem que este autorize expressamente e compareça para reconhecê-lo. Porém, tal exigência não é feita à genitora.

### **ART. 362 DO CÓDIGO CIVIL**

Antes de adentrarmos na questão do filho maior, devemos tratar da impugnação do filho menor reconhecido, que pretende, após completar a maioridade, negar a paternidade.

Isso porque, a jurisprudência vem-se pronunciando a respeito da imprescritibilidade da ação negatória de paternidade, tal como ocorre com a ação investigatória.

Se o estado é imprescritível, assim será o direito de ação visando a declará-lo, pois que a ação de reconhecimento compulsório é declaratória. A todo tempo, o filho tem o direito de reivindicar o *status* que lhe compete.

Examinando o caso do menor perfilhado que impugna a paternidade, entende-se ser imprescritível tal ação, porquanto os quatro anos previstos no art. 362, parte final c/c art. 178, § 9º, inciso VI, do Código Civil, envolve o estado da pessoa. Assim, como a ação de investigação de paternidade é imprescritível, da mesma forma é a negatória de paternidade, podendo ser intentada durante toda a vida.

Ademais, tal prazo de quatro anos previsto para impugnação do reconhecimento, com referência ao filho reconhecido, não se coaduna com a imprescritibilidade fixada pelo art. 27 do Estatuto da Criança e do Adolescente, sobretudo diante dos princípios previstos em favor do prioritário interesse do menor.

Portanto, devido a tais considerações, pode-se afirmar que as restrições da lei civil foram revogadas, no que tange à irrestrita legitimação processual do filho, decorrente do art. 27 do ECA, para investigar a sua paternidade, podendo, também, impugnar, quando for o caso e a qualquer tempo, o reconhecimento insincero.

Nesse diapasão, a jurisprudência do nosso Pretório Excelso já se manifestou.

*“Investigação de paternidade – Impugnação ao reconhecimento – Prescrição – Ocorrência – Revogação implícita dos arts. 178, § 9º, inciso VI e 362 do CC pelo art. 27 da Lei 8.069/90 – Inaplicabilidade em face da extinção do direito do impugnante quando do surgimento do ECA.*

***Ementa: Embora o art. 27 do ECA tenha revogado implicitamente os arts. 178, § 9º, VI e 362 do CC, que fixavam em quatro anos o prazo para interposição de ação de impugnação ao reconhecimento de paternidade, contados da maioridade ou da emancipação do filho, se o direito do impugnante já estava extinto quando do surgimento da nova lei, é aplicável o prazo prescricional aludido no Estatuto Civil. (REsp 79.640 - RS - Segredo de Justiça - 4ª T. - 21.10.1997 - Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira - DJU 09.12.1997).”***

Especificamente sobre a questão de fundo do presente trabalho, ou seja, com relação ao não consentimento do filho maior ou emancipado ao reconhecimento de paternidade, que fora, exatamente, a hipótese que julgamos, devemos, agora, nos aprofundarmos sobre o tema, dizendo, *ab initio*, que tal recusa não tem o condão de extinguir o feito com julgamento de mérito (art. 269, I, do Código de processo Civil), senão vejamos.

O reconhecimento de paternidade é ato unilateral, porque gera efeitos pela simples manifestação volitiva de quem reconhece.

Apesar de já se ter tentado atribuir um caráter sinalagmático a esse ato, por força do preceito contido no mencionado art. 362 do CC, dando eficácia ao reconhecimento do filho maior, somente, quando houver a obtenção de seu consentimento e ao menor, a prerrogativa de impugná-lo, no prazo de quatro anos a contar da maioridade ou da emancipação, o mesmo não deixa de ser unilateral por natureza.

Porém, precisamos atentar para o fato de que a vontade do reconhecido, conforme o ilustre Prof. Silvio Rodrigues menciona, deve interferir, no processo, de “maneira ponderável”.

Continuando a consagrar o brilhante jurista, nos permitimos citar o seu entendimento sobre o tema:

**“Entretanto, tenho para mim que a referida circunstância não tira do ato o seu caráter unilateral.”** (Rodrigues, Silvio. **Direito Civil – Direito de Família** – vol. 6. SP: Saraiva, 18ª ed. atualizada.1993. Pág. 312).

Depreende-se que a recusa do filho maior ou emancipado, não retira do ato de reconhecimento de paternidade a sua característica de unilateralidade. Tal discordância, para nós, trata-se de mera resistência ao pedido, não se podendo repelir, de plano, a pretensão deduzida, pois esta baseia-se no direito constitucional de petição (art. 5º, XXXIV, letra a, da CF/88), o qual prevê que todo cidadão tem a garantia de deduzir uma pretensão em juízo.

A questão envolve direito indisponível e personalíssimo, pois a demanda é de estado, a qual cuida de matéria relevante e complexa, merecendo, assim, tratamento adequado, na busca de verdade real.

Tanto no Processo Civil, como no Processo Penal prevalece o princípio da verdade real sobre a meramente formal.

O suposto pai que interpõe uma ação de reconhecimento de paternidade possui legitimação plena, porquanto está a exercer o direito público subjetivo de deduzir uma pretensão em juízo, ou seja, de pleitear ao Judiciário aquilo que entende ser de direito.

Não há, portanto, que se falar em ausência de *legitimatio ad causam* ativa do suposto pai, eis que a discordância ao perfilhamento não retira, por si só, a legitimidade do autor, que tem indubitável interesse processual, ao postular pedido juridicamente possível no ordenamento jurídico pátrio.

O ato de vontade em recusar o reconhecimento não torna o requerente parte ilegítima para o feito, pois se assim fosse, estar-se-ia violando o direito constitucional de petição, bem como o direito de ação e os princípios do contraditório e da ampla defesa.

Com efeito, a falta de anuência do suposto filho não é capaz de extinguir o processo com julgamento meritório, posto que tal recusa é tão somente uma natural resistência, *ipso facto*, ao pedido formulado, que não pode ser simplesmente, de plano, repelido pelo Juiz, numa eventual e abusiva decisão de mérito.

Repetimos, que o reconhecimento de paternidade é um ato jurídico unilateral solene e público, através do qual surgem efeitos oriundos da mera manifestação de vontade, de quem, de acordo com a lei, declara que determinada pessoa é sua filha.

Para nós, o reconhecimento não se trata de um ato sinalagmático, quando o art. 362 da Lei Civil dispõe sobre a anuência do filho maior à perfilhação.

Entendemos, que a discordância ao reconhecimento não retira do ato jurídico a sua característica precípua de unilateralidade, haja vista que tal situação justifica-se, apenas, pelo fato deste gerar efeitos morais e materiais entre as partes envolvidas.

Logo, não pode a simples recusa do filho maior levar à extinção do feito, porque o ato de vontade do suposto pai é eminentemente unilateral, tornando-o parte legítima para a demanda que interpôs.

Ora, a recusa, de que trata a lei, é mera impugnação ao pedido de reconhecimento, devendo ser encarada como uma resistência à pretensão que envolve resultados importantes, e não como forma de extinguir o processo, de plano, com julgamento do mérito, sob pena de provocar, como já dissemos, uma decisão abusiva, injusta e violadora de princípios basilares e garantias constitucionais.

De acordo com o bom Direito, deve haver o prosseguimento do feito conforme de estilo, em prol da unilateralidade do pedido, sendo trazidas à colação, provas robustas e capazes de consubstanciar o livre convencimento do julgador.

É de sabença que o verdadeiro destinatário do conteúdo probatório carreado aos autos é o Magistrado, pois com fulcro no art. 131 do Código de Processo Civil, forma sua convicção, devendo fundamentá-la (art. 93, inciso IX, da CF/88).

Dessa forma, deve a recusa manifestada, nos autos, pelo filho maior ser vista com ponderação diante dos demais elementos de prova produzidos a convencer o Juiz.

No que tange ao aspecto inerente da instrução processual, podemos fazer um interessante paralelo com a questão da recusa ao exame de DNA, atualmente utilizado, com eficácia, para excluir a paternidade, eis que se trata de prova negativa e não afirmativa do reconhecimento.

A discordância em submeter-se ao exame de DNA não implica em confissão ou presunção da veracidade dos fatos alegados pela outra parte,

apenas deve ser analisada no conjunto probatório do processo, ou seja, diante das demais provas produzidas, podendo, aí, tal recusa ser entendida desfavoravelmente, arcando, assim, o discordante, com o ônus decorrente de sua negativa.

O Juiz não pode impor a realização do exame hematológico, porquanto estaria violando a proteção constitucional da intimidade, da integridade física e da dignidade da pessoa humana, pois inexistente norma legal que obrigue à efetivação de tal perícia médica. É certo, que ninguém pode fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei.

Nessa direção, tal como ocorre com a recusa do filho maior ao reconhecimento de paternidade, ocorre com a negativa à realização do exame de DNA, devendo, em ambos os casos, a discordância ser considerada no conjunto das provas.

As razões que nos levaram a sufragar esse entendimento, há muito, já foram esposadas, em diversas oportunidades de decisão, nas quais, sempre, privilegamos os citados princípios superiores previstos na Magna Carta.

## CONCLUSÃO

Concluimos, com fulcro em todos os argumentos supramencionados, que não se deve macular a pretensão unilateral do reconhecimento de paternidade, assunto de relevante magnitude na vida de qualquer cidadão, pela mera não aceitação da outra parte, a qual não o torna sinalagmático, mas, apenas, se traduz como mera contestação, *ipso facto*, que deve ser averiguada após a instrução processual e a observância, *in totum*, dos princípios da ampla defesa e do contraditório.

Foi exatamente dessa forma, que julgamos a hipótese inicialmente descrita, cuja particularidade e valoração do assunto enfocado nos chamou atenção.

Portanto, mesmo diante da recusa do filho maior ao perfilhamento que lhe é proposto, deve o Magistrado buscar o seu livre convencimento e a melhor solução da lide, tendo por base os demais elementos probatórios apresentados que, no seu todo, poderão demonstrar, mais claramente, a almejada verdade real. ◆

# RESPONSABILIDADE POR DANO NÃO-PATRIMONIAL A INTERESSE DIFUSO (DANO MORAL COLETIVO)\*

LUIS GUSTAVO GRANDINETTI CASTANHO DE CARVALHO  
*Juiz de Direito TJ/RJ*

## 1. O DANO NÃO-PATRIMONIAL

Depois de longa maturação na doutrina, que não convém aqui repassar, afirmou-se definitivamente a noção do dano não-patrimonial, também denominado de dano moral ou dano ideal ou dano imaterial<sup>1</sup>.

**José de Aguiar Dias**<sup>2</sup> ensina que “*quando ao dano não correspondem as características do dano patrimonial, dizemos que estamos em presença do dano moral. A distinção, ao contrário do que parece, não decorre da natureza do direito, bem ou interesse lesado, mas do efeito da lesão, do caráter da repercussão sobre o lesado*”. Por isso que a inestimabilidade do bem lesado não impede o seu reconhecimento, levando-se em conta mais o seu conteúdo, que, segundo a citação atribuída à **Minozzi**, é “*a dor, o espanto, a emoção, a vergonha, a injúria física ou moral, em geral uma dolorosa sensação experimentada pela pessoa, atribuída à palavra dor o mais largo significado*”.

O dano moral, para **Adriano De Cupis**<sup>3</sup>, não se esgota na dor, pois, como lesão de um interesse não-patrimonial, está intimamente ligado à violação do direito de personalidade em forma e maneira tal que a prova de sua violação contém a prova de sua existência. Mas o autor citado entende que o dano moral é apenas um aspecto do dano não-patrimonial e que as noções não se confundem, exemplificando com a pessoa jurídica que pode sofrer dano não-patrimonial por campanha difamatória ou por violação de

---

\* Excerto do livro **Direito de Informação e Liberdade de Expressão**, Ed. Renovar.

<sup>1</sup> CAVALIERI FILHO, **Programa de Responsabilidade Civil**, pg. 73.

<sup>2</sup> **Da Responsabilidade Civil**, volume II, pg. 729.

<sup>3</sup> **El Daño - Teoria General de la Responsabilidad Civil**, pg. 764.

segredo de correspondência, mas não pode sofrer o dano moral, próprio das pessoas físicas<sup>4</sup>.

Em uma visão mais moderna do dano moral, seguindo-se **Sérgio Cavaliere Filho**, consiste ele na lesão aos “*bens da personalidade, tais como a honra, a liberdade, a saúde, a integridade psicológica, causando dor, sofrimento, tristeza, vexame e humilhação à vítima*”, bem como “*os novos direitos da personalidade: intimidade, imagem, bom nome, privacidade, a integridade da esfera íntima*”<sup>5</sup>.

A esse ponto, convém pontuar que a experiência francesa e italiana têm demonstrado a conveniência de excluir da noção de dano moral o dano psico-físico, que inclui o dano à saúde no aspecto físico e psíquico, conforme **Antonino Procida Mirabelli di Lauro**<sup>6</sup>. Com efeito, a entidade moral é diversa da entidade biológica (psico-física). O dano moral viola a alma, os atributos da personalidade, enquanto o dano à saúde lesiona o corpo ou a mente. Na França, de acordo com o mesmo autor, até a dor física é reparada como dano psico-físico, empregando-se um aparelho capaz de medir sua intensidade. Também assim é compreendido o desequilíbrio psíquico, que se encontra na entidade psíquica e, não, na moral. Nesse aspecto, a doutrina estrangeira referida caminha melhor do que a nossa que inclui no dano moral tudo que não é patrimonial.

Com exceção da crítica acima, **Antonino Di Lauro**, seguindo a jurisprudência francesa, fornece a mesma noção para o dano moral da que temos no Brasil: “*i dispiacere e le contrarietà, le ansie e i turbamenti e le vessazioni*”<sup>7</sup>, acrescentando, depois: “*il timore della morte, l’angoscia per l’avvenire dei proprie cari, la consapevolezza della propria opera e il rammarico di non poterla concludere, l’inquietudine, i fastidi, le preoccupazione, i tormenti e le ripercussioni psicologiche che la lesione può arrecare alla vittima*”<sup>8</sup>. A propósito, o autor separa o dano psicológico do dano psíquico: o primeiro é dano moral, o segundo é dano psico-físico e deve ser reparado como incapacidade temporária ou permanente, conforme a gravidade<sup>9</sup>, independentemente de poder constituir dano patrimonial

<sup>4</sup> O dano moral à pessoa jurídica é, ainda, tese debatida na doutrina e na jurisprudência. No sentido da admissibilidade, por todos, consulte-se CAVALIERI FILHO, na obra já citada aqui. Pela inadmissibilidade, posiciona-se PERLINGIERI, Pietro - **Perfis do Direito Civil**, pg. 158.

<sup>5</sup> *Op. cit.* na nota 2, pg. 73/74.

<sup>6</sup> **La riparazione dei danni alla persona**, pg. 138.

<sup>7</sup> *Ibidem*, pg. 201.

<sup>8</sup> *Ibidem*, pg. 215.

<sup>9</sup> *Ibidem*.

também. Pense-se no caso do aposentado que sofre uma lesão física, mas que não está trabalhando: mesmo sem trabalhar, a lesão física é apurada para fins de indenização pelo dano psico-físico.

**Carlos Alberto Bittar Filho** entende o dano moral como “*o conjunto de valores reconhecidos como integrantes das veias afetivas (ou sentimental), intelectual (de percepção e de entendimento) e valorativa (individual e social) da personalidade*”<sup>10</sup> e, depois, explicando amiudemente, o caracteriza como violador de “*atributos de cunho moral ou espiritual, que individualizam o ser na sociedade, vale dizer, que definem o ser como entidade dotada de essencialidade e de individualidade próprias... O dano moral, portanto, é o resultado de golpe desfechado contra a esfera psíquica ou a moral*”<sup>11</sup>.

Não convém, nos lindes da proposta do trabalho, aprofundar a distinção do dano moral dos demais danos não-patrimoniais. Mas é recomendável, desde logo, que se afaste o dano psico-físico do dano moral, reservando a este apenas a violação dos atributos da personalidade. Ambos comporiam o dano genericamente compreendido como dano não-patrimonial, embora não o esgotando, de modo que permanece um razoável espaço conceitual para a admissibilidade de outros danos que não se possam incluir como patrimonial, psico-físico ou moral. Seria o caso, por exemplo, do dano *moral* em pessoa jurídica, melhor tratado, simplesmente, como dano não-patrimonial. Ou ainda o dano a bens coletivos ou difusos, dificilmente reconduzíveis ao conceito de dano moral, tradicionalmente vinculado ao direito da personalidade.

De outro modo, a complexidade das relações jurídicas acabará por forçar o desvirtuamento do conceito de dano moral, para ampliá-lo cada vez mais, com a perigosa conseqüência de uma reação adversa tendente a reduzi-lo ao seu mínimo conceito. Aliás, essa preocupação já se faz sentir na jurisprudência do País, às vezes preocupada com indenizações vultosas, outras com a banalização do dano moral.

Estas indenizações vultosas tocam outro problema que será melhor analisado mais adiante, mas que desde já merece uma consideração antecipada. Na maioria das vezes, no arbitramento da indenização leva-se em

---

<sup>10</sup> Do Dano Moral Coletivo no Atual Contexto Jurídico Brasileiro, in **Direito do Consumidor**, vol. 12, pg. 47.

<sup>11</sup> *Ibidem*.

conta o grau de culpa, acrescentando-se ao valor da reparação, um sobrevalor pela reprovabilidade da conduta lesiva. Em outros casos, a fixação tem muito pouco a ver com a culpa, em razão de seu grau mínimo, deixando desnudo o caráter objetivo da responsabilidade pelo fato da violação.

Por outro lado, a preocupação com a banalização do dano moral é mais sentida justamente agora em que os juizados especiais tornaram a justiça mais próxima da população, tornando gratuito o ingresso da demanda no Judiciário. Qualquer aborrecimento ou admoestação origina uma ação ante a possibilidade de lucro fácil.

Enfim, todas essas considerações estão a demonstrar que o melhor é não sobrecarregar o conteúdo do dano moral, nele incluindo o que não é estritamente *moral*, sendo preferível manter a locução mais ampla do dano não-patrimonial. Na mesma trilha, constata-se que a elaboração do dano moral ou do dano não-patrimonial ainda não alcançou estabilidade, devendo ser objeto de atenção por parte da doutrina.

## 2. O DANO SOB O PRISMA DO INTERESSE TUTELADO

Como mencionado nesta recapitulação doutrinária, o dano é lesão a um interesse. Interesse é a relação que se estabelece entre o homem e um bem jurídico de modo a propiciar a satisfação de uma necessidade. Daí se sintetiza que o dano é uma lesão a bens juridicamente protegidos.

Para protegê-los, a lei estabelece quais são os bens tutelados, bem como disciplina a reação que advirá em caso de lesão. A reação, portanto, é a responsabilidade imposta ao infrator pelo descumprimento do dever de não lesionar bens de outrem.

Determinado bem jurídico, quando danificado, gera uma determinada responsabilidade, conforme a natureza do interesse tutelado. Assim, quando o interesse tutelado é privado, a responsabilidade pelo dano é de natureza civil, falando-se, aí, de responsabilidade civil pela reparação do dano. Quando o interesse tutelado é público, a responsabilidade pelo dano é de caráter penal, entrando em cena a responsabilidade penal e a pena como forma de sanção.

**Adriano De Cupis** desenvolve uma argumentação na qual conclui que *“si el derecho tutela directamente un determinado interés humano éste puede ser afectado por un daño, que será un daño en sentido jurídico (daño jurídico), en cuanto contra él apresta el derecho su propia reacción”*<sup>12</sup>.

---

<sup>12</sup> *Op. cit.* na nota 4, pg. 114.

Em outras palavras: somente o dano causado a um interesse *diretamente* tutelado pode ser qualificado como dano em sentido jurídico. Ou seja, o interesse *indiretamente* tutelado não pode originar um dano. Ele explica: quando a lei impõe ao devedor de uma obrigação o seu cumprimento, está protegendo *diretamente* o interesse privado e *indiretamente* o interesse público de segurança das relações jurídicas; por outro lado, quando a lei protege a integridade nacional o está fazendo em respeito *diretamente* ao interesse público e *indiretamente* ao interesse privado de cada cidadão daquela comunidade nacional. Pois bem: no primeiro caso, não cumprida a obrigação, o ordenamento jurídico se satisfará com a imposição da reparação pelo inadimplemento da obrigação, não havendo que se cogitar em qualquer sanção penal; no segundo caso, violada a integridade nacional, o ordenamento tipifica a conduta como crime<sup>13</sup> e impõe uma sanção penal correspondente, não se cogitando de qualquer indenização privada pela violação.

Prossegue o autor afirmando que *“La tutela de los intereses deviene más intensa cuando son directamente tutelados tanto el interés público como el interés privado. La ley prohíbe el homicidio y conmina penas contra él (artículo 575, Cód. pen.); es así como está directamente tutelado el interés público relativo a la vida humana, pero por añadidura, del homicidio descende también, en tutela directa del interés privado, una obligación de resarcimiento (art. 185, Cód. pen.)”*<sup>14</sup>.

Tudo isso é para sustentar a distinção entre a sanção penal e a sanção civil, conforme a *natureza* do interesse tutelado. Mas vamos acompanhar o raciocínio do autor. Para chegar lá, foi indispensável conceituar interesse público e interesse privado. Fê-lo assim: *“Interés público es el interés que tiene por sujeto un ente cuyos fines trascienden de la utilidad privada. Tal ente es titular de intereses que no constituyen la simple suma de interes individuales privados... Existen necesidades cuya satisfacción supera la esfera de la utilidad privada...; la posibilidad de que tales necesidades puedan ser satisfechas integra la esfera del interés público... Por interés privado deberá entenderse el interés propio del individuo en cuanto tal”*<sup>15</sup>.

Em conseqüência, o dano ao interesse público é um *“daño público”*<sup>16</sup>, tipificado como crime e que recebe do ordenamento jurídico uma sanção

<sup>13</sup> No exemplo, o autor informa que o crime é o do artigo 241 do Código Penal vigente na Itália.

<sup>14</sup> *Op. cit.* na nota 4, pg. 113/114.

<sup>15</sup> *Ibidem*, pg. 115.

<sup>16</sup> *Ibidem*.

penal correspondente a uma pena. Ao contrário, o dano ao interesse privado é o dano civil ou dano privado e a reação do ordenamento consiste na imposição do dever de repará-lo. Portanto, diante da natureza do interesse violado, traceja-se a diferença básica da reação prevista pelo ordenamento jurídico.

Os motivos pelos quais uma conduta é tipificada como crime e outra como mero ilícito civil são sobejamente conhecidos e deles não se tratará aqui. Do mesmo modo, as características fundamentais da pena criminal e da sanção civil já foram profundamente exploradas pelos tratadistas do assunto.

Frise-se, tão somente, que a pena é a forma de tutela do interesse público apresentando um caráter sancionatório, aflitivo, que não busca remediar o dano, mas, antes, punir para depois recuperar<sup>17</sup> o responsável. Por outro lado, a reparação é a forma de tutela do interesse privado que pode ou não ter função sancionatória, mas que visa, antes de tudo, à sub-rogação pecuniária ou à recuperação do *status quo ante*.

Sem querer avançar demasiadamente o raciocínio, verifica-se, desde logo, a inconveniência em adotar-se uma separação tão rígida entre interesse público-pena e interesse privado-reparação (ressarcimento ou reintegração). A inconveniência é ainda mais patente quando se revolve o debate acerca do fracasso da pena ou, por outro lado, quando se constata a dificuldade em tutelar certos interesses públicos com a sanção penal, considerando a necessidade rigorosa de observância dos princípios da legalidade, anterioridade, tipicidade etc. Por ora, basta isso para que agucemos os sentidos com o fim de admitirmos outras formas de sanção pela lesão de certos interesse públicos.

Agora, tornando mais complexa a questão, vejamos se esse interesse protegido precisa estar expresso no ordenamento jurídico, para proporcionar a sanção correspondente ou basta estar implícito.

É indubitoso que a sanção penal do mesmo modo que o tipo penal têm de estar expressos na lei porque vigoram no Direito Penal todos aqueles princípios acima referidos.

Com relação ao dano civil, é preciso distinguir. Enquanto o dano contratual viola o direito subjetivo relativo, particularizado que está o credor da

---

<sup>17</sup>. Não é recomendável que se discuta aqui o fim de recuperação da pena, modernamente objeto de severa crítica da doutrina.

obrigação pelo instrumento contratual, o dano extracontratual viola o direito subjetivo absoluto (não particularizado em relação a determinado credor). O segundo, portanto, vulnera uma norma, derivando “*de la violación de la genérica obligación del neminem laedere*”, ou seja, “*el contenido ilícito viola la norma general que prohíbe penetrar en la esfera jurídica de otro, o bien el deber genérico, frente a todos, del neminem laedere*” para usar mais uma vez a valiosa obra de **Adriano De Cupis**<sup>18</sup>.

Prossegue o mesmo autor, explicando que somente o dano extracontratual não-antijurídico pode ser configurado sem que haja um interesse considerado prevalecente pelo ordenamento. Seu exemplo, entre outros, é o estado de necessidade que produza dano: é um dano não-antijurídico que não necessitaria de norma específica para autorizar a reação do ordenamento. Fora daí, o dano extracontratual (e antijurídico) necessita que o ordenamento jurídico proclame qual o interesse prevalecente e só a partir desse ponto é que surge a reação legal ao dano. Em suma, a tese é a seguinte: “*Salvo los casos excepcionales de daño no antijurídico, el daño extracontratual no puede asumir sentido jurídico si el interés lesionado no es jurídicamente prevalente, protegido in se y per se por la norma jurídica*”<sup>19</sup>. Diante de suas considerações anteriores, concluiu o autor que o dano extracontratual somente é considerado dano em sentido jurídico, autorizador e causador da reação legal, quando concorrerem dois requisitos: “*1. Que esté protegido in se y per se, es decir, en sí mismo considerado. No basta la protección de un interés general para producir la protección directa del correspondiente interés individual; 2. Debe de estar protegido por la norma jurídica. No basta con que esta protección sea ética, o de la costumbre. Debe ser colocado bajo la inmediata protección de la norma jurídica*”<sup>20</sup>.

Em outras palavras, o dano extracontratual e antijurídico só poderia provocar a reação legal se estivesse, o correspondente interesse jurídico, protegido por norma jurídica de caráter específico ou não-genérico. O dano injusto, assim, teria por objeto um interesse juridicamente tutelado e não um interesse tutelável ou um interesse moral. Contudo, percebendo talvez a inconveniência de um sistema tão rígido, permitiu o mesmo professor uma pequena concessão aos princípios extraídos das normas jurídicas para

---

<sup>18</sup> *Ibidem*, pg. 137.

<sup>19</sup> *Ibidem*, pg. 141/142.

<sup>20</sup> *Ibidem*.

também ensejarem a reação legal: “*Pero, entiéndase bien, tal contenido normativo resulta no sólo de las normas que de una manera explícita tutelan determinados intereses sino también de principios deducibles mediante el empleo de los diferentes instrumentos interpretativos*”<sup>21</sup> .

Assim, também os princípios autorizam a reação do ordenamento jurídico e não somente a norma jurídica específica. O entendimento contrário reduziria em muito as hipóteses da reparação do dano, estimulando a prática de atos ilícitos.

O recurso aos princípios morais, segundo **De Cupis**, como a boa-fé, bons costumes, solidariedade etc., sem que estejam especificamente previstos na norma jurídica, não poderiam servir para desencadear a reação jurídica porque a liberdade jurídica somente encontra limite na esfera da liberdade alheia e, não, em um limite geral de natureza moral<sup>22</sup>.

Examinando o dano extracontratual, **José de Aguiar Dias** também afirma que “*O primeiro elemento do ato ilícito é pois, sua contradição ao direito, a violação da norma jurídica ou, em melhores termos, o não cumprimento da obrigação imposta por essa norma*”. Mais à frente, esclarece, contrariamente ao que disse **De Cupis**: “*esse dever tanto pode ser de ordem legal, como um preceito moral determinado ou uma obrigação geral de não prejudicar...*”<sup>23</sup>, o que é confirmado mais uma vez quando o autor leciona que a responsabilidade extracontratual varia a partir da origem do dever “*que tanto pode ser legal ou moral, como um dever geral de não prejudicar*”<sup>24</sup>.

Não se pretende adentrar na discussão infundável a respeito de moral e direito e, conseqüentemente, na reparabilidade ou não do ato que viola tão somente um princípio moral. Convém assinalar que o direito italiano, base da obra de **De Cupis**, somente permite a reparação de dano moral nos casos previstos em lei, que são as situações de crimes. O direito brasileiro, nesse aspecto, torna mais fácil a tarefa do intérprete, não só pela dição do artigo 159 do Código Civil, que se refere a *violação de direito* ou a *provocar dano*, como também por modernas leis, como a própria Constituição e o Código do Consumidor, impregnados de princípios morais.

---

<sup>21</sup> *Ibidem*, pg. 143.

<sup>22</sup> *Ibidem*, pg. 144/151.

<sup>23</sup> *Op. cit.* na nota 3, volume I, pg. 129.

<sup>24</sup> *Ibidem*, pg. 127.

Examinadas tais considerações doutrinárias, pode-se interligar o que se procurou sustentar mais acima, no sentido de que a tutela de um interesse público não provoca necessariamente a imposição de uma sanção de natureza penal, mas qualquer outra sanção admitida implicitamente pelo ordenamento jurídico por razões de política legislativa, do mesmo modo que o interesse tutelado não precisa necessariamente estar expresso no ordenamento jurídico, mas basta que se deduza das normas e princípios que o regem, especialmente os de sede constitucional.

Em consequência, é perfeitamente possível que o ordenamento jurídico, protegendo um interesse público deduzível de seus princípios, imponha, à sua violação, uma sanção de natureza não-penal. Em outros termos, o ordenamento jurídico pode tutelar diretamente o interesse público com outras formas de sanções, como a sanção peculiar ao direito privado: o ressarcimento ou a reintegração específica. E não há necessidade de existir norma específica determinando a reparação, mas basta que o interesse esteja protegido pelo sistema normativo, que compreende não só a norma mas também os princípios gerais.

Mais adiante, teremos que precisar tal conclusão.

### **3. A TUTELA DO INTERESSE DIFUSO OU COLETIVO LESADO**

O Direito se preocupou durante séculos com os conflitos intersubjetivos. A sociedade de massas, a complexidade das relações econômicas e sociais, a percepção da existência de outros bens jurídicos vitais para a existência humana, deslocaram a preocupação jurídica do setor privado para o setor público; do interesse individual para o interesse difuso ou coletivo; do dano individual para o dano difuso ou coletivo. Se o dano individual ocupou tanto e tão profundamente o Direito, o que dizer do dano que atinge um número considerável de pessoas? É natural que o Direito se volte, agora, para elucidar as intrincadas relações coletivas e difusas e especialmente à reparação de um dano que tenha esse caráter.

Não se pretende examinar o interesse coletivo e o difuso. Quanto ao difuso, muito já se escreveu sobre o seu significado, não sendo o momento de revolver a matéria, nem o propósito. Contudo, os lugares comuns sempre lembrados por todos é a explicação que foi dada por **José Carlos Barbosa Moreira** e por **Ada Pellegrini Grinover**<sup>25</sup>. O primeiro ensinou que o di-

<sup>25</sup> **A Proteção Jurídica dos Interesses Difusos e A Problemática dos Interesses Difusos**, respectivamente.

reito difuso caracteriza-se por “*uma série indeterminada - e, ao menos do ponto de vista prático, indeterminável - de interessados, sem que se possa discernir, sequer idealmente, onde acaba a ‘quota’ de um e onde começa a de outro. A comunhão é indivisível: entre os destinos dos interessados, por força das mais variadas circunstâncias, instaura-se uma união tão firme, que a satisfação de um implica de modo necessário a satisfação de todos; e, reciprocamente, a lesão de um só constitui, ipso facto, lesão da inteira coletividade*”<sup>26</sup>.

Ora, quando se protege o interesse difuso - que é um interesse de um número indeterminável de pessoas, que é de todos e de cada um ao mesmo tempo, mas que não pode ser apropriado por ninguém - o que se está protegendo, em última instância, é o interesse público. Não se trata da soma de interesses privados, particularizados, fracionados, pois cada pessoa é titular de todo o bem, sem que possa se opor ao gozo por parte dos demais titulares do mesmo direito. Inegavelmente, portanto, trata-se de um interesse público, não titularizado pelo ente público.

Tal interesse público pode ser tutelado pelo modo clássico de tutela dos interesses públicos, tipificando-se a conduta do agente causador do dano como crime e sancionando-se com uma pena criminal. Mas, pode ocorrer que o ordenamento jurídico, por qualquer razão, até mesmo por uma letargia legislativa, não tipifique tal conduta como crime, ficando inviável a aplicação de qualquer sanção penal. Nesse caso, não fica o legitimado inibido de lançar mão dos instrumentos de tutela próprios para a proteção dos interesses privados, assumindo tais instrumentos nítida função substitutiva da sanção penal.

Pode ocorrer que o ordenamento preveja a tutela penal de tais interesses, criminalizando as condutas violadoras, mas, mesmo aí, não se pode deixar de reconhecer um nítido interesse privado a preservar, consistente em usufruir o interesse difuso convenientemente, como bem jurídico, com as qualidades essenciais e naturais para a adequada satisfação de uma determinada necessidade. Nesse caso, a tutela se dará com a natureza da tutela civil, com caráter eminentemente reparatório, mas sem afastar a marca sancionatória implícita em toda a reparação civil, exceto no caso do dano não-antijurídico.

---

<sup>26</sup> A Proteção Jurídica dos Interesses Difusos, pg. 14.

Daí porque deve-se admitir uma certa fungibilidade entre as funções sancionatória e reparatória em matéria de tutela de interesses difusos lesionados. A rígida concepção antes examinada, que preconizava a dicotomia entre interesse público-interesse privado e pena-reparação, não é mais recomendável diante de novas categorias de direitos que vão se impondo como realidade incontestável. A separação doutrinária e ideológica entre o público e o privado, que permeou toda a evolução do Direito, não mais se justifica, na medida em que aqueles interesses ganham a companhia de outros como o coletivo e o difuso, impregnados de características públicas e privadas, matizadas, confundidas e emaranhadas, embora nestes não se resumam.

De tudo resulta que os requisitos para fazer surgir a reação do direito à lesão de interesse difuso, os princípios que norteiam o critério de responsabilidade, bem como a própria função da imposição de responsabilidade devem ganhar certa flexibilidade, permitindo-se, com isso, agilidade e praticidade no combate e na reparação de atos violadores de interesses difusos.

Com essa conformação e preocupação, surge o recém denominado dano moral coletivo. O dano moral, portanto, deixa a concepção individualista caracterizadora da responsabilidade civil para assumir uma outra mais *socializada*, preocupada com valores de uma determinada comunidade e não apenas com o valor da pessoa individualizada.

**Gabriel A. Stiglitz**<sup>27</sup> percebeu a transformação do dano individual ao dano coletivo, afirmando que o fundamento deste último está na idéia da moral dos grupos humanos e na assunção de *“una nueva dimensión social de los sentimientos y afecciones de los hombres en un mundo de convivencia, de necesidades y expectativas compartidas en comunidad”*. Justifica esse contexto também com a noção do interesse coletivo em que *“cada miembro del grupo, de la categoría o clase, cuenta para sí con un derecho o interés tutelable... Cada uno de los miembros de una categoría, clase, grupo o medio, según fuere la naturaleza del bien al tutelar, se protege a sí mismo y al mismo tiempo em su área de significación protege a todos los demás”*<sup>28</sup>.

---

<sup>27</sup> **Daño Moral Individual y Colectivo in Anais do Congresso Internacional de Responsabilidade Civil**, volume 1, pg. 73/77 - Blumenau, Brasil, 1995.

<sup>28</sup> *Ibidem*.

Dentro do contexto bem apreendido pelo referido autor, o dano moral coletivo representa uma evolução do dano moral e é caracterizado, entre outros aspectos, pela “*prevalencia de la fundamentación del daño moral, en términos de reparación, mas que en sentido sancionatorio*” e pela “*ampliación del ámbito de actuación del daño moral, hacia una concepción no restringida a la idea de sufrimiento o dolor espiritual, sino extensiva a toda modificación disvaliosa del espíritu*”<sup>29</sup>. Em outras palavras, sobressai o caráter *sancionatório* imposto ao ato capaz de agredir o *espírito* da comunidade, mesmo que não provoque propriamente dor ou sofrimento.

No Brasil, o tema também encontrou quem o estudasse. **Carlos Alberto Bittar Filho**<sup>30</sup> principiou pelo estudo do dano moral. Acolhendo lição de **Carlos Alberto Bittar** para quem, no dano moral, “*a responsabilização do agente se realiza pelo simples fato da violação de direitos da personalidade do lesado*”<sup>31</sup>, concluiu que o dano moral coletivo “*é a injusta lesão da esfera moral de uma dada comunidade, ou seja, é a violação antijurídica de um determinado círculo de valores coletivos. Quando se fala em dano moral coletivo, está-se fazendo menção ao fato de que o patrimônio valorativo de uma certa comunidade (maior ou menor), idealmente considerado, foi agredido de maneira absolutamente injustificável do ponto de vista jurídico: quer isto dizer, em última instância, que se feriu a própria cultura, em seu aspecto imaterial. Tal como se dá na seara do dano moral individual, aqui também não há que se cogitar de prova da culpa, devendo-se responsabilizar o agente pelo simples fato da violação (damnum in re ipsa)*”<sup>32</sup>.

Perceba-se que, na fundamentação do autor, o patrimônio (*interesse*) da comunidade tem de ser agredido do ponto de vista *jurídico* e não só moral. Há que existir um interesse jurídico tutelado e violado para ensejar a reparação por dano moral coletivo.

Tanto **Gabriel Stiglitz** como **Bittar Filho** fornecem exemplos<sup>33</sup> coincidentes de dano moral coletivo: dano ambiental e propaganda abusiva (enganosa, discriminatória). **Bittar Filho** acrescenta a violação da honra de

---

<sup>29</sup> *Ibidem*.

<sup>30</sup> Do Dano Moral Coletivo no Atual Contexto Jurídico Brasileiro *in* **Direito do Consumidor**, volume 12, pg. 44/62.

<sup>31</sup> *Ibidem*.

<sup>32</sup> *Ibidem*.

<sup>33</sup> *Op. cit.*.

determinada comunidade e o desrespeito à bandeira. **Stiglitz** se refere ao dano ao consumidor.

Por tais razões, a doutrina e a jurisprudência não têm como deixar de reconhecer a tutela do dano moral coletivo ou, como preferimos denominar no título, dano extrapatrimonial a interesse difuso ou coletivo. *Extrapatrimonial* porque o *dano moral* é mais restrito do que a noção de dano extrapatrimonial e, com isso, supera-se a exigência tradicional da dor e do sofrimento que lhe é característica. *Difuso* porque não é apenas uma coletividade que tenha determinada qualidade que pode ser lesionada em seu interesse jurídico, mas toda a pessoa como parte integrante da comunidade. A propósito, a Lei nº 8.078/90 - Código de Defesa do Consumidor, no artigo 81, define bem a diferença<sup>34</sup> entre um e outro. Usar apenas a expressão *dano moral coletivo* pode dar a falsa impressão de exclusão do dano moral a interesse difuso.

É certo que a noção de *coletivo* empregada pelos autores citados não é apenas do interesse pertencente a determinada coletividade, mas abrange o interesse que vai além do interesse de apenas um indivíduo. Mas, melhor mesmo é afastar de vez qualquer possibilidade de confusão: o dano a interesse difuso e a interesse coletivo é possível e é um dano em sentido jurídico, demandando sua plena e completa reparação.

Aliás, tal reparabilidade se tornou indiscutível com o advento da Lei mencionada acima: o artigo 6º, inciso VI, investe o consumidor no direito de “*efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos*”. Mas a possibilidade não se esgota meramente nas relações de consumo porque, como se demonstrou, está ínsita na idéia de dano moral que, por sua vez, encontra assento na Constituição, no artigo 5º, inciso V.

Por outro lado, o artigo 1º da Lei nº 7.347/85, que disciplina a ação civil pública, desde a alteração determinada pela Lei nº 8.078/90 que incluiu o inciso IV àquele artigo, passou também a contemplar e a disciplinar as ações de responsabilidade por danos morais a interesse difuso ou coletivo.

A transformação, portanto, da responsabilidade intersubjetiva para a responsabilidade por dano difuso, e também para o dano coletivo, pelo

---

<sup>34</sup> Interesses difusos são “*os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato*” e interesses coletivos são “*os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base*”.

menos no direito brasileiro, está bem sedimentada em normas legais, não havendo mais qualquer dúvida ou restrição à plena aplicação da reparação por dano moral a tais interesses.

A questão que resta abordar é sua aplicação no direito de informação, bem como de que modo se processa sua reparação: qual o instrumento previsto pelo ordenamento e quais os parâmetros para a obtenção da plena reparação.

#### 4. REPARAÇÃO POR DANO EXTRAPATRIMONIAL A INTERESSE DIFUSO

A responsabilidade civil visa à reconstrução de um bem jurídico lesionado ou à sub-rogação em dinheiro para que o seu titular possa substituí-lo por outro bem e dele retirar proveito idêntico. A responsabilidade penal visa à imposição de uma aflição, embora também pugne pela recuperação do ofensor e pela prevenção do delito.

Em ambas as modalidades de reação do ordenamento jurídico ao ato danoso - responsabilidade civil e a penal - estão presentes o caráter sancionatório, com exceção do dano não antijurídico, como ocorre na desapropriação, em que a reação consiste tão somente no dever de compensação, sem qualquer nota de sanção.

Na responsabilidade penal, o caráter sancionatório é manifesto e prevalecente. Na responsabilidade civil a ênfase está na instrumentalidade da reação, cujo objetivo é a recomposição do dano, seja pelo ressarcimento ou pela reintegração específica, permanecendo como secundário o caráter sancionatório.

No tema que mais nos preocupa, o dano extrapatrimonial, verifica-se também esse duplice caráter. Se for possível a restituição específica como meio de reparação total do dano, prepondera o caráter restitutivo. Se tal não for possível, entra em cena o ressarcimento e o caráter de sanção é mais saliente. No mesmo sentido manifestou-se **José de Aguiar Dias**: *“Em presença dos danos extrapatrimoniais, ocorre a mesma discriminação, quando possível a restituição das coisas ao status quo, isto é, em face da possibilidade da reparação natural, como nos exemplos da lesão corporal curável, ou das conseqüências exteriores da injúria ou da calúnia etc. Mas, se a reparação se tem de fazer em dinheiro, avultam os pontos de contato entre indenização e pena, porque esta pode empregar-se na satisfação do prejudicado, proporcionando-lhe o solatium, apaziguamento, e conseguindo alteração do sentimento e da vontade. Essa função oferece satisfação à*

*consciência de justiça e à personalidade do lesado, e a indenização pode desempenhar um papel múltiplo, de pena, de satisfação e de equivalência*”<sup>35</sup>.

Portanto, é perfeitamente possível a convivência do caráter sancionatório e restitutivo na responsabilidade civil por dano a interesse extrapatrimonial. Contudo, sendo eficaz a reintegração específica (ou restituição ao *status quo*), pouca função restaria ao caráter sancionatório. Ao contrário, não sendo eficaz a reintegração específica (ou restituição), ficaria sublinhado o caráter sancionatório.

A reintegração seria sempre o melhor meio de reacionar ao dano. Mas, na maioria das vezes, ela é ineficaz ou incompleta. Uma de suas dificuldades é apontada por **De Cupis**: *“la falta de aptitud de la reintegración en forma específica para proyectarse al pasado. La reintegración en forma específica tan sólo opera para el futuro y no para el pasado*”<sup>36</sup>. Com efeito, reintegrado especificamente o bem lesado, resta o tempo mediado entre o dano e a efetiva reparação. Para preencher a lacuna só o ressarcimento e aí sobreleva o caráter sancionatório e não restitutivo. Do mesmo modo, se a reintegração não se pode mais obter ante a destruição completa do bem ou pela impossibilidade de restituição, o ressarcimento também passa a assumir uma feição sancionatória mais acentuada.

Isto porque, no dano extrapatrimonial, a reparação quase nunca alcança uma total equivalência com o interesse vulnerado, persistindo um espaço vazio de difícil composição. A reparação, portanto, no dizer de **De Cupis**, assume um significado *artificial* porque *“El que ha sufrido un daño no patrimonial, no puede con el equivalente pecuniario alcanzar un resultado final que se acerque a la situación anterior; o sea, que el dinero no le permite obtener un bien semejante al correspondiente a la integridad de su cuerpo, ni remediar su reputación dañada o volver a lograr la tranquilidad de espíritu que tenía con su reputación anterior. Sólo podrá alcanzar con dinero, aquellas ventajas y satisfacciones personales que puedan compensarlo en otros aspectos de su vida, procurando que el balance de su felicidad personal recupere nuevamente su equilibrio general y total*”<sup>37</sup>.

---

<sup>35</sup> *Op. cit.* na nota 3, vol. II, pg. 736.

<sup>36</sup> *Op. cit.* na nota 4, pg. 831.

<sup>37</sup> *Ibidem*, pg. 766/767.

Justamente quando ocorre esse espaço vazio, assume maior relevância o caráter sancionatório. Quanto menos eficaz a reintegração, mais importante a função sancionatória. Quanto mais eficaz a reparação, menor a função sancionatória. Conseqüentemente, o montante da indenização pecuniária vai variar de acordo com o alcance da função restitutória.

Os países de tradição anglo-saxônica tradicionalmente admitem uma espécie de reparação civil que tenha, além da função restitutória, a sancionatória. A Inglaterra se utiliza do *punitive* ou *exemplary damages*, cujo objetivo, segundo **Lord Devlin**<sup>38</sup> é a punição e a dissuasão. **Peter Cartwright**<sup>39</sup> explica que são três as hipóteses de incidência do dano punitivo: ações arbitrárias por parte de agentes do estado; quando o ofensor prossegue na ofensa mesmo ciente da possibilidade de reação do ordenamento; e, finalmente, quando a lei autorizar. Os exemplos mais encontrados na jurisprudência inglesa do primeiro caso são arbitrariedades praticadas pela polícia, como espancamento, falsa prisão e acusação maliciosa. A segunda hipótese se configura, no dizer de **Lord Morris**, quando “*alguém fica diante da possibilidade de ter de indenizar por danos por ter feito alguma coisa que possa ser considerada errada mas mesmo assim, deliberadamente, prossegue em seu plano porque pensa que o mesmo pode funcionar satisfatoriamente para ele. Ele está preparado para causar dano a alguém porque pensa que pode ter mais vantagem agindo assim, mesmo considerando o risco de ter que pagar pelos danos*”<sup>40</sup>. A terceira categoria ocorre quando há autorização legal e segundo a doutrina inglesa, só há um caso, previsto no *Reserve and Auxiliary Forces Act 1951*<sup>41</sup>.

Além das hipóteses de cabimento, o dano punitivo sofre algumas restrições como a que não admite a sua cumulação com a sanção penal.

A principal crítica que sofre o dano punitivo é a confusão que estabelece entre a lei civil e a lei penal, além de emaranhar as reações de reparação e punição, previstas no ordenamento jurídico.

<sup>38</sup>. Citado por CARTWRIGHT, Peter - **Criminal and Civil Liability: Tort, Crime and Punitive Damages**, in **Anais do Congresso Internacional de Responsabilidade Civil**, vol. 1, pgs. 151/159.

<sup>39</sup>. *Ibidem*.

<sup>40</sup>. *Ibidem*. No original: “*The situation contemplated is where someone faces up to the possibility of having to pay damages for doing something which may be held to have been wrong but where nevertheless he deliberately carried out his plan because he thinks it will work out satisfactorily for him. He is prepared to hurt somebody because he thinks he may well gain by doing so even allowing for the risk that he may be made to pay damages*”.

<sup>41</sup>. A afirmação consta na obra citada acima e é atribuída a Burrows.

Nos Estados Unidos, do mesmo modo, contempla-se o dano punitivo, também com a mesma crítica, chegando a alegar-se a sua inconstitucionalidade. Entretanto, a Suprema Corte decidiu pela sua constitucionalidade, embora restringindo sobremaneira a sua aplicação. Conforme **Norwick e Chasen**, a Corte entendeu, no caso **New York Times vs. Gertz**, que somente pode ser imposto o dano punitivo se o agente agir com *actual malice*<sup>42</sup>. A Corte deixou em aberto a conveniência de abolição do dano punitivo por parte dos Estados, tendo a maioria deles mantido o sistema vigente.

Doutrina **Antonino Procida Mirabelli di Lauro** que o dano punitivo, surgido na Inglaterra no século XVIII, constitui “*un istuto anomalo, intermedio tra diritto civile e penale, poiché hanno lo scopo primario di punire e dissuadere il danneggiante*”<sup>43</sup>.

**Matilde Zavala de Gonzáles e Rodolfo Martín Gonzáles Zavala**<sup>44</sup> sustentam a introdução do dano punitivo no direito argentino, com a mesma característica punitiva, quando o dano resulte extremamente injusto e seja expressivo de uma clara iniquidade, bem como para destruir a racionalidade econômica que motivou sua prática. Para os autores, a legitimidade para tal pretensão deve ser dada também ao particular e a indenização deve pautar-se pela importância dos interesses espúrios.

De tudo resulta a plena compatibilidade entre a sanção penal e a responsabilidade civil com caráter sancionatório em um mesmo ordenamento jurídico, não tendo mais pertinência a distinção que se fazia entre interesse público-pena e interesse privado-reparação civil. Na falta de previsão de sanção penal - porque inexistente o tipo penal - mas havendo dano a interesse público ou difuso, perfeitamente possível a imposição de reparação civil com caráter marcadamente sancionatório<sup>45</sup> sob a forma de dano punitivo.

Contudo, a imposição de indenização com caráter de sanção deve ser cercada de cuidados para não exorbitar sua finalidade repressiva e dissuasiva.

---

<sup>42</sup> **The Rights of Authors, Artists, and Other Creative People**, pg. 184. No mesmo texto, *actual malice* é definida como o conhecimento da falsidade ou com a negligente desconsideração da falsidade ou da verdade.

<sup>43</sup> *Op. cit.* na nota 279, pg. 124/125.

<sup>44</sup> *Indenización Punitiva*, in **Responsabilidad por Daños en el Tercer Milenio**, pg. 188/193.

<sup>45</sup> Na obra, nota 7, na pg. 123, na nota de rodapé 234, há menção à posição de G. Bonilini para quem o *exemplary damages* “*permette non solo di punire crimini minori ignorati dalla sfera penale, diretta solamente a perseguire quelli più seri, ma di produrre una forza di dissuasione al commeterli*”.

Ela somente deve ter lugar quando a reintegração específica não for eficaz ou não for suficiente, ou quando não existir sanção penal correspondente, ou ainda quando o ato for extremamente ofensivo à sociedade. A exacerbação na imposição de uma tal sanção civil equivaleria a negar-se a função própria do Direito Penal e de todos os seus princípios, o que seria um retrocesso. Por outro lado, a sua aplicação comedida e prudente levaria a uma maior esfera de proteção ao interesse público e aos novos conceitos de interesse difuso e coletivo.

A reparação, nesses casos, deve ser feita por arbitramento judicial a exemplo do que ocorre no dano moral tradicional.

Agora vejamos alguns exemplos em que tal pretensão é possível e pode ser bastante útil à sociedade se convenientemente utilizada.

## 5. ALGUNS EXEMPLOS DE REPARAÇÃO A INTERESSE DIFUSO OU COLETIVO

Ao longo do trabalho, referiu-se a alguns interesses difusos ou coletivos, como o meio ambiente, a publicidade abusiva ou enganosa, o direito do consumidor, entre outros.

A defesa do meio ambiente, felizmente, está bastante instrumentalizada em nosso ordenamento. O dano ao meio ambiente goza de instrumentos de reparação eficazes e que têm sido usados com frequência nos tribunais.

A própria natureza do dano ao meio ambiente é considerada por muitos como um autêntico dano moral coletivo, o que foi sustentado por **Gabriel Stiglitz**<sup>46</sup> cujas idéias já foram citadas aqui anteriormente.

Há também quem sustente o direito à indenização por dano moral independentemente da indenização por dano material ambiental. Nessa esteira, o artigo de **José Rubens Morato Leite, Marcelo Buzaglo Dantas e Daniele Cana Verde Fernandes**<sup>47</sup>. Alguns exemplos por eles citados são a queima de palha de cana-de-açúcar que causa à população doenças pulmonares; a destruição do tabaqui; risco na utilização do combustível metano; aterro de lagoa causando dano paisagístico, todos eles comportando a indenização por dano material e por dano moral.

Não é pertinente à linha deste trabalho adentrar na reparação do dano ambiental, que aqui é mencionado apenas a título de exemplo. Mas algumas

---

<sup>46</sup> *Op. cit.* na nota 22, pg.77.

<sup>47</sup> O Dano Moral Ambiental e sua Reparação, in **Revista de Direito Ambiental**, nº 4, outubro-dezembro de 1996, pgs. 61/71.

considerações devem ser feitas. Quando se impõe a condenação em dinheiro, está-se reparando, nada mais nada menos, o dano extrapatrimonial ou moral ao interesse difuso do meio ambiente e, não, o dano patrimonial. Outra consideração é relacionada à confusão que se faz entre dano psico-físico e dano moral. No exemplo da palha de cana-de-açúcar o dano à saúde deve ser indenizado como entidade própria, como dano psico-físico e, não, como dano moral.

Ainda quanto ao dano ambiental, a responsabilidade do seu causador é objetiva, por força do disposto no artigo 14, parágrafo 1º da Lei nº 6.938/81<sup>48</sup>.

Outra hipótese é a da imposição de contrapropaganda (contrapublicidade), instituída pelo artigo 60 da Lei nº 8.078/90, em caso de publicidade enganosa ou abusiva. O artigo 38<sup>49</sup> do Código do Consumidor prescreve a inversão do ônus da prova quanto à verdade e à correção da informação veiculada, adotando a denominada responsabilidade presumida.

Já disse, páginas atrás, que a contrapublicidade não visa a amparar um dano individualizado, pertinente àquele consumidor ludibriado pela publicidade ilícita. O que ela visa é a satisfação de um dano moral da coletividade, ou seja, de um dano que tem potencialidade para atingir um número indeterminado de pessoas, sem que se possa delimitar em que extensão cada uma delas teve seu bem jurídico violado. Sua imposição visa a desfazer o malefício causado pela publicidade ilícita, assumindo nítidas funções punitivo-pedagógicas.

A responsabilidade presumida tem por escopo ampliar o grau de proteção jurídica ao bem jurídico comunitário, com relação àqueles valores comunitários e difusos elencados pelo artigo 37 do Código do Consumidor. É um reconhecimento legal da prevalência de tal bem jurídico comunitário sobre outro qualquer, além de servir de eficaz instrumento processual de efetivação de direitos, com o mesmo objetivo de proteção acima aludido.

A essa altura, convém indagar o que é responsabilidade presumida e qual sua pertinência no tópico da responsabilidade do dano moral coletivo.

<sup>48</sup> Artigo 14, parágrafo 1º - “Sem obstar a aplicação das penalidades previstas neste artigo, é o poluidor obrigado, independentemente da existência de culpa, a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, afetados por sua atividade. O Ministério Público da União e dos Estados terá legitimidade para propor ação de responsabilidade civil e criminal, por danos causados ao meio ambiente”.

<sup>49</sup> Art. 38 - “O ônus da prova da veracidade e correção da informação ou comunicação publicitária cabe a quem as patrocina”.

Conforme percebeu **José de Aguiar Dias**<sup>50</sup> “o expediente da presunção de culpa é, embora não o confessem os subjetivistas, mero reconhecimento da necessidade de admitir o critério objetivo”. Não há, entretanto, que se confundir no plano doutrinário responsabilidade objetiva e responsabilidade presumida. Na responsabilidade objetiva a obrigação de indenizar existe sem qualquer investigação de culpa, bastando o dano e o nexo causal. Na responsabilidade presumida, ao contrário, o ônus da prova de não ter agido culposamente cabe ao ofensor. Mas, o que o mestre quis dizer é que ambas repousam, primeiro, na insuficiência da responsabilidade subjetiva tradicional, regulada pelo artigo 159 do Código Civil, segundo, na necessidade de maior equitatividade entre os encargos probatórios impostos ao ofensor e ao ofendido, em certas atividades, e que sempre favorecem ao primeiro em um sistema de responsabilidade pautado na culpa.

Com a autoridade de quem foi um dos grandes responsáveis pela evolução da teoria da responsabilidade civil, **Louis Josserand**<sup>51</sup> explica que a responsabilidade presumida funda-se no sistema das provas e, mais precisamente, nas presunções, que é a “*a indução dum fato desconhecido tirada de um fato conhecido*”. As presunções podem ser de duas ordens: as presunções legais, que são obras da lei; e as presunções judiciais, “*deixadas às luzes dos juízes*”. No primeiro caso, a presunção é absoluta e exclui qualquer prova contrária, salvo a existência de força maior ou a culpa da vítima, como no caso do dono de um cão que morde alguém, em que lhe é permitido provar a culpa deste em ter molestado o animal. Sobre a presunção judicial, discorre **Josserand** fornecendo o exemplo do empresário de transportes e explicando que “*há fatos que trazem em si mesmos a prova de sua origem, que são por assim dizer assinados; por sua natureza mesma, eles excluem a culpa, a intervenção, a negligência da vítima*”<sup>52</sup>. Seria irrisório, prossegue ele, exigir do viajante a prova da culpa do transportador. A responsabilidade exclui a intervenção da vítima e, portanto, a sua culpa. O fato danoso é um fato culposo. Nas duas presunções o ônus da prova incumbe inteiramente a quem produziu o fato.

Mas porque o direito moderno tende ao critério objetivo como fundador da responsabilidade civil? Não se pretende revolver a matéria da

---

<sup>50</sup> *Op. cit.* na nota 3, volume I, pg. 85.

<sup>51</sup> Evolução da Responsabilidade Civil, in **Revista Forense**, junho de 1941, pgs. 548/559.

<sup>52</sup> *Ibidem*, pg. 556.

responsabilidade civil nem muito menos a da responsabilidade objetiva ou presumida. Não é esse o objetivo do trabalho. Mas traz-se à colação, mais uma vez, o magistério de **Josserand**: *“O século do caminho de ferro, do automóvel, do avião, da grande indústria e do maquinismo, o século dos transportes e da mecanização universal, não será precisamente o século da segurança material: fiéis à recomendação de Nietzsche, vivemos perigosamente, cada vez mais intensamente, como nos aconselhava o ilustre presidente Teodoro Roosevelt...e a fórmula viver perigosamente atrai fatalmente uma outra que lhe constitui a réplica e a sanção: responder pelos nossos atos”*<sup>53</sup>. Sintetiza-se a evolução com a fórmula tantas vezes usada: a socialização dos riscos foi uma decorrência inelutável da revolução industrial, do progresso científico, da explosão demográfica etc. No dizer de **Sergio Cavalieri Filho**<sup>54</sup> foi nos acidentes de trabalho, advindos daqueles fatores antes referidos, é que a responsabilidade objetiva se impôs porquanto o operário tinha enorme dificuldade de provar a culpa do patrão. Prosseguindo, disse: *“Logo os juristas perceberam que a teoria subjetiva não mais era suficiente para atender a essa transformação social ocorrida em nosso século; constataram que, se a vítima tivesse de provar a culpa do causador do dano, em numerosíssimos casos ficaria sem indenização, ao desamparo, dando causa a outros problemas sociais”*<sup>55</sup>.

Uma vez adotada a responsabilidade objetiva ou mesmo a responsabilidade presumida em algumas relações intersubjetivas, a evolução do direito apresentou outra sintomática particularidade: as recentes legislações que envolvem relações coletivas ou difusas, por sua vez, também acabaram por abandonar a concepção de culpa como fundamento da responsabilidade civil, para acolherem ou a responsabilidade objetiva, como no direito ambiental, ou as duas - presumida e objetiva - em muitíssimos casos previstos no direito do consumidor.

E por que isso acontece? Porque justamente nessas relações jurídicas situam-se alguns casos de interesses difusos ou coletivos, a que o legislador atribuiu proeminência, reconhecendo sua acentuada importância na vida social. Inegável que tais interesses, por suas características próprias, por serem titularizados por um número indeterminável de pessoas, pela exten-

---

<sup>53</sup> *Ibidem*, pg. 549.

<sup>54</sup> *Op. cit.* na nota 2, pgs. 130/145.

<sup>55</sup> *Ibidem*, pg. 133.

são do dano ao interesse de toda a coletividade, pela importância do bem jurídico, enfim, por uma série de fatores, exigem uma proteção mais ampla e eficaz da lei, restando de todo inaplicável, por insuficiente e ineficaz, o critério baseado na culpa.

O critério da culpa, na responsabilidade civil, foi concebido para relações jurídicas intersubjetivas, quando aos juristas ainda não se havia revelado o fenômeno da *socialização* ou *coletivização* do direito. Evidente que tal sistema não pode ser estendido a um direito coletivo, em que o dano não atinge apenas um único personagem, mas potencialmente todos os integrantes da coletividade. É esse fundamento que justifica o abandono da regra geral da responsabilidade subjetiva pelo critério objetivo nas relações jurídicas massivas.

É certo que a responsabilidade objetiva, para ter aplicabilidade, carece de previsão legal<sup>56</sup>. Mas a responsabilidade presumida pode ser invocada a partir da aplicação analógica do artigo 38 do Código do Consumidor, para as hipóteses de direito difuso e coletivo, uma vez que o artigo 159 do Código Civil, definitivamente, não pode ser imposto às relações de massa. ◆

---

<sup>56</sup> *Op. cit.* na nota 2, pg. 138.

# TEORIAS DA IMPREVISÃO

(DA CONDIÇÃO IMPLÍCITA, DA FRUSTRAÇÃO POR RISCO E DO RISCO DO NEGÓCIO)

SEVERIANO ARAGÃO

*Desembargador do TJ/RJ*

O Direito Canônico, com São Tomás de Aquino (Suma Teológica, L. II, *quaestio* CX, 3, ed. 1937) preconizara que: “Seja determinado por lei, como se deva julgar, deixando **margem** pouquíssima ao arbítrio humano”. Uma nesga de poder, desde o Código de Hamurabi, sempre se deferiu ao Juiz, em sede de Equivalência das Prestações nos contratos.

Assinala Vânia Maria Cunha Bueno (*in A Teoria da Imprevisão e o Atual Direito Privado Nacional* - Lumen Juris, 1994 - Rio, pp. 08/09), que, no século XVIII, “a cláusula *rebus sic stantibus* entrou em decadência, não referida nos Códigos no início do século passado, no Código de Napoleão e no Código Civil Italiano (...). Ressurgiu a Doutrina, notadamente, pelas alterações profundas, econômicas e sociais, provocadas pelas duas grandes guerras, que tanto agitaram o mundo, na primeira metade deste século”.

Parece incontestável que a Teoria da Imprevisão foge da trilha das excludentes clássicas (força maior e caso fortuito - art. 1.058 - Código Civil), situando-se melhor nos quadros da LESÃO, da violação do dever da BOA FÉ E LEALDADE, ou mesmo na SUPERVENIÊNCIA de elementos externos, excepcionais, capazes de provocar um desequilíbrio entre as obrigações, mediante a ALTERAÇÃO substancial das condições e fatores externos, vigorantes ao tempo da celebração do pacto (*tempus regit actum*).

Em tais perspectivas, surgiram **teorias revisionistas** de novo perfil, como a “Teoria da Pressuposição Individual” de Windscheid.

Orlando Gomes (*in Transformações Gerais do Direito das Obrigações*, 2ª ed., 1980, R.T., p. 97) critica a “Teoria da Pressuposição Típica” de Pisko (Áustria), por falta de *utilitas*, embora dê exemplo elucidativo: “O do fabricante, que contratou publicidade de certo produto, que se vê

impossibilitado de fabricá-lo, em virtude da guerra. A propaganda não teria finalidade, desaparecendo a situação de fato, a **pressuposição típica**".

Giuseppe Osti, na 1ª década do século, na Itália, pregou a "Teoria da Superveniência", decalcando idéias de ato de vontade de uma promessa futura, cujo resultado falhe.

Kaufmann, em 1911, conceituou a "Teoria da vontade eficaz", sem repercussões.

Ainda Orlando (op. cit. p. 98) se reporta à "Teoria da condição implícita", *implied terms, implied conditions*, orientação seguida pelo juiz inglês (...). A SOBREVIVÊNCIA DO CONTRATO SUBORDINA-SE A UMA CONDIÇÃO IMPLÍCITA, entendido o substantivo como uma CONDICTIO JURIS (...). Somente se tornam exigíveis as obrigações, se o seu fim típico pode ser alcançado. Quando se modifica o estado de coisas particular, existente ao tempo do contrato, deixa ele de ser eficaz (...). Esse estado de fato desaparece toda vez que, por acontecimentos supervenientes, perde o contrato sua finalidade. OS TRIBUNAIS INGLESES resolvem os casos em que se torna imperioso o abandono do princípio da força obrigatória do contrato, sem necessidade de invocar fatores psicológicos ou razões extrajurídicas".

Othon Sidou (in **A Revisão Judicial dos Contratos** - 2ª ed., Rio - Forense - 1984, pp. 71/72) aborda a "Frustração por risco", - *frustration of adventure* do Direito inglês que "não é atribuível a um dos contratantes (...), porém a UM EVENTO QUE, SE IMPREVISTO, IMPEDIRIA A CONCLUSÃO DO CONTRATO, à míngua de sentido teleológico".

Vania Cunha Bueno alude a que "Os Estados Unidos não conhecem a doutrina revisionista. Uma regra de interpretação, contudo, dá alento à teoria. Trata-se do *Restatement of the law*, que a rigor, é um Código privado, oficioso, de alta expressão pragmática, de 1914, originado por inspiração da Association of America Law, definindo a IMPOSSIBILIDADE SUPERVENIENTE (§ 457), quando, DEPOIS DA FORMAÇÃO DE UM CONTRATO, ocorrem fatos imprevisíveis, NO SENTIDO DE TORNAR A EXECUÇÃO DA PROMESSA IMPOSSÍVEL, A OBRIGAÇÃO DO CONTRATANTE É AFASTADA, a menos que uma intenção contrária tenha sido manifestada".

Por sua atualidade, diante da atual problemática da paridade cambial, nas prestações de *leasing*, ante a livre variação de moedas, cumpre abordar a lição do Prof. Luiz Antonio Rizzato Nunes, da PUC/SP e 1º TA CIV/SP (in **Bol. Inform.** Saraiva nº 01, março de 1999, p. 12), sustentando, além da

aplicação do CDC à espécie (tema polêmico), a “responsabilidade objetiva do fornecedor (arts. 12, 13, 14, 18, 19, 20 etc.), ônus que tem como fundamento a TEORIA DO RISCO DO NEGÓCIO, ou seja, o empresário é livre para explorar o mercado, MAS O RISCO DESSE EMPREENDIMENTO É TOTALMENTE SEU (...). Não pode, por exemplo, através de cláusula contratual REPASSAR TAL RISCO PARA O CONSUMIDOR.”

O Prof. Luiz Roldão de Freitas Gomes, ao prefaciar tese da Prof<sup>ª</sup> Vânia da Cunha Bueno, junto à EMERJ (*op. cit.*), comenta a obra de Paolo Gallo, na Itália (**Sopravvenienza Contrattuale e Problemi di Gestione del Contratto** - Ed. Giuffrè, 1992), e diz provocar sua formulação CRESCENTE TRANSFERÊNCIA DE RISCOS, originariamente, do promitente para o estipulante. Suscita a superveniência contratual, problemas de gestão do contrato, conduzindo a duas situações distintas: A REVISÃO propriamente dos contratos, promovendo o Juiz a adaptação das prestações, ou a sua RESOLUÇÃO (...).

Nasce e se fortalece a Teoria do Risco do Negócio, como variante das alusivas à da **Imprevisão**, a engendrar a **Revisão** dos contratos, esmaecendo a Teoria da Intangibilidade dos pactos (*Pacta sunt Servanda*). ◆

# O DANO

## RESPONSABILIDADE CIVIL

**ADOLPHO C. DE ANDRADE MELLO JR.**  
*Juiz de Direito do TJ/RJ*

### I - INTRODUÇÃO

O Estado de Direito Social necessita de uma ordem normativa. Complexo normativo, tradução do ordenamento jurídico, revelação do Direito; regramento hábil e capaz de disciplinar a vida de relação, o dever-ser e como-ser.

As regras jurídicas, que integram a ordem constituída, se prestam para equacionar as tensões sociais, e advêm de uma produção comunitária, informal, ou de processo de mediação, fruto de função política, intelectual e formal. A par delas, extraem-se preceitos, imperativos e sanções, revelados através da adoção de métodos de conhecimento racional - hermenêutica. Na verdade, a ordenação das relações sociais exige pronta apreensão do direito e, quando conflituosa, a escolha e aplicação da solução normativa adequada. O método para a escolha, é o de interpretação.

Quando o direito é realizado, sem rompimento da equação de equilíbrio (jurídico-social), imperativo recepcionado sem qualquer agressão à ordem normativa, de sanção não se cogita. Não se pensa em responsabilização, posto que inexistente qualquer patologia bastante a justificar a reação do Direito. Agora, rompida a Ordem, exsurge, do próprio ordenamento, a regra sancionatória, que concretizada pela coercibilidade, quer-se suficiente a restabelecer o equilíbrio igualitário entre os valores em confronto.

Pois bem, pensa-se em responsabilidade toda vez que houver agressão a um direito. Quebrado o imperativo jurídico, surge e justifica-se a regra sancionatória. Se da ação ou omissão resultar prejuízo, a imputação qualifica-se como de responsabilidade civil.

A sanção é sempre uma consequência desfavorável que atinge àquele que violou uma regra, na precisa lição de José de Oliveira Ascensão. Completa o referido mestre: “Em si, a sanção não é um fato. Como consequência desfavorável, a sanção é um efeito jurídico, conteúdo de uma regra jurídica que prevê a violação de uma regra de conduta.”

A sanção reconstitutiva, compensatória, ou só de satisfação, em sede de responsabilidade civil, é efeito jurídico de um fenômeno perceptível. Sem o fenômeno perceptível, que é o fato - juridicamente relevante, nenhum efeito se extrai. O fenômeno da responsabilidade é complexo, e exige a conjunção de elementos; seus elementos constitutivos.

O estudo dos elementos da responsabilidade conduz para uma reflexão em torno da inserção do fato no mundo jurídico, da relação de produção e do dano. A relação de produção (nexo de causalidade) e o dano (prejuízo material ou moral), são elementos constantes da etiologia da responsabilidade civil. Se falta o nexo causal, de responsabilidade não se pensa, pela ausência da necessária suficiência da imputação, capaz de justificar a sanção, e legitimar a coercibilidade estatal. Se falta dano, responsabilidade civil não há, posto que o prejuízo é seu próprio fundamento.

A proposta que se tem, no presente ensaio, é examinar o dano, em algumas de suas facetas argumentativas da idéia de responsabilidade civil.

## II - DANO. NOÇÕES

Como acima ressaltado, o dano é elemento da etiologia da responsabilidade civil. Sem a definição de dano, não há o que se falar em dever de ressarcir, indenizar ou reconstituir.

O dano pode ser compreendido como um prejuízo. Aliás, prejuízo é seu sinônimo. Prejuízo material ou moral, pouco importa. Sempre prejuízo, alteração de um bem jurídico, com definição de desvalor. Como acentuado pelo Desembargador Sergio Cavalieri Filho, em seu denominado **Programa de Responsabilidade Civil**, conceitua-se "... o dano como sendo a subtração ou diminuição de um bem jurídico, qualquer que seja a sua natureza, quer se trate de um bem patrimonial, quer se trate de um bem integrante da própria personalidade da vítima, como a sua honra, a imagem, a liberdade etc. Em suma, o dano é lesão de um bem jurídico, tanto patrimonial como moral ...".

A sanção decorrente de uma norma de responsabilidade, na órbita civil, só configura-se como efeito jurídico da contraveniência, quando ocorrente o dano. Por isso, é que se costuma afirmar que o dano é mais do que um requisito da responsabilidade, posto ser o seu próprio fundamento, elemento essencial. Sem a eclosão do dano, a conduta ilícita passa a ser um indiferente, incapaz de gerar a responsabilização civil.

O dano é um fato, acontecimento que pode se revelar de múltiplas formas. Dano patrimonial, extrapatrimonial, direto, indireto, atual, futuro etc. ...

### **III - DANO. ALGUMAS REVELAÇÕES**

O conjunto de bens que permite valoração econômica, considera-se patrimônio. Se o prejuízo, repousa no patrimônio, denomina-se dano patrimonial, que pode se consubstanciar em desfalque direto, ou no chamado lucro cessante (frustro).

É considerado emergente, o dano que se extrai do próprio bem jurídico, direta e imediatamente. Conceito uníssono, sobre o qual dúvida não paira. Dano emergente, importa no desfalque sofrido pelo patrimônio da vítima, conforme lição do Desembargador e Professor Sergio Cavaliere Filho. Acentua o citado mestre, que o dano emergente “será a diferença do valor do bem jurídico entre aquele que tinha antes e depois do ato ilícito.”

No que pertine ao lucro frustrado, persistem os requisitos da imediatidade e do efeito direto. Para autorizar o decreto condenatório, há que se demonstrar que o dano decorreu, direta e imediatamente, do fato propiciador. O que distingue as duas expressões de dano material, é que, enquanto o emergente, priva da atualidade, valoração fechada, o lucro cessante, estimula-se pela probabilidade objetiva, previsibilidade e projeção, aquilo que a vítima, razoavelmente poderia auferir, se não obstada pelo evento. A hipótese não é de dano indireto, mediato, sem vínculo perceptível com a causalidade. Aliás, sobre o dano indireto, é enfático o Desembargador Antonio Lindbergh Montenegro: “A regra é a irressarcibilidade do dano indireto”. Na seqüência, positiva: “A tal respeito não há falar em distinção entre dano direto e indireto... O ofensor deve reparar todo o dano que causou, segundo a relação de causalidade. Tudo se reduz em determinar o conteúdo e a extensão do dano. Tal é o sistema da realidade do dano”.

A regra conduz para a definição de atualidade e certeza do dano, passível de fundamentar a pretensão ressarcitória. O nosso ordenamento não dá guarida ao dano hipotético, por uma razão muito simples. O dano, como elemento da responsabilidade civil, deve ser necessariamente um fato, capaz de justificar o efeito jurídico da sanção e legitimar a coerção. Ora, se deve ser um fato, acontecimento real, não pode, ao mesmo tempo, ser uma suposição ou conjectura. Não se confunda dano hipotético com o aspecto da futuridade.

*A perte d'une chance*, não configura acontecimento incerto, suposição, uma só conjectura. Quando se pensa na perda de uma chance, ceifada pelo evento danoso, a valoração não é hipotética e nem remota, posto que calcada em dados existentes, perfeitamente mensuráveis, para efeito ressarcitório, dentro de um juízo de probabilidade suficiente. A existência de parâmetros, exclui a incerteza. Valora-se a chance, e quantifica-se, a partir dela, que é algo real, a perda patrimonial, em linha de projeção, proporcional e razoavelmente. Trabalha-se com o futuro, mas não com o hipotético eventual, desgarrado da causalidade.

O dano moral puro, sem repercussão econômica, adentra à categoria do dano extrapatrimonial.

No contexto do dano moral, tem-se inserido valores da personalidade, além de outros que precipitam-se sobre o elemento anímico da vítima, alma, seu psique. Fala-se, nesse diapasão, do sofrimento intenso, exposição vexaminosa, humilhação profunda. Além do mais, é absorvido pelo dano moral, o denominado dano estético, quando a raiz da postulação finca-se nos aspectos do constrangimento pelo aleijão, ou qualquer outra deformação física, capaz de tornar a vítima, morfologicamente diferente, alvo de observação, pelo lado horrendo, medonho.

A sanção, efeito jurídico do prejuízo moral puro, em verdade, não é reconstitutiva, e nem compensatória, propriamente dita. O que se tem, na expectativa da condenação, é a idéia de satisfação, resultado pecuniário traduzido por, recompensa de um lado, e expiação do outro. Contempla-se a vítima, com dinheiro, para lhe dar um alento; e correlatamente, castiga-se o infrator, como conseqüência jurídica do dano que deu causa. A simbiose dos dois fatores, é de observância necessária, quando da valoração, além de outros, imprescindíveis para uma quantificação proporcional e razoável. É assim que se tem falado em capacidade econômica do agressor, intensidade e repercussão da agressão, e *status* social da vítima. Tudo deve ser ponderado, com base no imperativo do que é lógico e razoável.

A quantificação do resultado condenatório, não é tarefa das mais fáceis. O movimento do dano moral puro é estimulado por forte subjetividade. Cabe ao aplicador do Direito, chamado a decidir, sopesar os fatores ressaltados, com muita prudência, para não cometer iniquidades, ou seja: módico, que negue o alento, cunho da função satisfatória, e a expiação que decorre; exacerbado, propiciante de lucro descabido. Sobre tal aspecto, acentua Caio Mário da Silva Pereira: “A vítima de uma lesão a algum daqueles direitos

sem cunho patrimonial efetivo, mas ofendida em um bem jurídico que em certos casos pode ser mesmo mais valioso do que os integrantes do seu patrimônio, deve receber uma soma que lhe compense a dor ou o sofrimento, a ser arbitrada pelo juiz, atendendo às circunstâncias de cada caso, e tendo em vista as posses do ofensor e a situação pessoal do ofendido. Nem tão grande que se converta em fonte de enriquecimento, nem tão pequena que se torne inexpressiva...”.

#### **IV - DANO. SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA**

A sentença penal condenatória, transitada em julgado, de acordo com o inciso II, artigo 584 do CPC, configura título executivo judicial. O inciso I, artigo 91 do Código Penal, diz que é efeito da condenação “tornar certa a obrigação de indenizar o dano causado pelo crime”. Ante as regras ressaltadas, ousou comentar:

O disposto no diploma repressivo, revela, literalmente, mais do que se apresenta compossível, dentro de uma visão sistêmica do instituto da responsabilidade civil. Como já acentuado, o dever de indenizar é a sanção, efeito jurídico de um fato. Fato complexo, que consubstancia a responsabilização, na órbita civil. Sem a concretização dos elementos da etiologia do citado instituto, não há como se cogitar da sanção, obrigação de indenizar. O dano é elemento indissociável da responsabilidade. Sem o dano, pode haver o evento, mas incapaz de configurar o efeito jurídico da obrigação ou dever de ressarcir ou indenizar. Logo, forçoso concluir que só a sentença penal condenatória, mesmo transitada em julgado, não é capaz de estabelecer a certeza da obrigação de indenizar o dano causado pelo crime. Não é capaz, posto que no processo penal, afora o crime de dano, o prejuízo, decorrente do ato ilícito, não faz parte do objeto do conhecimento.

A sentença penal condenatória, para o efeito de ressarcimento de danos, positivamente de obrigação de indenizar, é ato jurisdicional incompleto. Poder-se-ia afirmar: é sentença que repercute, firma posição de imutabilidade, mas carece de complementação, para servir de fundamento à pretensão ressarcitória. Com ela, não mais se discutem autoria e materialidade, elementos cobertos pela coisa julgada, na relação entre a vítima e o autor do delito. Mas para que adquira eficiência a cumprir o desiderato da responsabilização, mister a positivamente do prejuízo advindo com o crime perpetrado. Para que se complete, exige-se cognição judicial específica, acerca do dano e do nexos causal. Além da sentença penal condenatória, há que haver um outro decreto

judicial, que com força de integração, defina sobre os prejuízos revelados, a origem, e o quantitativo pecuniário.

O meio processualmente adequado para se obter a complementação, é a liquidação de sentença. Liquidação na modalidade por artigos, posto que necessária a alegação e prova de fatos novos. Fatos do dano e da relação entre o ato e a sua eclosão.

A liquidação de sentença é processo de conhecimento intermédio, além de limitado. No processo em foco, não é possível se discutir a respeito da lide, já solvida. E aí repousa a limitação. A finalidade da liquidação circunscreve-se à individualização do objeto e/ou quantificação do comando condenatório. Procede-se à liquidação, quando genérica a sentença condenatória. Na hipótese da sentença penal, com efeito civil, a mesma se assemelha à condenatória genérica, posto que carente de determinação para o fim de execução. Ocorre que, além da falta de determinação, a sentença penal condenatória, para a hipótese de ressarcimento de dano, também carece de certeza quanto à obrigação de indenizar, pela falta de definição do dano, que é um elemento fundamental da responsabilidade. Sem dano, alegado e comprovado, obrigação de indenizar não há. Nesse diapasão, o processo de liquidação com referência a sentença penal condenatória, deve possibilitar a cognição e decisão, não só acerca do *quantum debeatur*, mas também, e em primeiro lugar, sobre o dano e seus parâmetros, em toda a extensão revelada pelos fatos. Só após, com a certeza da obrigação e a determinação quantitativa, além da exigibilidade, é que o título executivo cogitado passa a se apresentar hábil a fundamentar a ação de execução. ◆

# AS “DEZ REGRAS DE OURO” DOS TÍTULOS CAMBIAIS \*

**JORGE LOBO**

*Livre-Docente em Direito Comercial pela UERJ e advogado*

## I - DELIMITAÇÃO, IMPORTÂNCIA E ATUALIDADE DO TEMA

Na Alemanha, Espanha e Argentina, a doutrina desenvolve o estudo deste tema sob a denominação de títulos-valores, dividindo-os em (a) títulos de inversão, de que são exemplos as ações e as debêntures, (b) títulos representativos de mercadorias, entre os quais o conhecimento de transporte e o conhecimento de depósito de mercadorias, e (c) títulos cambiais, em especial as clássicas letra de câmbio e a nota promissória.

Na Itália, França e Brasil, ao invés de títulos-valores, fala-se em títulos de crédito, classificando-os em (a) títulos de crédito próprios (letra de câmbio, nota promissória, cheque e duplicata), (b) títulos de crédito impróprios (ações) e (c) títulos de legitimação (bilhetes de ingresso em teatro e cinema), limitando-se a nossa exposição apenas aos títulos cambiais ou títulos de crédito próprios, que não perderam nem importância, nem atualidade, apesar da corrente, que já conta com ilustres adeptos, segundo a qual estão, inexoravelmente, os títulos de crédito próprios em declínio, fadados ao desaparecimento, devido à desmaterialização do crédito, em virtude dos meios magnéticos de cobrança.

D.v., não cremos, porquanto os processos informatizados de cobrança, simples, econômicos e rápidos em relação a devedor e credor originários, só vieram realçar a imperiosa necessidade de serem estudados, com vagar, os predicados e os dogmas do Direito Cambial, indispensáveis para proteção dos direitos e interesses dos terceiros de boa-fé, endossatários legítimos de títulos cambiais, que só podem tornar-se partícipes da multiplicação e circulação do crédito se este for, válida e eficazmente, incorporado a um documento, materializando-se em uma cártula.

---

\* Palestra proferida na EMERJ, em novembro de 1999, para Juizes em Processo de Vitaliciamento.

Sem tempo para aprofundar a controvérsia, cabe-nos aqui, agora, apenas ressaltar que as noções, que desenvolveremos a seguir, serão úteis nos próximos dez ou vinte anos, na pior das hipóteses.

## II — METODOLOGIA DO DIREITO COMERCIAL

ALFREDO ROCCO, em seu magnífico **Princípios de Direito Comercial**, Lisboa, Ed. Livraria Acadêmica, 1931, p. 79 e segs., ensina que o estudo científico do Direito Comercial exige investigações de quatro ordens: (1ª) o estudo técnico-econômico das relações reguladas pelo Direito Comercial, (2ª) o estudo histórico-comparativo do desenvolvimento dos institutos de Direito Comercial, (3ª) o estudo exegético das normas positivas do Direito Comercial e (4ª) o estudo sistemático dos princípios do Direito Comercial do país, de sua coordenação com as normas e princípios gerais do Direito Civil e com os princípios gerais do Direito.

*In casu*, interessa-nos o estudo técnico-econômico dos títulos cambiais, vindo a talho de foice o conselho de VIVANTE, dirigido aos estudiosos do Direito Comercial: “Não se aventurem nunca a qualquer investigação jurídica se não conhecem a fundo a estrutura técnica e a função econômica do instituto objeto dos vossos estudos. Recolham nas bolsas, nos bancos, nas agências, nas sociedades comerciais, nas secretarias judiciais, o material necessário para compreender aquela estrutura e aquelas funções. É uma deslealdade científica, é uma falta de probidade falar de um instituto com o fim de determinar-lhe a disciplina jurídica sem o conhecer na sua íntima realidade” (**Trattato di Diritto Commerciale**, 1ª ed., prefácio, p. XIII e segs.), tarefa assaz agravada pelo fato incontestado, como acentuado por ROCCO, de que “as relações da vida comercial são, em regra, ignoradas pelos não-comerciantes e até mesmo os comerciantes só conhecem o ramo específico de sua atividade profissional. O mecanismo das operações de banco e de bolsa, as variadíssimas formas das vendas comerciais, o funcionamento das sociedades comerciais, a estrutura das empresas de seguros, as operações dos armazéns reais, os transportes marítimos são relações de técnica muito especial, que exigem o conhecimento direto do prático e a observação do estudioso.” (ob. cit., p. 80).

Até mesmo, acrescenta-se, por oportuno, as atividades corriqueiras, como a emissão, o endosso e o cruzamento de cheques, o saque e o aceite de duplicatas, a abertura de conta corrente bancária, em especial as modernas contas correntes de crédito rotativo e de cheque especial, não são do domínio

pleno do indivíduo comum, o que nos leva a afirmar, calcados em VIVANTE, ROCCO e, também, CARVALHO DE MENDONÇA, que perfilhou a lição dos dois Mestres italianos, que não se pode dominar o Direito Cambial sem bem conhecer a estrutura técnico-econômico do instituto que se vai estudar e, em conseqüência, que não se pode tratar, com maestria, dos títulos de crédito próprios ou títulos cambiais sem uma percuciente investigação do fato técnico-econômico que os gera.

### III — FATO TÉCNICO-ECONÔMICO GERADOR DOS TÍTULOS CAMBIAIS

Uma pessoa, física ou jurídica, nacional ou estrangeira, homem ou mulher, para adquirir um bem a prazo, depende, fundamentalmente, da confiança que o vendedor possua na sua capacidade financeira de adimplir, no vencimento, a obrigação pecuniária assumida no momento da compra, operação que pode ser sintetizada da forma seguinte: na venda a prazo, troca-se uma mercadoria atual e presente pela promessa de pagamento do preço no futuro.

Com efeito, como registrou JOÃO EUNÁPIO BORGES, a venda a prazo baseia-se na noção de crédito em que estão implícitos “os elementos confiança de quem aceita, em troca de sua mercadoria ou de seu dinheiro, a promessa de pagamento futuro” e tempo consistente no prazo que “medeia entre a prestação atual e presente e a prestação futura” (**Títulos de Crédito, Forense**, 2ª ed., p. 7 e segs.) e autoriza-nos a concluir que a troca de um valor atual, presente e certo por um valor ausente, futuro e incerto é o fato técnico-econômico gerador dos títulos de crédito próprios e, ainda, a destacar que, concluída a compra e venda a prazo, o proprietário-vendedor-credor terá em seu poder, em substituição a um bem corpóreo, a um ativo real, que integrava o seu patrimônio, um título cambial emitido pelo comprador-devedor.

Como quem vendeu a mercadoria e recebeu um documento como promessa de pagamento no futuro necessita também honrar os seus compromissos financeiros, só resta ao vendedor-credor transferir a propriedade do documento em dação em pagamento ou descontar o documento em uma instituição financeira ou realizar uma operação de faturização com uma empresa de *factoring*, transformando de imediato o documento em dinheiro para saldar suas dívidas, o que só será possível se os títulos cambiais tiverem disciplina especial.

Ademais, para que o vendedor-credor aceite receber um papel/documento/cártula/título de crédito/título cambial, emitido pelo comprador-devedor, é indispensável que o Direito Cambiário deixe patente e indiscutível que:

a) o direito não existe sem o documento no qual se materializou;

b) o direito não se transmite sem a transferência do documento;

c) o direito não pode ser exigido sem a exibição e a entrega do título ao devedor que satisfaz a obrigação nele prometida;

d) o adquirente do título não é sucessor do cedente, na relação jurídica que o liga ao devedor, mas investe-se do direito constante do título, como credor originário e autônomo, sendo-lhe inoponíveis as defesas pessoais do devedor contra os seus antecessores na propriedade do título”, conforme magistério do excelente Prof. Fábio Comparato (RT 493/37), o que só se tornou possível com a aceitação e o aperfeiçoamento dos atributos ou predicados do Direito Cambial.

#### IV — ATRIBUTOS OU PREDICADOS DO DIREITO CAMBIAL

Nascido na Idade Média como instrumento do contrato de câmbio, passa, depois, a ser ele próprio título de crédito, vivendo para circular sem os entraves e os perigos de cessão de crédito do Direito comum, cumprindo observar que o crédito, sendo a confiança em pessoa determinada, portanto personalíssimo, transformado em título, adquire a natureza de coisa ou bem móvel, passando a preponderar não o elemento pessoal mas o real, daí porque as normas devem procurar resguardar a circulação cambiária e o terceiro de boa-fé, de acordo com o princípio filosófico-jurídico da certeza e da segurança, o que só se logrará obter se o legislador, a doutrina e a jurisprudência prestigiarem os seis atributos ou predicados dos títulos cambiais:

a) **Predicado do formalismo ou do “rigor formal”**: o título deve ser criado com rigorosa e estrita observância à forma que a lei exige como condição essencial de sua validade e eficácia, o que motivou o ilustre Prof. THEÓPHILO DE AZEREDO SANTOS a ensinar que “a forma é indispensável à validade do documento” (**Manual dos Títulos de Crédito**, Pallas, 3ª ed., p. 16);

b) **Predicado da literalidade ou completude**: o título é auto-suficiente como meio de prova dos direitos cambiários, pois contém tudo o que é necessário ao exercício do direito nele contido, daí a lição de FRAN MARTINS: “vale nos títulos apenas o que neles está escrito” (**Títulos de**

**Crédito**, Forense, Forense, 5. ed., v. I, p. 19) e de SARAIVA: “o teor do título fixa a medida e os limites da responsabilidade do subscritor” (**A Cambial**, Ed. Konfino, 1947, v. I., p. 135);

c) **Predicado da independência**: é a exheração da literalidade, porquanto o título basta-se a si mesmo, sem necessidade de apelo a elementos extracartulares;

d) **Predicado da incorporação**: o direito incorpora-se ao documento, havendo JOAQUIN GARRIGUEZ esclarecido que, “quando falamos de incorporação do direito ao título, empregamos uma expressão puramente metafórica, querendo dizer que o título — como coisa corpórea — e o direito documental — como coisa incorpórea —, ainda que sejam coisas distintas, se apresentam no mundo jurídico comercial como se fora uma coisa única” (**Curso de Derecho Mercantil**, Madrid, 1976, v. I, p. 719);

e) **Predicado da autonomia**: as obrigações cambiais são autônomas e independentes umas das outras, daí porque o título é invulnerável às exceções oponíveis aos possuidores anteriores do título, o que se explica e justifica pelo fato de “o possuidor ser investido de direito próprio, originário, ficando imune às exceções oponíveis aos precedentes possuidores” (J.X. CARVALHO DE MENDONÇA, **Tratado de Direito Comercial Brasileiro**, Ed. Freitas Bastos, 1922, Livro III, Parte II, p. 55);

f) **Predicado da abstração**: a exigibilidade do título e, em consequência, o exercício do direito nele incorporado independem do negócio que lhe deu origem, impedindo que se oponha ao terceiro portador de boa-fé defesa fundada no negócio fundamental que originou a cambial ou nas diversas transmissões de que possa ter sido objeto, sendo certo que só se admite defesa fundada na causa entre partes imediatas, não se podendo suscitar discussão sobre o negócio originário em relação às partes mediatas, terceiros de boa-fé, daí a conclusão de que, enquanto a abstração diz respeito à *causa debendi*, a autonomia diz respeito às exceções pessoais dos devedores anteriores, que não podem ser opostas, quando o título entra em circulação, a terceiros possuidores de boa-fé, havendo VIVANTE explicado esses fenômenos através da teoria dualista ou bifronte, ao expor que, ao emitir-se um título de crédito, há uma única manifestação de vontade criadora de diferentes obrigações com diferentes efeitos: a primeira, dirigida ao credor imediato, seria uma declaração contratual que gera uma relação jurídica integral, uma relação jurídica contratual, com todas as suas consequências, inclusive a possibilidade de discussão da *causa debendi*; a

segunda, uma declaração cartular ou promessa unilateral, dirigida a terceiros de boa-fé, protegidos pela abstração da causa e pela autonomia das obrigações cambiais, justificando-se a duplicação e a distinção entre declaração contratual e a declaração cartular unilateral pelas exigências da circulação.

Com efeito, é inegável que a emissão da cambial pressupõe sempre uma relação fundamental, um negócio subjacente, uma causa, um mútuo consenso entre devedor e credor originários, que pode ter por objeto um contrato de compra e venda, de promessa de compra e venda, de cessão de direitos aquisitivos, de promessa de cessão de direitos aquisitivos, de mútuo feneratício, de prestação de serviços, de fornecimento etc.

Contudo, o negócio fundamental — a compra e venda, o mútuo — e o negócio abstrato — a cambial — apresentam-se em planos diferentes, independentes um do outro.

O negócio fundamental rege-se pelas regras do Direito comum. Na discussão do negócio fundamental, as partes tudo podem alegar e requerer na defesa de seu direito.

O negócio abstrato, entretanto, segue as normas do Direito Cambiário e, no debate do negócio abstrato, os litigantes sofrem sérias limitações legais na dedução de sua defesa.

Embora conexos o negócio fundamental e o abstrato, o negócio abstrato “apresenta-se como um negócio de segundo grau, que, concretamente, pressupõe um negócio causal anterior entre as mesmas partes” (ASCARELLI, **Teoria Geral dos Títulos de Crédito**, Saraiva, 1943, p. 90), o que levou FRAN MARTINS a pontificar: “a abstração relaciona-se principalmente com o negócio original, básico, subjacente, dele se desvinculando o título no momento em que é posto em circulação. Podem os títulos de crédito se originar de um ato unilateral da vontade, sem causa aparente que force o seu nascimento (emito uma letra de câmbio em meu próprio favor e com meu aceite e a faço circular, transferindo-a a terceiro que, para recebê-la, me entrega a importância nela mencionada; não houve motivo outro que justificasse a criação do título senão minha própria vontade de criar um valor que transformo em dinheiro ao transferir o título a terceiro; com essa transferência me obrigo a reembolsar, em época futura, a pessoa que me apresentar a letra); podem, também, nascer em decorrência de um negócio real (compro determinados bens e como não posso pagar agora emito uma nota promissória; houve uma causa real que me levou a emitir o título, a compra dos bens cujo pagamento não posso fazer agora

mas prometo fazer futuramente). Em qualquer circunstância, entretanto, entrado o título em circulação, o cumprimento das obrigações assumidas dele se liberta (ao me cobrar futuramente o pagamento da nota promissória não necessita o credor alegar que vendeu certos bens (negócio fundamental) mas sou forçado a pagar porque a promessa do pagamento consta do título. Na hipótese, se a pessoa a favor de quem emiti a nota promissória passa para terceiro, digamos, a um estabelecimento bancário, recebendo desse a importância mencionada no título, e nesse meio tempo, não me servindo os bens comprados, devolvo a quem me vendeu, não posso alegar essa devolução ao ser-me o título apresentado, no vencimento, pelo banco, para pagamento, pois o que vale é a obrigação de pagar que assumi ao lançar minha assinatura na promissória. As obrigações decorrentes do título, por serem abstratas, terão que ser cumpridas não se admitindo qualquer recusa baseada na causa que originou o título. E então, juntos com a abstração, serão aplicados os princípios da autonomia e da literalidade, isto é, os princípios de que as obrigações são independentes entre si e que, no título, vale tudo e somente o que nele está escrito.

A abstração do direito emergente do título significa que esse direito, ao ser formalizado o título, se desprende de sua causa, dela ficando inteiramente separado. Se o título é um documento, portanto concreto, real, o direito que ele encerra é considerado abstrato, tendo validade, assim, independentemente de sua causa” (ob. e vol. cit., p. 14/15).

Destarte, quando se diz que, pelo predicado da abstração, a cambial, independentemente da causa que motivou sua emissão, circula e passa de mão em mão sem que o seu titular necessite indagar, examinar, verificar a sua origem de que promana, o que se pretende é, embora reconhecendo a existência de um negócio subjacente, proclamar a total, completa e absoluta independência entre o negócio fundamental e a cambial.

Aliás, acentue-se, que a distinção entre autonomia e abstração foi ademais magistralmente realçada pelo saudoso Des. PAULO PINTO DA SILVA: “Abstração. O princípio da abstração, que se observa paralelamente ao da autonomia, mas que com este não se confunde, porque abstração leva à irrelevância da causa ou negócio fundamental, ao passo que a autonomia resulta na inoponibilidade das exceções pessoais e consiste na independência das obrigações entre si, o princípio da abstração impede que se oponha ao terceiro portador de boa-fé defesa fundada no negócio fundamental que deu origem à cambial ou às diversas transmissões de que ela possa ter sido objeto.

A defesa fundada na causa só se admite entre partes imediatas — as que participaram diretamente do referido negócio, — não se podendo opor, em caso algum, às partes mediatas ou terceiros portadores que de boa-fé receberam a cambial sem qualquer ingerência no vício ou defeito que porventura tenha realmente prejudicado o sacador na relação originária ou diminuído o patrimônio do endossador na convenção de que resultou a transferência do título. As exceções causais são pessoais e extracambiárias” (**Direito Cambiário**, Forense, 1948, p. 8, nº 5).

Ademais, a propósito da total, completa e absoluta independência entre a relação fundamental e a cambial, enfatiza JOÃO EUNÁPIO BORGES que, na Alemanha, “há autores — como JÚLIO ADLER — que falam ainda em grau superior, em maior intensificação da obrigação abstrata: é a obrigação *kausaloss* (destituída de causa), a qual o apelo à causa de que se originou é impossível, mesmo sob a forma de exceção. Assim, a cambial, nas mãos do tomador, seria apenas abstrata, nas mãos de terceiros, seria *kausaloss*” (ob. cit., p. 17).

Anote-se, por fim, que não é apenas em relação à letra de câmbio e à nota promissória que a causa do negócio jurídico não pode ser invocada pelo devedor, porém, também, em relação à duplicata, título eminentemente causal, porque sempre oriundo de uma compra e venda mercantil ou de um contrato de prestação de serviços, como se lê em PONTES DE MIRANDA: “Até o aceite, ou até o endosso pelo criador do título, não há relação jurídica oriunda da duplicata mercantil, como título cambiariforme; ela apenas duplica a fatura, que é o documento, unilateral, mas bilateralizável, da compra e venda. Lá está até o aceite, ou antes do aceite, prova, reproduzida, do contrato de compra e venda, que entrou no mundo jurídico e nele jaz. Também antes do aceite da letra de câmbio, nenhuma relação jurídica existe entre o sacador e sacado, que seja cambiária. A relação jurídica cambiariforme, nas duplicatas mercantis, surge com o aceite, entre vendedor-subscritor e o comprador-aceitante, ou entre aquele e o primeiro endossatário. A diferença está, portanto, em que a abstração da letra de câmbio é aparente, peculiar à sua forma; ao passo que a abstração da duplicata mercantil somente se pode dar por esvaziamento, com o endosso ou com o aceite, a despeito da aparência da concreção. A letra de câmbio já vai oca, abstrata, para o tomador ou aceitante; a duplicata mercantil, não: parte cheia, concreta, mas esvaziável” (**Tratado de Direito Privado**, RT, 3ª ed., reimpressão, Tomo XXXVI, § 4012, nº 8).

FRAN MARTINS professa idêntica idéia: “A duplicata, título causal, pois nascido sempre de uma compra e venda a prazo com a assinatura do comprador, desprende-se da causa que lhe deu origem, já que o comprador não apenas reconheceu a exatidão da mesma como a obrigação de pagá-la na época do vencimento. A obrigação torna-se, desse modo, líquida, o que dá maior segurança de recebimento não apenas ao sacador-vendedor como a qualquer outra pessoa a quem o título seja transferido” (ob. cit., v. II, p. 129).

## V — DOGMAS DO DIREITO CAMBIAL

PONTES DE MIRANDA, ao estudar a matéria, não se referiu aos predicados ou atributos do Direito Cambial, mas ao que denominou de dogmas do Direito Cambial, que, para ele, seriam a solidariedade das obrigações cambiais, a aparência do Direito e a inoponibilidade das exceções pessoais, ensinando a propósito:

a) **Dogma da solidariedade cambial:** tudo na cambial converge para um ponto, que é o pagamento, tendo o credor a faculdade de escolher um ou mais obrigados cambiais (solidariedade ordinária), que não coincide com a solidariedade do Direito comum, em que o devedor solidário, que paga, só pode haver dos demais a cota-parte de cada um. A solidariedade beneficia, também, a qualquer credor de regresso, pois o avalista ou endosatário sucessivo tem ação de regresso contra os demais (solidariedade de caução ou garantia);

b) **Dogma da aparência do Direito:** o simples fato de o possuidor deter o título dá-lhe a aparência de autêntico titular, devendo a lei protegê-lo, na esteira da teoria da aparência de JACOBI, segundo a qual a aparência é decisiva para libertar os títulos de crédito dos entraves do Direito comum, em que a aparência do direito corporificado no título ganha força com o desligamento, a desvinculação da vontade do emitente, passando os terceiros a confiarem na aparência do que nele está declarado, daí porque o interesse de quem cria o título cede diante de terceiros, que confiaram na aparência, sendo, em consequência, o título de crédito uma aparência elevada à realidade por força exclusiva da lei, tudo imposto por amor à segurança da circulação do crédito, e

c) **Dogma da inoponibilidade das exceções pessoais:** consiste no fato de a segurança do terceiro de boa-fé ser essencial na negociabilidade dos títulos de crédito, devendo a lei assegurar que a ele não se oponham as exceções próprias dos devedores anteriores, partindo do fato incontestado

de que o credor possui um direito próprio e não um direito derivado da relação jurídica originária, daí a diferença do título de crédito para a cessão de crédito (cfr. **A cambial**, p. 2 e segs.), sobrelevando, todavia, notar, por flagrante, que a qualquer portador podem ser opostas defesas fundadas em vícios formais ou falta do requisito necessário ao exercício da ação (menor incapaz emitente do título de crédito) e, ademais, que o possuidor de má-fé não é proprietário de cambial, nem, tampouco, titular de direito nele contido, conforme magistério consagrado de ASCARELLI.

## VI - AS “DEZ REGRAS DE OURO” DO DIREITO CAMBIAL

Reunindo os atributos ou predicados e os dogmas do Direito Cambial, teremos as “Dez Regras de Ouro do Direito Cambial”.

(1<sup>a</sup>) O título deve conter todos os requisitos essenciais previstos em lei para ser válido e eficaz (predicado do formalismo ou do rigor formal)<sup>1</sup>.

(2<sup>a</sup>) É decisivo exclusivamente o teor do título, pois vale o que no título está escrito (predicado da literalidade ou completude ou independência)<sup>2</sup>.

(3<sup>a</sup>) O direito incorpora-se ao título (predicado da incorporação ou cartularidade ou Direito cartular)<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> “RESP 225990/MG, Quarta Turma do STJ, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, julgado em 07/10/1999: Execução. Nota Promissória. Data de emissão. Requisito essencial. Rigor formal. Ausência. Carência da ação. Precedentes. Recurso parcialmente provido. I — Na linha de precedentes das Turmas que compõem a Seção de Direito Privado, é imprescindível constar da nota promissória a data em que foi emitida, nos termos dos arts. 75, item 6, e 76, ambos da Lei Uniforme. II — A ausência da data de emissão da nota promissória a descaracteriza como título executivo. III — O rigor formal é próprio dos títulos de crédito, conduzindo a sua inobservância à carência da ação executiva. IV — A verificação da presença ou não da data de emissão e do local de pagamento, na cártula, da ocorrência ou não de coação no momento de emissão da nota promissória e de excesso de execução, na espécie demandaria a reapreciação das provas dos autos, vedada a esta Corte, a teor do verbete nº 7 de sua súmula.” (Pesquisa, Internet, STJ, Jurisprudência).

<sup>2</sup> “RESP 2598/MG, Quarta Turma do STJ, Rel. Min. Barros Monteiro, julgado em 29/06/1990: Processo de execução. Literalidade do título cambiário. Em execução baseada unicamente no título cambiário, nota promissória, não se poderá exigir do devedor senão o adimplemento das obrigações cambiariamente assumidas. São inexigíveis, na execução, obrigações outras assumidas no contrato subjacente a emissão da cártula.” (Pesquisa, Internet, STJ, Jurisprudência).

<sup>3</sup> “MS 1017/DF, Primeira Seção do STJ, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, julgado em 24/09/1991: Direito Cambiário — Títulos da dívida agrária — Natureza jurídica. O TDA é título de crédito emitido *pro soluto*. Pelo fenômeno da incorporação, nele se materializa a própria indenização pelo desapossamento; em razão da autonomia cambial, o TDA equipara-se a bem móvel e como tal circula no comércio. Quando entrega o TDA ao expropriado, o Estado, ao tempo em que se considera exonerado pela indenização, compromete-se a resgatá-lo de qualquer portador ou endossatário que o apresente, sem indagar como ou por que se deu a transferência. Cobrar imposto do portador ou endossatário do TDA é desconhecer a teoria dos títulos de crédito e dar ensejo a que — através de deságio — a indenização se deteriore.”

(4ª) O título, ao circular, desprende-se do negócio que o originou (predicado da abstração)<sup>4</sup>.

(5ª) As obrigações cambiais são independentes umas das outras, investindo-se o titular em direito próprio (predicado da autonomia)<sup>5</sup>.

(6ª) São inoponíveis ao terceiro de boa-fé as exceções pessoais próprias dos devedores anteriores (dogma da inoponibilidade das exceções pessoais)<sup>6</sup>.

(7ª) O título é uma aparência elevada à realidade por força exclusiva da lei, tudo imposto por amor à segurança da circulação do crédito e ao terceiro de boa-fé (dogma da aparência)<sup>7</sup>.

<sup>4</sup>“O devedor pode discutir a origem da dívida, ou a *causa debendi*, quando o título ainda se encontra em poder do beneficiário originário da transação, ou de terceiro de má-fé (RT 376/208, 385/185, 461/205, 468/186, 534/185; RTJ 72/472, 73/621; RF 158/211, 169/123, 174/218, 178/196, 183/285, 188/231, 193/200, 201/88, 217/207, 231/204; JTACSP 19/62, 20/256)”. (Maximilianus Cláudio Américo Fúher, *in* **Resumo**, p. 107).

4.a. “RESP 37686/RS, Quarta Turma do STJ, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, julgado em 04/03/1997: Direitos Comercial. Títulos de Crédito. Cheque. Lei nº 7.357/1985. Abstração e autonomia. *Causa debendi*. Discussão. Em razão da abstração e da autonomia do cheque, inviável discutir, em princípio, a sua *causa debendi*, a não ser que estejam presentes sérios indícios de que a obrigação foi constituída em flagrante desrespeito ao sistema jurídico.” (Pesquisa, Internet, STJ, Jurisprudência).

<sup>5</sup> “RESP 50607/MT, Quarta Turma do STJ, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, julgado em 04/11/1999: Comercial e Processual Civil. Compra e venda imobiliária. Cheques de pagamento. Endosso a terceiro de boa-fé. Negócio subjacente. Autonomia da cártula. Reconhecimento em acórdão do STJ. Posterior rescisão do negócio imobiliário. Ação movida exclusivamente contra o contrato e a nulidade dos cheques. Inoponibilidade contra o portador dos títulos de crédito. Parte estranha à ação de rescisão. Embargos à arrematação. Improcedência. CPC, art. 746. I — Reconhecido pelo STJ, em julgamento de embargos à execução, que os cheques endossados a terceiro de boa-fé, constituam títulos autônomos em relação ao compromisso de compra e venda em que era comprador o emitente das cártulas, impossível opor-se à cobrança, que prosseguiu então, embargos à arrematação calçados em sentença proferida posteriormente à penhora, em ação de rescisão do aludido contrato. II — Errônea aplicação do art. 746 do CPC, eis que a decisão singular que desfez o compromisso e declarou nulos os cheques emitidos pelo comprador-executado, por que movida exclusivamente contra o vendedor, não tem efeito contra o exequente, portador dos cheques que não integrou a lide. III — Recurso especial conhecido e provido, para julgar improcedentes os embargos à arrematação, ressalvado o direito de regresso do recorrido contra o vendedor do imóvel, que endossou os cheques recebidos ao terceiro de boa-fé.” (Pesquisa, Internet, STJ, Jurisprudência).

<sup>6</sup> “RESP 14023/SP, Terceira Turma do STJ, Rel. Min. Eduardo Ribeiro, julgado em 25/11/1991: Cheque ao portador — Execução movimentada por terceiro a quem transferido. Inoponibilidade das exceções pessoais, salvo má-fé do portador, circunstância que, entretanto, não foi alegada nos embargos a execução”. (Pesquisa, Internet, STJ, Jurisprudência).

<sup>7</sup> “RESP 2814/MT, Quarta Turma do STJ, Rel. Min. Athos Carneiro, julgado em 19/06/1990: Execução ajuizada por portador de cheque, terceiro de boa-fé. Embargos do devedor oferecidos pelo emitente, alegando descumprimento do negócio subjacente, rejeitados pela sentença e acolhidos em segundo grau de jurisdição. O cheque é título literal e abstrato. Exceções pessoais, ligadas ao negócio subjacente, somente podem ser opostas a quem tenha participado do negócio. Endossado o cheque a terceiro de boa-fé, questões ligadas a *causa debendi* originária não podem ser manifestadas contra o terceiro legítimo

(8ª) Todos os signatários do título obrigam-se pelo pagamento (dogma da solidariedade cambial)<sup>8</sup>.

(9ª) Os predcados e os dogmas do Direito Cambial não protegem o terceiro de má-fé<sup>9</sup>.

(10ª) Não se obrigam (a) os incapazes de contrair obrigações, (b) os que foram compelidos a assinar o título, (c) os que tiveram suas assinaturas falsificadas<sup>10</sup> e sempre que a obrigação cambial tenha decorrido de vício de vontade (erro, dolo e simulação), fraude ou causa ilícita. ◆

---

8. “RESP 6268/MG, Quarta Turma do STJ, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, julgado em 15/04/1991: Processo Civil. Execução. Títulos executivos. Cambial e contrato. Cumulação. Admissibilidade. Orientação da corte. Recurso Provido. I — No sistema jurídico brasileiro, é perfeitamente admissível instruir-se a execução com mais de um título, vinculados ao mesmo negócio subjacente.” (Pesquisa, Internet, STJ, Jurisprudência).

8.a. “RESP 57966/RS, Terceira Turma do STJ, Rel. Min. Waldemar Zveiter, julgado em 17/04/1995: Civil e Comercial — Embargos a Execução - Mútuo com garantia cambiariforme — Avalistas — Solidariedade (art. 896 e 904, do CC) — Cambial — Encargos contratuais previamente pactuados. I — Consolidado na Jurisprudência do STJ o entendimento no sentido de que, se os avalistas também firmaram cláusula contratual, onde se consubstancia o princípio da solidariedade inserto nos artigos 896 e 904, do Código Civil (Instituto de Solidariedade), então se vinculam a obrigação pactuada. II — Incidência das súmulas n°s 26 e 27, do STJ. III — Recurso conhecido e, parcialmente, provido”. (Pesquisa, Internet, STJ, Jurisprudência).

9. “RESP 4730/PR, Terceira Turma do STJ, Rel. Min. Nilson Naves, julgado em 23/10/1990: Nota promissória. Execução promovida por endossatário. Origem da dívida (*causa debendi*). É lícito ao devedor discutir a origem da dívida, tanto em relação ao credor originário quanto a terceiro de má-fé, hipótese em que o acórdão local, do exame dos fatos (Súmula 7/STJ), admitiu a má-fé do portador do título. Inexistência de afronta a textos de direito cambial e dissídio não comprovado.” (Pesquisa, Internet, STJ, Jurisprudência).

10. “Não desconheço que a jurisprudência desta Corte tem criado, em certo grau, temperamentos à impossibilidade de indagação da *causa debendi*, reconhecendo ser viável, sem desnaturar-se a autonomia do título, acolher defesa fundada em erro, simulação, dolo, fraude, violência e causa ilícita ou ausente, quando o devedor seja acionado pelo credor imediato, em face do qual firmara a obrigação (RRE n° 79.361, RTJ 76/843; n° 55.047, RTJ 48/506; n° 11.733)” (RE - 113.579, DJ. 11.3.88, Rel. Min. Octávio Gallotti).

# ARRENDAMENTO RESIDENCIAL

JOAQUIM ANTÔNIO VIZEU PENALVA SANTOS

*Desembargador aposentado TJ/RJ*

A Medida Provisória nº 1.823-2, de 24 de junho de 1999, reeditada, sem alterações, pela Medida Provisória nº 1.944-9 de 9.12.1999 (que cria o programa de arrendamento residencial com opção de compra e dá outras providências) dispôs no seu art. 6º: “Considera-se **arrendamento residencial** a operação realizada no âmbito do Programa instituído nesta Medida Provisória, que tenha por objeto o arrendamento com opção de compra de bens imóveis adquiridos para esse fim específico”.

Estatui o parágrafo único do referido artigo 6º que, atendidos os requisitos estabelecidos pelo Ministério da Fazenda e pela Secretaria de Estado de Desenvolvimento Urbano, seja o arrendatário a pessoa física, excluída, portanto, a pessoa jurídica do arrendamento residencial.

As principais cláusulas contidas no contrato de arrendamento residencial, segundo disposição contida no art. 70, são:

- I - o prazo do contrato;
- II- o valor da contraprestação e critérios de atualização;
- III- a opção de compra;
- IV- o preço para opção ou critério para sua fixação.

Nos termos do disposto no parágrafo único do referido artigo 7º, as condições estabelecidas no *caput* deste artigo devem observar as diretrizes fixadas pelo Ministério da Fazenda e pela Secretaria de Estado de Desenvolvimento Urbano.

*Ex vi* do art. 8º: “o contrato de aquisição de imóveis pelo arrendador, bem como o da transferência do direito de propriedade ao arrendatário, serão celebrados por instrumento particular com força de escritura pública e registrada no Cartório de Registro de Imóveis competente.”

Na forma do art. 9º, na hipótese de inadimplemento no arrendamento, findo o prazo da notificação ou interpelação sem pagamento dos encargos em atraso, fica configurado o esbulho possessório que autoriza o arrendador a propor a competente ação de reintegração de posse.

Nos termos do capitulado no art. 10, “aplica-se ao arrendamento residencial, no que couber, a legislação pertinente ao arrendamento mercantil”.

Foram, pelo art. 11, “convalidados os atos praticados na Medida Provisória nº 1.823-1 de 27 de maio de 1999”.

A vigência da Medida Provisória foi considerada a partir da data da sua publicação, isto é, o dia 25 de junho de 1999.

## **1. INTERPRETAÇÃO DA MEDIDA PROVISÓRIA Nº 1.832-2 DE 24 DE JUNHO DE 1999**

A referida Medida Provisória institui o *leasing* residencial ou arrendamento residencial, cujos elementos essenciais são, a saber:

1º) A cessão onerosa de bem imóvel, relacionado entre aqueles referidos no Programa citado nesta Medida Provisória, cuja gestora é a Caixa Econômica Federal, sendo os recursos destinados ao citado Programa, de acordo com critérios técnicos a serem observados na aquisição e no arrendamento com opção de compra dos imóveis referidos no Programa.

2º) A hipótese mais comum é aquela em que a CEF, procurada pelo pretendente à aquisição do imóvel a ser arrendado, adquirido com recursos do fundo financeiro citado nos art. 2º e 4º, item I, expedidos os atos necessários à operacionalização do Programa (item III do art. 4º), promove a celebração do contrato de arrendamento residencial, representando a CEF o arrendador ativa e passivamente, judicial e extrajudicialmente (item VI do art. 4º da citada Medida Provisória).

Em seguida, promoverá a CEF o registro dos imóveis adquiridos no Cartório do Registro de Imóveis em nome do arrendador, o que feito, celebra-se o contrato de arrendamento residencial.

## **2. REQUISITOS DO CONTRATO DE ARRENDAMENTO RESIDENCIAL**

Na cessão onerosa do imóvel feita pelo arrendador ao arrendatário, corresponde a contraprestação ao pagamento do seu valor de uso (que, em locação, chamar-se-ia aluguel), acrescido da amortização do valor residual, a parcela do preço da coisa no curso do contrato, devidamente atualizado, conforme dispõe o inciso II do art. 7º.

O contrato de arrendamento residencial deve fixar determinado prazo, findo o qual será permitido ao arrendatário exercer a **opção de compra**.

O inciso III do art. 7 da Medida Provisória nº 1.823-2 de 24/6/1999 menciona apenas a expressão opção de compra a ser exercitada pelo arrendatário, que, a nosso ver, tem caráter tríplice.

A primeira opção de compra possibilita ao arrendatário adquirir o imóvel no prazo fixado no contrato; a segunda opção representa a possibilidade de o arrendatário prosseguir no arrendamento; e a terceira opção permite que o arrendatário logre a resilição unilateral do contrato.

O argumento mais correto para a possibilidade de adoção das duas últimas opções está na própria natureza do arrendamento mercantil, cuja legislação vigente é mandada aplicar por força do art. 10 da Medida Provisória referida, vale dizer, as Leis nºs 6.099 de 1974, 7.132 de 1983 e a Resolução do Banco Central nº 2.309 de 1996.

Por essa razão, entendemos estarem compreendidas no item II do art. 7º as duas últimas opções acima mencionadas.

### **3. QUESTÃO RELATIVA AO ARRENDAMENTO MERCANTIL DE BENS IMÓVEIS**

Em nosso trabalho denominado “Arrendamento mercantil – *Leasing*”, na obra **Direito Comercial - Estudos**, ed. Forense, 1991, p. 4, mostramos que a Resolução nº 351 de 1975 já tratava do arrendamento mercantil de imóveis.

Na prática, admitiam-se duas modalidades: o puro arrendamento mercantil imobiliário e o *lease back* imobiliário, o qual foi utilizado em alguns casos de condomínio e no ramo de hotelaria.

No *lease back*, o futuro arrendatário é originariamente o proprietário do imóvel a ser vendido à arrendadora, a qual, por sua vez, arrenda o bem de volta àquele.

Na p. 35, citamos o caso de fábrica obsoleta, à qual o arrendador acrescenta novos equipamentos ou máquinas, para, posteriormente, arrendá-la ao arrendatário, ou quando se constrói um hotel ou um edifício de apartamentos no terreno dado em arrendamento.

O importante é que, no *lease back* imobiliário, se pressupõe a exploração do imóvel com transferência prévia de sua propriedade e posterior arrendamento feito ao arrendatário.

No *leasing imobiliário stricto sensu*, o elemento venda como pressuposto do arrendamento não se apresenta, pois a arrendadora é sempre a proprietária do imóvel.

Por tais fundamentos, não vemos obstáculos à adoção do *lease back* à figura prevista na Medida Provisória em exame, por força da aplicação da legislação geral sobre o *leasing* (Art. 10).

Conviria, entretanto, que o Congresso Nacional acrescentasse ao texto da lei a figura do *lease back*.

#### **4. PROBLEMA DO REGISTRO DO ARRENDAMENTO IMOBILIÁRIO**

No trabalho mencionado, demonstramos que, no arrendamento imobiliário, o imóvel encontra-se registrado no Registro de Imóveis em nome do arrendador, até a efetivação da opção de compra, caso esta se verifique; nas demais opções o registro continua em nome do arrendador, o proprietário do imóvel.

No mesmo trabalho (p. 35), enfatizamos a necessidade da averbação do nome do arrendatário à margem do registro, à vista da eficácia real resultante da opção irrevogável de compra, pois o seu exercício representará *ipso facto* a transferência do domínio ao arrendatário.

Suponha-se que um terceiro, por inadvertência ou má-fé, compre diretamente da arrendadora o imóvel arrendado, com opção de compra já exercida pela arrendatária.

Se o terceiro – comprador – levar a registro a sua escritura de compra, como poderá o arrendatário efetuar o registro do imóvel em seu nome, mesmo depois de provado o exercício da opção de compra?

Será necessária a desconstituição do primeiro registro.

Mais grave se torna a situação, se o terceiro revendeu o imóvel a outra pessoa.

#### **5. O ARRENDAMENTO RESIDENCIAL E A LOCAÇÃO**

O disposto no art. 37 da Lei nº 9.514 de 20 de novembro de 1997 estatuiu que: “Às operações de arrendamento mercantil de imóveis não se aplica a legislação pertinente a locação de imóveis residenciais, não residenciais ou comerciais”.

Isto posto, se o contrato contiver as cláusulas referidas no art. 7º da Medida Provisória, impossível será a sua confusão com a locação, designadamente a locação residencial.

No caso presente supõe-se tratar de *leasing financeiro*, mediante a intervenção direta da CEF na operação, desde que o contrato de arrendamento residencial contenha as cláusulas do art. 7º da Medida Provisória.

No que concerne ao subcontrato, ocorreria, no caso em exame, o subarrendamento, admitido na legislação vigente e, não a sublocação.

## **6. CÁLCULO DO VALOR RESIDUAL**

O problema do valor residual certamente será resolvido pelo Governo, contudo convém esclarecer-se que, em se tratando de bem imóvel, cuja depreciação é praticamente nenhuma, por ser um bem de raiz, difícil se torna o cálculo desse valor residual.

Caso o contrato não obedeça às regras do arrendamento mercantil em geral, e, particularmente, do arrendamento residencial, sobretudo no que toca ao prazo de pagamento ou na ausência da opção, o art. 10 da Lei nº 6.099 de 1974 determina se apliquem as regras da venda à prestação .

Há quem pense, aliás, que o prazo do arrendamento residencial deva ser relativamente longo, a permitir a amortização do preço do imóvel juntamente com o valor de uso, havendo, ainda a questão do fluxo de caixa, a ser estudada convenientemente.

Não se pode esquecer a possibilidade de existência de fraude com base nas leis de locação.

A propósito, o V. Acórdão do Segundo Tribunal de Alçada Cível de São Paulo na Apelação Cível nº 521708-00/0, com data de 23.09.1998, publicado no DJSP e divulgado no Boletim de Direito Imobiliário do Diário das Leis nº 19, de julho de 1999, ps. 15/17, cujo Relator foi o eminente Juiz Adail Moreira, examinou interessante caso de ação possessória com pedido de liminar, ajuizada com base em um contrato de arrendamento mercantil celebrado em 19.7.1995 pelo prazo de seis meses.

Entendeu o preclaro Relator, na verdade, tratar-se de contrato de locação, arrimado no art. 45 da Lei nº 8.245 de 1991, segundo o qual “são nulas de pleno direito as cláusulas do contrato de locação que visem aos objetivos da presente lei, notadamente as que proíbam a prorrogação prevista no art. 47, ou que afastem o direito à renovação, na hipótese do art. 51 ou que imponham obrigações pecuniárias para tanto”.

O Aresto, baseado em indiscutível matéria de fato, com alicerce na melhor doutrina, demonstrou não se cuidar de caso de arrendamento mercantil, por inaplicáveis as disposições da Lei nº 6.099, alterada pela Lei nº 7.132 de 1983.

Inferiu, destarte, o Acórdão pela existência de fraude notória, porquanto o locador pretendia lograr a retirada indevida do locatário do imóvel,

pela via da ação possessória, incabível na hipótese, pois, tanto o *nomen iuris*, quanto a própria substância do contrato diziam respeito à locação.

Convém citar o trecho do Acórdão, *in verbis*:

“2.5. Verifica-se, assim, que a presente Ação de Reintegração de Posse é inadequada e o pedido de ‘liminar’ (fls.3), que foi deferido às fls. 3 era, absolutamente, descabido, pela sua impossibilidade jurídica.”

Do exame do citado Acórdão chega-se à conclusão de que o contrato de locação não se confunde com o arrendamento mercantil de imóvel, agora regulado na Medida Provisória em estudo, tanto mais quando incabível, como assinalou a sábia Decisão anotada, a ação de reintegração de posse com pedido liminar.

Outro ponto a destacar é a necessidade de pagamento do imposto de transmissão após o exercício de opção, quando o domínio do imóvel se transfere por inteiro para o arrendatário.

Há, ainda, a ressaltar estar o arrendatário, via de regra, a se comportar como proprietário do imóvel, no que diz respeito às suas despesas, à manutenção e aos riscos, posto que a sua propriedade ainda se encontre em nome do arrendador.

O art. 9º da Medida Provisória em exame estabelece que: “no caso de inadimplemento no arrendamento, findo o prazo de notificação ou interpelação, sem pagamento dos encargos em atraso, fica configurado o esbulho possessório que autoriza o arrendador a propor a competente ação de reintegração de posse”.

Daí se extrai a conclusão de que, interpelado a arrendatário, caracterizado o seu inadimplemento, a lei assegura ao arrendador a propositura da ação de reintegração de posse com liminar, sem audiência do réu, no início da lide.

A ação de reintegração de posse não nos parece a mais adequada, em razão de seu âmbito restrito à discussão da posse, quando a *quaestio iuris* nesses assuntos geralmente envolve direitos resultantes do contrato, v.g., o direito de opção na hipótese de o arrendatário já tê-lo exercitado, insuscetíveis de apreciação no restrito âmbito da possessória, sobretudo mediante concessão de liminar *inaudita altera parte, initio litis*.

Mais certo seria a utilização da ação de resolução de pleno direito do contrato.

## **7. O ARRENDAMENTO RESIDENCIAL E O CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR**

Prevê o art. 53 do Código de Defesa do Consumidor a nulidade de pleno direito das cláusulas que estabeleçam a perda total das prestações em benefício do credor que, em razão do inadimplemento, pleiteie a resolução do contrato e a retomada do produto alienado nos casos de compra e venda de móveis e imóveis a prestações e na alienação fiduciária em garantia.

A disposição não cogita do arrendamento mercantil e do próprio arrendamento residencial.

Nada impediria, contudo, de o Código de Defesa do Consumidor, à guisa de sugestão, incluir na redação do seu art. 53, sobretudo o arrendamento residencial.

Duas razões levam a essa conclusão: a primeira, em sendo o arrendatário pessoa física e a segunda, por se tratar, via de regra, de pessoas despidas de recursos, as quais fariam jus à devolução das quantias pagas, no caso de inadimplemento, por simetria com as hipóteses do art. 53 do Código de Defesa do Consumidor.

Essas são algumas idéias a respeito da Medida Provisória nº 1.823-2 de 24 junho de 1999 sobre o interessante instituto do arrendamento residencial, cuja aplicação poderá trazer benefícios a futuros arrendatários de imóveis, máxime no âmbito do Sistema Nacional de Habitação. ◆

# O CÓDIGO DO CONSUMIDOR E OS CONTRATOS FINANCEIROS COM CLÁUSULA DE REAJUSTE PELA VARIAÇÃO CAMBIAL DO DÓLAR

**SERGIO CAVALIERI FILHO**

*Desembargador do TJ/RJ e Professor da Universidade Estácio de Sá*

## **I. A QUEDA DO REAL – ÚLTIMA VERSÃO DE UM VELHO FILME**

Lamentavelmente, já vimos esse filme inúmeras vezes nestes últimos quinze anos. A cada novo malogro dos mirabolantes planos econômicos engendrados pelos nossos magos da economia, a Justiça brasileira é inundada por enchurradas de novas ações. A última versão desse velho e deplorável filme foi editada pela queda do real. Milhares de pessoas tiveram frustrado o seu sonho de consumo porque acreditaram na estabilidade da política econômica, que, na verdade, não passou de mais um engodo eleitoreiro. Vencidas as eleições de outubro/98, menos de dois meses depois o dólar subiu para patamares astronômicos.

Todos os brasileiros sofreram e ainda sofrem as trágicas conseqüências da desvalorização do real – alta imediata dos combustíveis e remédios, elevação gradativa dos preços de todos os demais produtos e serviços, volta da inflação, empobrecimento geral. A mais imediata conseqüência, porém, abateu-se sobre grande faixa da população, notadamente da classe média, que havia celebrado contrato de financiamento de produtos com cláusula de reajuste atrelado ao dólar. No dia seguinte ao da queda do real o valor da prestação quase que duplicou, outro caminho não restando para as vítimas do “neoliberalismo” e da “globalização econômica” senão aquele de buscar a Justiça.

Como enfrentar essa questão? Terá o Judiciário os instrumentos jurídicos adequados para fazer a necessária justiça? Bancos e financeiras oferecem tenaz resistência às ações de revisão dos contratos financeiros com base no direito tradicional concebido à luz de princípios romanísticos – a

autonomia da vontade, a liberdade de contratar, o *pacta sunt servanda* e assim por diante. Creio, todavia, ter chegado o momento do Judiciário aplicar o novo direito editado no Código do Consumidor para todas as relações de consumo, direito esse que foi erigido justamente porque o direito tradicional estava envelhecido e ultrapassado.

Após a vigência do CDC nenhum juiz pode decidir qualquer questão sem antes verificar se está ou não em face de uma relação de consumo. E relação de consumo é aquela que tem numa ponta um fornecedor, cujo conceito está no art. 3º do CDC, na outra ponta o consumidor (art. 2º), e por objeto o fornecimento de um produto ou serviço. Caracterizada a relação de consumo, terá o juiz que aplicar a disciplina do CDC, mesmo porque as suas normas são de ordem pública e interesse social (art.1º), vale dizer, de observância necessária.

Creio, ainda, ter chegado o momento de nos lembrarmos que o Código do Consumidor veio à lume justamente para dotar o Judiciário com os instrumentos jurídicos adequados para fazer a necessária justiça em situações como esta que atualmente vivenciamos; que o Código foi editado para cumprir uma determinação constitucional – promover a defesa do consumidor (art. 5º, XXXII), restabelecer o equilíbrio e a igualdade nas relações de consumo profundamente abaladas pelo descompasso entre o social e o jurídico (CDC art. 8, III). Em outras palavras, a vulnerabilidade do consumidor é a própria razão de ser do nosso Código do Consumidor; ele existe porque o consumidor está em posição de desvantagem técnica e jurídica em face do fornecedor. E foi justamente em razão dessa vulnerabilidade que 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 integram. Ainda em razão dessa vulnerabilidade, o Estado passou a intervir no mercado de consumo ora controlando preços e vedando cláusulas abusivas, ora impondo o conteúdo de outras e, em certos casos, até obrigando a contratar como no caso dos serviços públicos. Ao juiz foram outorgados poderes especiais, não usuais no direito tradicional, que lhe permitem, por exemplo, inverter o ônus da prova em favor do consumidor, desconsiderar a pessoa jurídica, nulificar de ofício as cláusulas abusivas, presumir a responsabilidade do fornecedor até prova em contrário, e assim por diante.

O que se busca através dessas novas regras e princípios, repita-se, é o restabelecimento do equilíbrio nas relações de consumo. Não sendo possível colocar milhões de consumidores em uma sala de aula para que tomem conhecimento dos seus direitos, o Código estende sobre todos uma espécie de manto jurídico protetor para compensar a sua vulnerabilidade. Aí está, em síntese, a finalidade do CDC.

## II. INCIDÊNCIA DO CDC NOS CONTRATOS DE FINANCIAMENTO

Feitas estas rápidas considerações acerca do Código do Consumidor e sua finalidade, parece-me que o passo seguinte é saber se os contratos de financiamento em geral configuram ou não contratos de consumo e, como tais, se estão sujeitos à disciplina do Código do Consumidor. Entendo não ser possível negar essa sujeição tendo em vista que o referido diploma legal, em seu art. 3º, § 2º, incluiu expressamente a **atividade financeira** no conceito de serviço. Tratando-se, como se trata, de conceito legal, não há como excluir as instituições financeiras da incidência do Código do Consumidor. O que se pode discutir quanto às operações financeiras é se o outro contratante é ou não consumidor, o que também não faz sentido na espécie em exame em face do conceito legal de consumidor, constante do artigo 2º do mesmo diploma legal.

No artigo 52 o Código ratifica os termos do art. 3, § 2º, ao se referir à **outorga de crédito ou concessão de financiamento ao consumidor**, determinando expressamente **que o preço do produto ou serviço seja em moeda corrente nacional**. Ao assim fazer, o Código afastou qualquer dúvida quanto à sua incidência em todos os contratos que envolvem crédito ao consumidor, tais como mútuo, abertura de crédito rotativo, cartas de crédito, financiamento para aquisição de produto durável por alienação fiduciária, reserva de domínio, arrendamento mercantil, enfim, não só nos contratos bancários mas também nos celebrados entre o consumidor e instituição **financeira tout court**.

Baseada nas distinções clássicas feitas pela economia entre consumo, poupança e investimentos, e, ainda, entre produção e consumo, parte da doutrina sustenta que o CDC é inaplicável à maior porção da atividade bancária – empréstimos, financiamentos, poupança, investimentos etc. – porque o dinheiro e o crédito não constituem produtos adquiridos ou usados pelo destinatário final, sendo ao contrário instrumentos ou meios de pagamento, que circulam na sociedade e em relação aos quais não há destinatário final

– a não ser os colecionadores de moedas e o Banco Central quando retira a moeda de circulação (Arnold Wald, “O direito do consumidor e suas repercussões em relação às instituições financeiras”, **RT** 6667/17).

Não obstante o respeito que merecem os que assim sustentam, não cabe aqui invocar conceitos da economia, nem buscar o sentido do vocábulo **consumidor** nos dicionários ou em vetustos institutos do Código Civil, porque o Código do Consumidor, como já visto, tem conceito próprio, segundo o qual **consumidor não é quem consome**, mas sim quem **adquire** ou **utiliza** produtos ou serviços como destinatário final. Esse conceito legal, vale dizer, interpretação autêntica, é vinculativo para o intérprete, sendo-lhe vedado buscar outra inteligência para a norma que não seja aquela nela própria estabelecida.

**Utilizar**, afirmamos em outra oportunidade, não significa apenas gastar, extinguir, destruir, consumir, mas também usar, utilizar, fruir, sem implicar em necessária destruição da própria substância do bem. Importa então em dizer que haverá relação de consumo não só quando produtos e serviços são consumidos, mas também quando deles usufrui o consumidor como destinatário final; não só quando o consumidor compra gêneros alimentícios e medicamentos para si e sua família, mas também quando adquire livros, eletrodomésticos, móveis, veículos, imóveis e outros bens duráveis como destinatário final. Mesmo no caso de aluguel de bens imperecíveis, haverá relação de consumo.

José Augusto Delgado, professor de Direito Público e eminente Ministro do Superior Tribunal de Justiça, após examinar minuciosamente todos os argumentos da corrente que defende a inaplicabilidade do CDC às atividades financeiras e bancárias, faz a seguinte afirmação: “Não me permito empregar qualquer interpretação restritiva aos dispositivos legais que compõem o Código de Proteção ao Consumidor, pelo fato de que ele tem por finalidade tornar efetiva uma garantia constitucional. A expressão *natureza bancária, financeira e de crédito* contida no § 2º, do art. 3º, não comporta que se afirme referir-se, apenas, a determinadas operações de crédito ao consumidor. Se a vontade do legislador fosse essa, ele teria explicitamente feito a restrição, que, se existisse, daria ensejo a se analisar da sua ruptura com os ditames da Carta Magna sobre o tema” (“Interpretação dos Contratos Regulados pelo Código de Proteção ao Consumidor”, **Informativo Jurídico da Biblioteca Ministro Oscar Saraiva**, v.8, n.2, 1996, p.109).

Em artigo publicado na **Revista dos Tribunais** – “Conceitos fundamentais do Código de Defesa do Consumidor” –, Adalberto Pasqualotto colocou com felicidade a questão: “Embora o dinheiro, em si mesmo, não seja objeto de consumo, ao funcionar como elemento de troca a moeda adquire a natureza de bem de consumo. As operações de crédito ao consumidor são negócios de consumo por conexão, compreendendo-se nessa classificação todos os meios de pagamento em que ocorre diferimento da prestação monetária, como cartões de crédito, cheques-presentes etc.” (RT 666/53).

No mesmo sentido Nelson Nery Júnior, um dos autores do anteprojeto: “Analisando o problema da classificação do banco como empresa e de sua atividade negocial, tem-se que é considerado pelo art. 3º, *caput*, do CDC, como fornecedor, vale dizer, como um dos sujeitos da relação de consumo. **O produto da atividade negocial do banco é o crédito**; agem os bancos, ainda, na qualidade de prestadores de serviço quando recebem tributos mesmo de não clientes, fornecem extratos de contas bancárias por meio de computador etc. Podem os bancos, ainda, celebrar contrato de aluguel de cofre, para a guarda de valores, igualmente enquadrável no conceito de relação de consumo. **Suas atividades envolvem, pois, os dois objetos das relações de consumo: os produtos e os serviços.**”

“O aspecto central da problemática da consideração das atividades bancárias como sendo relações jurídicas de consumo reside na **finalidade** dos contratos realizados com os bancos. Havendo a outorga do dinheiro ou do crédito para que o devedor o utilize **como destinatário final**, há a relação de consumo que enseja a aplicação dos dispositivos do CDC. Caso o devedor tome dinheiro ou crédito emprestado do banco para repassá-lo, não será destinatário final e portanto não há que se falar em relação de consumo. Como as regras normais de experiência nos dão conta de que, a pessoa física que empresta dinheiro ou toma crédito de banco o faz para sua utilização pessoal, como destinatário final, existe aqui presunção *hominis, juris tantum*, de que se trata de relação de consumo, quer dizer, de que o dinheiro será destinado ao consumo. O ônus de provar o contrário, ou seja, que o dinheiro ou crédito tomado pela pessoa física não foi destinado ao uso final do devedor, é do banco, quer porque se trata de presunção a favor do mutuário ou creditado, quer porque poderá incidir o art. 6º, nº VIII, do CDC, com a inversão do ônus da prova a favor do consumidor.”

“O Código de Defesa do Consumidor evidentemente conferiu regime jurídico próprio aos produtos, que chamou de qualquer bem, móvel ou

imóvel, material ou imaterial (art. 3º, § 1º), noção muito mais abrangente que a de bem e a de coisa, do Código Civil. O crédito seria um bem imaterial dado ao consumidor em decorrência do conceito que goza na praça, da confiança que o banco nele deposita, em virtude, ainda, da suficiência de seu patrimônio para garantir eventual empréstimo” (**Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado pelo Autores do Anteprojeto**, 2ª ed., Forense, p. 304, 305 e 308).

Como se vê, qualquer que seja o ângulo pelo qual se examine a questão – quer como produto, quer como serviço -, não há fundamento jurídico que permita afastar a aplicação do Código do Consumidor das operações de crédito. As financeiras, assim como os bancos, são empresas comerciais que captam recursos no mercado financeiro para os redistribuir em operações de crédito. O produto da atividade das instituições financeiras é o dinheiro e o crédito conferido ao cliente para ser utilizado no consumo de produtos e serviços. Só não haverá relação de consumo caso o devedor tome o dinheiro para repassá-lo.

### **III. PRINCÍPIOS DO CÓDIGO DO CONSUMIDOR APLICÁVEIS AOS CONTRATOS FINANCEIROS**

Assentada a incidência do Código do Consumidor nos contratos financeiros, cumpre agora saber se a cláusula de reajuste pela variação cambial do dólar se harmoniza ou não com os princípios básicos daquele diploma legal. Entre tais princípios merecem destaque os da transparência, da confiança e o da boa-fé objetiva – verdadeiras cláusulas gerais.

**Transparência** indica, em última instância, o dever que tem o fornecedor de prestar informações claras, precisas e objetivas sobre o contrato e seus efeitos – direitos, obrigações, restrições etc. Vamos encontrar esse princípio repetido em vários dispositivos do CDC – art. 6, III, 31, 54, § 3º. Isso está a evidenciar que nos contratos de consumo não cabem subterfúgios, o antigo *dolus bonus*. O sim deve ser sim e o não, não.

Neste ponto o Código do Consumidor inverteu os papéis. Antes era o consumidor que tinha que correr em busca da informação. Ao comprar um carro usado em uma agência tinha que virá-lo do avesso para não ser enganado. Antes de fazer um contrato de seguro tinha que procurar saber tudo a seu respeito para não ser surpreendido; tinha até que procurar conhecer as cláusulas gerais arquivadas lá em um Cartório de Ofícios em Chapecó.

Hoje, os papéis se inverteram, e é o fornecedor que tem o dever de informar, dever esse que persiste não só na fase pré-contratual, quando as informações são fundamentais para a decisão do consumidor, mas até na fase pós-contratual, como se vê do art.10, § 1º do CDC.

A violação desse dever de informar importa em **ineficácia** do contrato ou cláusula contratual – e não em nulidade que poderia ser prejudicial ao consumidor -, consoante artigo 46 do CDC. Lembro, ainda, que a publicidade enganosa ou fraudulenta é expressamente vedada no art. 37 do CDC porque importa em violação do princípio da **transparência**.

Ora, a simples leitura dos contratos de financiamento que chegam ao Judiciário basta para revelar que nem mesmo o profissional do direito tem condições de assimilar, num primeiro exame, a complexidade dos negócios jurídicos neles contidos. São contratos de adesão impressos, contendo cláusulas padrões complexas, redigidas sem as exigências estabelecidas no art. 54, § 3º do CDC. Como então admitir tenha tido o consumidor pleno conhecimento do negócio que realizou? À toda evidência, não tem o consumidor a menor noção do que seja assumir uma dívida em dólar. Não tem condições de entender que, ao comprar um carro financiado numa agência no Rio de Janeiro, está assumindo a mesma obrigação de alguém que o tivesse comprado em Nova Iorque, ou ainda pior, porque lá as taxas de juros são mais justas.

Destarte, a menos que o financiador prove ter dado ao consumidor todos os esclarecimentos necessários sobre os riscos e conseqüências de concordar com uma prestação corrigida pela variação cambial do dólar, a cláusula que a estabeleceu deve ser considerada como não escrita por violação do princípio da transparência, consoante o já citado artigo 46 do CDC que diz: “Os contratos (ou cláusulas) que regulam as relações de consumo **não obrigam** os consumidores, se não lhes for dada a oportunidade de tomar conhecimento prévio de seu conteúdo, **ou se os respectivos instrumentos forem redigidos de modo a dificultar a compreensão de seu sentido e alcance.**”

**Confiança**, por seu turno, está intimamente ligado ao princípio da transparência, e consiste na credibilidade que o consumidor deposita no vínculo contratual como instrumento adequado para alcançar os fins que razoavelmente dele se espera. Esse princípio prestigia as legítimas expectativas do consumidor no contrato. Quem compra um carro financiado tem a legítima expectativa de que as bases contratuais do negócio não serão alte-

radas no curso do contrato e, assim, continuará tendo condições de pagar as prestações até o final do financiamento. A cláusula de reajuste pela variação do dólar frustrou essa legítima expectativa, violou o princípio da confiança, funcionou como verdadeira cláusula surpresa, pelo que não pode prevalecer. O consumidor que viu e ouviu o Sr. Presidente da República prometer repetidamente, pela televisão, rádio e jornais, que o real continuaria estável, não pode ser frustrado em sua confiança e credibilidade. Não é o caso dos bancos e instituições financeiras, porquanto, além de conhecerem as regras desse mercado, nelas influenciam fazendo o câmbio flutuar, pelo que sabiam muito bem dos riscos do seu negócio. Tanto é assim que muitas empresas tinham até seguro contra uma eventual subida do dólar.

Por fim, o princípio da **boa-fé objetiva**, um dos mais importantes princípios do direito revitalizado e consagrado pelo CDC em seu artigo 4º, III, como princípio orientador da interpretação, e em seu art. 51, IV, como cláusula geral de conduta. Boa-fé objetiva, na precisa lição da douta Cláudia Lima Marques, significa uma atuação refletida, pensando no parceiro contratual, respeitando seus interesses legítimos, suas expectativas razoáveis, seus direitos, agindo com lealdade, sem abuso, sem obstrução, sem causar lesão ou desvantagem excessiva, cooperando para atingir o bom fim das obrigações (Contratos no Código de Defesa do Consumidor, RT, 3ª ed., p.107). É comportamento ético, padrão de conduta, tomado como paradigma o homem honrado, leal e honesto. Ainda pela ótica da eminente autora, a boa-fé objetiva possui uma dupla função na formação e na execução das obrigações: é fonte de novos deveres especiais de conduta durante o vínculo contratual, os chamados deveres anexos, e é causa limitadora do exercício, antes lícito, hoje abusivo, dos direitos subjetivos (Ob. cit., p.106).

Em outras palavras, o contrato não envolve apenas a obrigação de prestar; envolve também obrigação de conduta ética antes, durante e após a sua celebração. Esses deveres de conduta, que acompanham as relações contratuais de consumo, são os denominados deveres anexos.

Em suma, a boa-fé objetiva impõe um comportamento jurídico de lealdade e cooperação nos contratos, uma atitude de lealdade legitimamente esperada nas relações de consumo. A cláusula de reajuste pela variação do dólar viola também o princípio da boa-fé objetiva, porque o financiador, através dela, procura transferir para o consumidor os riscos do seu negócio, riscos que lhe eram conhecidos.

Não atua com a lealdade devida e esperada o fornecedor que, prevalecendo-se de sua superioridade técnica e jurídica, lança sobre os ombros do consumidor todas as conseqüências da eventual desvalorização do real, conseqüências essas que não lhe eram desconhecidas, tanto assim que delas procurou se livrar.

O eminente Ministro Ruy Rosado, um dos mais ilustres membros da nossa Corte Superior de Justiça, em palestra proferida para os magistrados fluminenses, fez as seguintes considerações a respeito da relação entre a ordem econômica e a boa-fé.

“A boa-fé não é apenas um conceito ético, mas também econômico, ligado à **funcionalidade econômica do contrato e a serviço da finalidade econômico-social que o contrato persegue**. São dois os lados, ambos iluminados pela boa-fé: **externamente, o contrato assume uma função social** e é visto como um dos fenômenos integrantes da ordem econômica, nesse contexto visualizado como um fator submetido aos princípios constitucionais de justiça social, solidariedade, livre concorrência, liberdade de iniciativa etc., que fornecem os fundamentos para uma intervenção no âmbito da autonomia contratual; **internamente**, o contrato aparece como o vínculo funcional que estabelece uma planificação econômica entre as partes, **às quais incumbe comportar-se de modo a garantir a realização dos seus fins e a plena satisfação das expectativas dos participantes do negócio**. O art. 4º do Código se dirige para o aspecto externo e quer que a intervenção na economia contratual, para a harmonização dos interesses, se dê com base na boa-fé, isto é, com a superação dos interesses egoísticos das partes e com a salvaguarda dos princípios constitucionais sobre a ordem econômica através de comportamento fundado na lealdade e na confiança. Essa **intervenção na economia do contrato**, quando se dá por força da boa-fé, significará uma modificação na planificação acordada entre as partes, alterando a relação custo-benefício.”

#### IV. TEORIA DO ROMPIMENTO DA BASE NEGOCIAL

Se não bastasse a violação de todos esses princípios para justificar a ineficácia da cláusula em exame, teríamos ainda a teoria do rompimento da base negocial, expressamente acolhida no artigo 6º, V, do CDC, que nada mais é que uma conseqüência do princípio da boa-fé objetiva. Permite-se ali a “revisão das cláusulas contratuais em razão de **fatos supervenientes** que as tornem excessivamente onerosas.” Não se trata da clássica teoria

da imprevisão, na qual, como o próprio nome indica, a **imprevisibilidade** é indispensável, requisito subjetivo e de difícil configuração posto que a capacidade de previsão varia de pessoa para pessoa, mas sim da teoria do rompimento da base negocial, que lida com elementos objetivos. A base negocial é o conjunto de circunstâncias existentes no momento da formação do contrato e que permitem às partes contratantes terem presente a sua viabilidade econômica. Rompe-se a base negocial sempre que modificação das circunstâncias presentes na formação do contrato inviabilizar a sua finalidade.

Como se vê, não mais se perquire, como na teoria da imprevisão, sobre a previsibilidade ou não do fato econômico superveniente. O fato pode até ser previsível mas não é esperado.

Pois bem, a questão da desvalorização do real frente ao dólar é, sem dúvida, típico caso de rompimento da base do negócio jurídico. Embora previsível, foi um fato superveniente não esperado pelo consumidor em face das constantes promessas do Governo no sentido de não alterar a política cambial, fato esse que alterou as bases negociais de tal forma que acarretou a deterioração do vínculo obrigacional. Esse fato previsível, mas não esperado, situa-se na área do risco inerente a qualquer atividade negocial, não podendo ser transferido para o consumidor.

Admita-se, por derradeiro, como mero exercício de abstração, que não tivesse aplicação nos contratos de financiamento o Código do Consumidor. Ainda assim, para ter validade a cláusula de reajuste vinculada ao dólar, teria o financiador que provar que a quantia financiada ao consumidor é resultado de empréstimos captados no exterior. Com efeito, não basta alegar que foram realizados empréstimos no estrangeiro para justificar os contratos dolarizados celebrados em nosso país. É preciso que se prove tais empréstimos e o efetivo montante dos recursos obtidos pela arrecadadora, porquanto somente até as forças desse empréstimo será lícita a cláusula de variação cambial.

## V. CONCLUSÃO

A título de conclusão, transcreve-se a ementa de acórdão unânime da 2ª Câmara Cível do TJ/RJ, prolatado na Apelação Cível nº 16.654/99, da qual fui o relator, cujos fundamentos serviram de base para este trabalho.

*Bancos e financeiras, à luz do CDC, são fornecedores não apenas de serviços – cobrança de contas, tributos etc – como também de*

*produtos. Crédito e dinheiro são os produtos da atividade comercial das financeiras, crédito este que, quando concedido ao devedor para que o utilize como destinatário final, sujeita-se à disciplina do Código de Defesa do Consumidor por força do disposto em seus artigos 3º, § 2º, 52 e incisos.*

*Viola o princípio da **transparência** a cláusula contratual que estabelece o reajuste das prestações pela variação do dólar sem que tenham sido dados ao consumidor todos os esclarecimentos necessários sobre os riscos e conseqüências da mesma, pelo que deve ser considerada ineficaz.*

*Viola também dita cláusula o princípio da **confiança** na medida em que a súbita elevação do dólar frustrou a legítima expectativa do consumidor de que teria condições de continuar pagando as prestações até o final do financiamento e, assim, adquirir definitivamente o seu veículo. A cláusula de reajuste pela variação do dólar viola, ainda, o princípio da **boa-fé** objetiva porque o financiador, através dela (cláusula), procurou transferir para o consumidor os riscos do seu negócio, riscos esses que não lhe eram desconhecidos, tanto assim que deles procurou se livrar.*

*O CDC, em seu art.6º, V, permite expressamente a revisão das cláusulas contratuais sempre que fatos supervenientes os tornem excessivamente onerosos. Ali, não mais se exige que esses fatos supervenientes sejam imprevisíveis, como na clássica teoria da imprevisão, bastando que sejam inesperados. A questão da desvalorização do real frente ao dólar é, sem dúvida, típico caso de rompimento da base do negócio jurídico, pois, embora previsível, foi um fato não esperado pelo consumidor em face das constantes promessas do Governo no sentido de não alterar a política cambial. Esse fato previsível, mas não esperado, situa-se na área do risco inerente a qualquer atividade comercial, não podendo ser transferido para o consumidor.*

*Por último, o reajuste com base em moeda estrangeira em contratos firmados e executados no Brasil, somente é cabível mediante prova de que a quantia financiada é resultado de empréstimos efetivamente obtidos pela financeira no exterior, não bastando mera alegação. ◆*

# CONTRATO DE *LEASING* COM CLÁUSULA DE REAJUSTE CAMBIAL

MARCO ANTONIO IBRAHIM

*Juiz de Direito do TJ/RJ*

Após a inesperada desvalorização da moeda no início do ano de 1999, milhares de consumidores acorreram ao Judiciário, visando a obter revisão de contratos de *leasing* com cláusula de variação cambial, pleiteando a indexação das prestações mensais por índice de variação do INPC. No Estado do Rio de Janeiro, tais pleitos vieram a Juízo, através de Ações Cautelares e Ordinárias com pedido de antecipação de tutela tendo muitos dos requerentes, em boa parte, logrado a concessão de liminares que, em sede de Agravo, foram, em sua maioria, mantidas pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, o mesmo ocorrendo em relação à Ação Civil Pública ajuizada no E. Juízo da 2ª Vara de Falências e Concordatas, no bojo da qual S. Exa., o Juiz Luis Felipe Salomão, deferiu medida liminar igualmente confirmada pela citada Corte.

Com raríssimas exceções, a fundamentação dos pedidos revisionais vem amparada nos termos que dispõe o art. 6º do Código de Defesa do Consumidor – Lei nº 8.078, invocando, os requerentes, a Teoria da Imprevisão como forma adequada de equilibrar a equação econômico-financeira dos contratos que se tornou desproporcional após a crise cambial.

Por sua vez, as empresas de arrendamento mercantil sustentam, em farta maioria, que o Código de Defesa do Consumidor – Lei nº 8.078 – não é aplicável aos contratos de *leasing*, bem assim que as avenças foram firmadas de acordo com a legislação aplicável e que as partes eram livres para contratar. Sustentam, ainda, a in incidência do art. 6º do CDC e também a ininvocabilidade da Teoria da Imprevisão, ao argumento de que a desvalorização da moeda não era fato imprevisível, vindo, alguns, a advogar a inconstitucionalidade do citado art. 6º do CDC.

Inicialmente cabe o registro de que a composição antecipada da lide, nestes casos, atende aos princípios da celeridade e economia processual. Nenhuma razão existe para que os juízes admitam a produção de provas

documentais e periciais que só serviriam para eternizar as demandas e torná-las ainda mais onerosas.

Por igual, deferir a realização de exame pericial para comprovar que a arrendadora captou recursos no exterior é providência que não tem sentido prático. A prova deste fato pode ser feita (mas não tem sido), com a demonstração da regularidade do contrato que possibilitou o acesso aos recursos externos e isto se dá, através de mera declaração das autoridades bancárias, mais especialmente do BACEN.

O que não se concebe é que as instituições financeiras sequer tragam aos autos os contratos de mútuo para repasse de recursos externos **com a chancela das autoridades fazendárias**. A entrada de moeda estrangeira no País implica registro no Banco Central que, através de seu **Departamento de Capitais Estrangeiros**, emite um **Certificado de Registro** atestando os detalhes da operação de captação. Não basta, pois, exhibir os contratos, muitos dos quais firmados com empresas do mesmo grupo. Exige-se prova de sua regularidade.

Adite-se que um exame pericial contábil ordinário não poderia atestar, **sequer com razoável certeza**, que os recursos externos captados pela arrendadora foram, efetivamente, vertidos para operações de *leasing* e muito menos ainda, que os respectivos montantes, financiados ao consumidor, correspondiam ao repasse de moeda estrangeira. Afinal de contas, não se pode descartar a possibilidade de que certas empresas tenham se utilizado de recursos próprios, isto é, moeda nacional, para financiar *leasing* com cláusula de reajuste cambial.

A propósito, a sonegação de informações ao BACEN de operação de captação de moeda estrangeira configura, em tese, crime contra o Sistema Financeiro Nacional.

### **Lei nº 7. 492 de 16 de Junho de 1986**

*Art. 21 - Atribuir-se, ou atribuir a terceiro, falsa identidade, para realização de operação de câmbio: Pena - Detenção, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa. Parágrafo único. Incorre na mesma pena quem, para o mesmo fim, **sonega informação que devia prestar ou presta informação falsa.***

Muito menos merece acolhida eventual requerimento de deferimento de prova documental para comprovação da captação de recursos no

exterior. Trata-se de documentação que deve ser trazida com a resposta e que nada tem de superveniente. É impensável que uma empresa do porte das arrendadoras mercantis brasileiras não tenha pronto acesso a cópias dos contratos que firma, *data venia*.

### REQUISITOS DA TUTELA DE URGÊNCIA

As empresas de *leasing* costumam alegar, em sede de Agravo, a inexistência das condições legitimantes ao deferimento da tutela antecipada, mas já por ocasião da concessão das medidas liminares têm-se vislumbrado evidências do direito invocado pelos autores, sendo, mesmo, intuitivo que após a abrupta e violenta alta do dólar, houve notório desequilíbrio contratual.

Por outro lado, o chamado *periculum in mora* se entremostra concreto na medida em que a escalada de desvalorização da moeda em jan./99 foi de tal monta que, em pouco mais de um mês, as prestações mensais atreladas ao dólar, nos contratos de *leasing*, alçaram o patamar de 50% e isto, numa economia que se pretendia desindexada e com ínfima taxa de inflação, corresponde a um efetivo risco de inadimplência com todas as suas óbvias conseqüências.

### O CONTRATO DE LEASING E O CDC

Ocioso digredir sobre a incidência das normas contidas no Código de Defesa do Consumidor – Lei nº 8.078 quanto aos contratos de *leasing*. Muito embora, parte da Doutrina reconheça no *leasing* uma mera operação financeira, não há como negar que a relação jurídica existente entre arrendador e arrendatário envolve contrato submetido ao regramento consumerista *ex vi* de expressa disposição legal (art. 3º § 2º).

Bem verdade que logo após a promulgação do Código de Defesa do Consumidor boa parte da *intelligentsia* jurídica brasileira (representada por três de seus mais afiados aríetes) trouxe a público pareceres nos quais esposavam, com invulgar proficiência, a inaplicabilidade do CDC quanto aos contratos de crédito. Mas a tese não resistiu à letra clara da lei e foi cumpridamente proscria pelos Tribunais.

Não dá frutos, outrossim, o argumento *déjà vu* a respeito do ato jurídico perfeito. As normas de ordem pública incidem sobre os contratos de execução continuada ou diferida, ainda que firmados em momento anterior. Ora, o campo de incidência da revisão judicial do contrato é mesmo o ato

jurídico perfeito, dê que o imperfeito não carece de revisão, porque é nulo ou anulável. Já é lugar comum, nesse tema, invocar-se aresto da lavra do Min. **RUY ROSADO DE AGUIAR**, sem favor, o mais completo jurista brasileiro da atualidade.

*“A modificação superveniente da base do negócio, com aplicação de índices diversos para a atualização da renda do devedor e para a elevação do preço contratado, inviabilizando a continuidade do pagamento, pode justificar a revisão ou a resolução judicial do contrato, sem ofensa ao artigo 6º, da LICC.” (R. Esp 73.370/AM)*

### **A TRIPLA NULIDADE DAS CLÁUSULAS DE REAJUSTE CAMBIAL**

Na composição da lide, o juiz perpassa etapas lógicas do raciocínio jurídico, de tal forma que, senhor dos fatos que individualizam o conflito existente entre as partes, antes mesmo de qualquer elaboração jurídica, conclui sobre a procedência ou não do pedido através de um juízo ético em que se define o dever-ser.

Assim, diante das questões postas, decide o resultado da demanda num juízo preliminar de **equidade**. Isto é, o juiz julga de acordo com o que parece mais justo e só depois passa ao exame de considerações técnicas aplicáveis à espécie fática dos autos. Trata-se de delicada faina em busca de conteúdo legal, doutrinário e jurisprudencial para fundamentar uma conclusão que, *a priori*, se chegou em relação à lide, conferindo, pois, suporte jurídico a uma decisão justa.

Neste sentido, impõe-se observar que em linha de princípio são defesas, no Direito Brasileiro, as cláusulas negociais que, em contratos de mútuo, prevejam reajuste das prestações pela variação do câmbio. Aqui e ali, entretanto – adejando nos ventos da chamada globalização – o Governo autorizou a realização de certos contratos de massa com variação cambial das prestações, tal como se tem observado no *leasing* de veículos automotores.

Entre outros requisitos, condiciona-se a formação de tais contratos à origem dos recursos do financiamento, segundo uma lógica que, **grosso modo**, significa legitimar o reajuste das prestações dos mutuários à variação cambial, para assegurar **equilíbrio**, relativamente às obrigações do mutuante (uma instituição financeira) para com aqueles dos quais captou a moeda estrangeira; ou seja, garantindo paridade entre os reajustes cam-

biais do empréstimo tomado no exterior com aqueles a que se obrigam os mutuários finais.

Reza o art. 6º da Lei nº 8.880/94:

***É nula de pleno direito a contratação de reajuste vinculado à variação cambial, exceto quando expressamente autorizado por lei federal e nos contratos de arrendamento mercantil celebrados entre pessoas residentes no País, com base em captação de recursos provenientes do exterior.***

À vista de tal disposição, dúvida não pode haver de que os contratos de *leasing* com reajustes atrelados à variação cambial não logram **validade jurídica** se os recursos envolvidos no financiamento do arrendamento não forem provenientes de empréstimos captados no exterior através da conhecida Resolução 63.

A arrendante recebe os recursos – em regra com intermediação de Bancos Múltiplos – e os repassa, convertidos, aos consumidores que, naturalmente, se obrigam a pagar as prestações sujeitas à flutuação cambial, tal qual a tomadora do empréstimo deverá honrar. Daí pode-se ser levado a crer que o deferimento do pedido, como requerido, importaria, isto sim, **na quebra do equilíbrio econômico-financeiro do contrato**, notadamente quando se sabe que o financiamento com atualização em dólar era uma das alternativas à disposição do *lessee* que poderia ter optado por outros índices de reajuste, não pós-fixados.

No Brasil e em qualquer outro lugar do mundo capitalista (exceto nas sendas Argentinas, por enquanto) não há câmbio fixo e qualquer pessoa, por menos esclarecida que seja, deveria saber dos riscos que corre assumindo dívidas em moeda estrangeira cuja variação jamais é fixada eternamente pelos Governos, mas, sim, pelo mercado, a mais concreta das entidades abstratas.

Contudo, tais argumentos trazem, em si, o gérmen de sua própria destruição, dê que, tratando-se de operação de alto risco para o consumidor, cabia às instituições financeiras o dever de informação que se lhes impunha **expressamente** o disposto nos *capi* dos arts. 14 e 52 do CDC. Isto porque os consumidores **deviam saber** dos riscos a que estavam expostos, **mas não sabiam**, pois criam firmemente que a cotação do dólar norte-americano ficaria estável.

Pois se é a **LEI** a dispor que no contrato *que envolva a outorga de crédito ou concessão de financiamento ao consumidor, o fornecedor deverá, entre outros requisitos, informá-lo prévia e adequadamente sobre: I – Preço do produto ou serviço em moeda corrente nacional*, parece evidente que, em hipótese em que se vinha de firmar contrato de massa, com suporte em brutal publicidade na mídia, os consumidores que estavam se endividando em dólar, deviam ser advertidos do enorme risco que corriam.

Dir-se-á que a economia do País era estável e que os próprios empresários não poderiam prever o rompimento do sistema de **bandas-cambiais**. Falso! O mercado financeiro sabia da iminência do choque cambial, tanto assim que a Comissão Parlamentar de Inquérito do Congresso Nacional que foi cogitada para apurar os escabrosos lucros dos Bancos com a alta do dólar em razão de *inside informations*, nada apurou, porque a sangria foi generalizada.

De qualquer forma, a atividade bancária e financeira tem riscos inerentes ao próprio negócio; riscos que não podem e nem devem ser imputados ao consumidor num caso em que uma abrupta desvalorização da moeda causou enorme **desproporcionalidade** entre o valor do bem adquirido pelo consumidor e o preço final a ser pago.

O **dever de informação** clara e precisa, em todos os contratos que envolvem relações de consumo, não é uma formalidade criada pela jurisprudência ou por princípios do chamado **direito alternativo**; é uma imposição da lei. Especialmente nos contratos de crédito, a adequada informação assume aspecto de crucial relevância, pela direta repercussão na vontade real do consumidor – pilar básico do **princípio da confiança**.

Não há um só doutrinador ou uma única manifestação da jurisprudência que desconsidere tal dever das instituições financeiras. Seja como for, era indeclinável o dever de informação, impondo-se afastar, outrossim, qualquer idéia de supremacia do princípio do *pacta sunt servanda*, há muito relegado a plano secundário pelas novas legislações que, em tema de relações de consumo, privilegiam o dirigismo contratual e a proteção da parte mais frágil, dando especial ênfase à boa-fé.

Em monumental dissertação de doutoramento da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, **ANTONIO MANUEL DA ROCHA E MENEZES CORDEIRO** expõem entendimento pertinente ao caso.

*“A conclusão de um contrato na base de falsas indicações, de informação deficiente... independentemente da aplicabilidade do*

*regime próprio dos vícios na formação da vontade, implica o dever de indenizar, por culpa na formação do contrato. Este dever de esclarecimento tem intensidade particular quando um contratante surja, perante outro, como carecido de protecção especial.” (DA BOA FÉ NO DIREITO CIVIL, Vol. I, Ed. Almedina, 1984, p. 549/550) - grifei*

E nem se alegue que a questão relativa à falta do *dever de informação* deve ser abordada, necessariamente na petição inicial. Aqui a eiva é absoluta. Sobre a nulidade das cláusulas abusivas, CLÁUDIA LIMA MARQUES adverte:

*“ O Poder Judiciário declarará a nulidade absoluta destas cláusulas, a pedido do consumidor, de suas entidades de protecção, do Ministério Público e mesmo, incidentalmente, ex officio. A vontade das partes manifestada livremente no contrato não é mais o fator decisivo para o Direito, pois as normas do Código instituem novos valores superiores como o equilíbrio e a boa-fé nas relações de consumo.” (CONTRATOS NO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR, Editora Rev. Tribunais, 3ª ed., p. 391)*

Assim, a fundamentação jurídica a embasar a revisão contratual, nestas hipóteses, menos implica o reconhecimento da sujeição da vontade das partes à cláusula *rebus sic stantibus* prevista no art. 6º do Código de Defesa do Consumidor – Lei nº 8.078, que na consideração de que as instituições financeiras devem ser responsabilizadas perante seus próprios clientes sempre que lhes tenham outorgado créditos de altíssimo risco, sem prestar efetivas informações; e, sobretudo, sem se assenhorar da capacidade econômico-financeira dos consumidores que, em sua grossa maioria de assalariados e liberais de classe média, poderiam não ter condições (como de fato, não tinham) de honrar suas prestações em caso de expressiva variação cambial, a maior.

A responsabilidade dos Bancos e Financeiras, em casos tais, pode ser novidade entre nós, mas como demonstrou com viva erudição o civilista e Desembargador SEMY GLANZ em professoral artigo dado a público na Revista de Direito do T.J.R.J., v. 36, afirma-se que *o Banco tem o dever de analisar a capacidade econômica e financeira do cliente* (fls.84) revelando-

se que em grande parte dos Países do mundo civilizado estão assentados os princípios reitores da *responsabilidade das instituições financeiras pela má concessão do crédito*, seja em relação ao cliente, seja em relação a terceiros – sempre objetivamente. Fez escola a conhecida *Lei Neiertz* de 31/12/89, em França, que estabeleceu a responsabilidade dos Bancos em casos tais, lembrando **THIERY BONNEAU** que

*“Pode haver responsabilidade contratual ou delitual, conforme seja a vítima o cliente ou um terceiro. O banqueiro tem um dever de vigilância, e, sem se imiscuir com os negócios do cliente, deve agir com prudência e discernimento, pois, se o empréstimo causar um dano, torna-se o banco responsável.”* (citado por **SEMY GLANZ** no artigo referido – p.88)

Ora, se as instituições financeiras respondem objetivamente pelos danos causados a seus clientes, resta fixado o quadro que, diante de situação em que houve **falta do dever de informação sobre os riscos do empréstimo**, permite que o juiz, ao vislumbre de evidentíssimo risco de prejuízos para o consumidor, adequê o índice de reajuste das prestações de tal forma que (preservado o valor da moeda nacional pela fixação de índice oficial - INPC), restaure a proporcionalidade que deve existir entre o valor de mercado do bem adquirido e o *quantum* por ele pago.

Acresce que se tem disseminado na consciência jurídica brasileira, o óbvio legal concernente à descaracterização do contrato de arrendamento mercantil quando o valor residual do contrato for pago antes do término da avença, hipótese em que se reputa o *leasing* uma mera compra e venda – negócio que, decerto, não admite cláusula de reajuste cambial. Com efeito, dispõe o art. 10º do Anexo à Res. 2.309 BACEN de 28/8/96, ratificando o que dispunha a revogada Res. nº 980 BACEN de 13/12/84, que a *operação de arrendamento mercantil será considerada como de compra e venda à prestação se a opção de compra for exercida antes de decorrido o respectivo prazo mínimo estabelecido no art. 8º deste Regulamento*.

*“De acordo com o parágrafo 1º, do artigo 11 da Lei nº 6.099/74, a aquisição de bens arrendados em desacordo com as disposições legais será considerada operação de compra e venda à prestação. O artigo 11 da Resolução nº 980 do Banco Central reforça a lei afirmando que*

*a operação será considerada como de compra e venda à prestação se a opção de compra for exercida antes do término da vigência do contrato de arrendamento.”*

(cf. <http://www.palhares.com.br>, precedentes jurisprudenciais a respeito)

## **SOBRE O RISCO DO EMPREENDIMENTO**

O cotejo entre as diversas teorias que se debruçam na análise dos riscos, em casos como o dos autos, aponta no sentido de que nos contratos de adesão e, muito especialmente naqueles em que uma das partes careça de proteção especial diante da outra, os riscos do empreendimento devam ser suportados por aquela em que **o risco é inerente a sua atividade**. Poder-se-ia chamar a isto uma teoria do *spread*.

Toda atividade empresarial no meio financeiro é marcada por operações de segurança cujos custos, quem há de negar? são repassados aos preços dos produtos, sejam eles bens duráveis, consumíveis ou mesmo o crédito que é um produto como outro qualquer.

Na composição das taxas de juros de um empréstimo bancário, vg, considera-se, invariavelmente, o percentual relativo aos riscos da mora e do inadimplimento do universo de mutuários. Trata-se de mecanismo atuarial sem o qual resta inviável a atividade empresarial que visa a lucro.

Questão relevante, assim, é aquela vinculada à prudência que se poderia esperar das instituições financeiras que assumiram dívidas em moeda estrangeira, repassando recursos aos consumidores. As empresas de *leasing* contam com profissionais especializados e versados na volatilidade do câmbio que deveriam ter tido o cuidado de se precaver contra futuras e (para eles) previsíveis e até esperadas alterações na frustrada política de minibandas cambiais engendrada pelo Governo.

As empresas de arrendamento mercantil tinham à sua disposição corriqueiras operações de *hedge* cambial ou podiam se valer de algumas das formas de *swap* disponíveis no mercado (Res. nº 1.902 do BACEN). Através de uma operação de *swap*, a empresa que se obriga a pagar um financiamento no exterior sujeito a variação cambial pode contratar uma operação que transforma sua dívida com taxa fixa de reajuste. As vantagens do *swap* são conhecidas, sendo este o mais tradicional mecanismo de proteção contra grandes flutuações de taxas de juros que pode, mesmo, incluir todo o valor da dívida numa única operação.

Não se sabe se as arrendadoras se precaveram contra a explosão cambial. O que se sabe (e os fatos notórios independem de prova) é que as financeiras foram as maiores beneficiárias dos enormes lucros proporcionados pela *repentina* crise. Recentemente, os principais jornais do País revelaram que um dos maiores Bancos brasileiros teve lucro recorde, este ano, por ganhos oriundos da maxidesvalorização da moeda. Seja como for, parece óbvio ao Direito e ao bom senso que numa operação financeira, os riscos derivados de medidas governamentais, que atinjam o equilíbrio financeiro de contratos de massa, devam ser suportados pela parte que faz do risco o seu negócio e poderia evitar prejuízos.

Não por outros motivos se tem afirmado que

*“Se a instituição financeira fez uma operação de **hedge** ou está protegida por qualquer outra forma, não há sentido em repassar o reajuste da variação cambial aos arrendatários, pois isto implicaria enriquecimento indevido. A empresa arrendadora lucraria duplamente: Ganharia vasto lucro na operação de **hedge** e repassaria integralmente o reajuste cambial aos arrendatários. Na hipótese de não ter feito a operação de **hedge**, assumiu o risco da variação cambial e, portanto, deve arcar com o prejuízo. A especialização das atividades das instituições financeiras exigia proteção contra a valorização da moeda estrangeira.”* (RENATO VENTURA RIBEIRO, “Crise cambial e revisão judicial dos Contratos de Leasing indexados em moeda estrangeira”. RT 766/47)

Nada disso tem vindo à tona. Aliás, ao menos se tem visto prova de que esta ou aquela empresa *lessor* tenha, efetivamente, repassado ao arrendatário, recursos captados no exterior...

#### **O ART. 6º DO CDC. A REVISÃO DO CONTRATO**

Inda, porém, que se pudesse concluir licitamente pela validade de uma cláusula de reajuste cambial, firmada sem adequada informação e no bojo de **contrato ilegal** (por falta de prova da condição aludida no art. 6º da Lei nº 8.880/94 e diluição do valor residual) não se há de negar que a desproporcionalidade verificada entre as prestações recíprocas reclama por **revisão judicial**.

Registre-se, neste passo, o oisio de alguns em sustentar a **inconstitucionalidade** do art. 6º do Código de Defesa do Consumidor – Lei nº 8.078. Embora seja óbvia a possibilidade de declaração incidental da inconstitucionalidade, trata-se de arguição absolutamente indigente de respaldo jurídico.

O referido dispositivo legal, diferentemente do que se pretende, está integralmente acorde com a **norma programática** da Constituição Federal que em seu art.170 traz disposição expressa segundo a qual a Ordem Econômica tem por fim assegurar a justiça social observando, entre outros **princípios, a defesa do consumidor**.

**JOSÉ AFONSO DA SILVA**, fincado nas lições dos afamados constitucionalistas **VEZIO CRISAFULLI** e **UGO NATOLI**, revela, com sua habitual didática, conclusões em relação à eficácia imediata, direta e vinculante das normas programáticas, asseverando que as mesmas

*“I - estabelecem um **dever para o legislador ordinário**;*

*II - condicionam a legislação futura, com a conseqüência de serem inconstitucionais as leis ou atos que as ferirem;*

*III - informam a concepção do Estado e da sociedade e **inspiram sua ordenação jurídica**, mediante a atribuição de fins sociais, proteção dos valores da justiça social e revelação dos componentes do bem comum;*

*IV - constituem sentido teleológico para a interpretação, integração e aplicação das normas jurídicas;*

*V - **condicionam a atividade** discricionária da Administração e do **Judiciário**;*

*VI - **criam situações jurídicas subjetivas, de vantagem ou de desvantagem...**” (Aplicabilidade das Normas Constitucionais, 2ª ed RT, p.146/147) - grifei*

Pois a revisão judicial dos contratos que impliquem onerosidade excessiva das prestações devidas pelos consumidores, reequilibrando a equação econômico-financeira da avença é a mais importante ferramenta legal de defesa do consumidor em Juízo. Neste sentido, o que parece *inconstitucional* não é o art. 6º,V do Código de Defesa do Consumidor – Lei nº 8.078, mas, sim, a tese. Alegar que o poder-dever de revisão contratual viola o **princípio**

**de tripartição dos Poderes** revela incontinência argumentativa de quem, *a outrance*, pretende elidir direito incontestável de parte contrária!

Num ponto, entretanto, procede o argumento de inincidência dos postulados da Teoria da Imprevisão, nestes casos. Diferentemente do que sói ocorrer os vetustos princípios informativos da chamada *Teoria da Imprevisão* não se adequam à hipótese dos autos, cujo cerne, como o próprio nome está a indicar, pressupõe a superveniência de um **fato imprevisível** quanto ao momento de formação do contrato.

Posto que em nosso País sabe ao absurdo afirmar que a inflação e a desvalorização da moeda são fatos imprevisíveis, não pareceria razoável o raciocínio de que os contratos de *leasing*, com cláusula de reajuste por variação cambial, pudessem ser revistos pelo Judiciário com base na **imprevisão**. Mesmo para o homem médio, a desvalorização da moeda era e é fato de todo previsível.

Vive-se sob o jugo histórico e resistente de uma incompetente Administração Pública que tem desmentido todas as teorias econômicas, utilizadas, entre nós, como mórbidos métodos experimentais de nefastos e conhecidos efeitos; e por mais bem intencionado que seja este ou aquele Administrador, a insanidade política é quem dita as regras. Regras pífiyas que vicejam num País sem consciência constitucional; num País em que há um Presidente da República legislador e que num só mandato produziu (sobre matérias **raramente urgentes e relevantes, mas frequentemente inconstitucionais**) mais *medidas provisórias* que o número de leis que o Congresso Nacional pôde promulgar em 12 anos! E tudo isto sob as excelsas vistas dos demais poderes da República...

Mas se a revelha teoria da imprevisão não tem utilidade, qual, então o fundamento da revisão do contrato nesse tipo de contrato? Invoque-se a *Teoria da Base Objetiva do Negócio Jurídico* como suporte à decisão revisional. Bem de ver que o disposto no art. 6º, V, 2ª parte, do Código de Defesa do Consumidor – Lei nº 8.078, prevê a revisão das **cláusulas** contratuais *em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas*.

Pois entre as diversas teorias revisionais arroladas em Doutrina, a *Teoria da Base Objetiva do Negócio Jurídico* é a que parece ter sido encampada pelo CDC, dêis que a mais tosca leitura do citado dispositivo revela que a norma não faz qualquer referência ao pressuposto da **imprevisibilidade** como condição legitimadora da revisão contratual.

A invocação dos princípios reitores desta teoria – que constitui uma espécie de *up grade* da bicentenária Teoria da Imprevisão – guarda estreita fidelidade aos princípios insculpidos na lei brasileira que, repita-se, acolheu-a contribuindo para que tenhamos hoje em nosso País uma das mais completas e eficazes legislações consumeristas de todo o mundo.

A respeito do Código de Defesa do Consumidor – Lei 8.078, ensina, ainda, a festejada contratualista **CLÁUDIA LIMA MARQUES**:

*“A norma do artigo 6º, do CDC, avança ao não exigir que o fato superveniente seja imprevisível ou irresistível, apenas exige a quebra da base objetiva do negócio, a quebra do seu equilíbrio intrínseco, a destruição da relação de equivalência entre prestações. Ao desaparecimento do fim essencial do contrato. Em outras palavras, o elemento autorizador da ação modificadora do Judiciário é o resultado objetivo da engenharia contratual que agora apresenta mencionada onerosidade excessiva para o consumidor, resultado de simples fato superveniente, fato que não necessita ser extraordinário, irresistível, fato que poderia ser previsto e não foi”.* (Contratos no Código de Defesa do Consumidor, RT, 2ª ed., p. 299. Citada por **WERSON FRANCO PEREIRA RÊGO** no excelente artigo *Contratos na real* publicado no *AMAERJ Notícias* nº 2/99)

Afirma-se que a desvalorização da moeda ocorrida em jan/99 deve ser considerada *fato previsível*, mas, certamente, *inesperado* para os consumidores. O Governo Federal os convenceu de que a Economia tinha como âncora, o dólar norte-americano. E âncoras não sobem.

*“O governo não mexe no câmbio”*

**Fernando Henrique Cardoso, Presidente do Brasil, em 29/11/96.**

*“O déficit da balança comercial é perfeitamente financiável pelos investimentos externos no país. Aliás, já o foi neste ano de 1996”*

**Pedro Malan, Ministro da Fazenda, em 1996.**

*“Não consideramos a hipótese de alterar a atual política cambial”*

**Fernando Henrique Cardoso, Presidente do Brasil, em 12/9/97.**

*“Quaisquer que sejam as circunstâncias, uma coisa é certa: não haverá desvios nem retrocessos. Desvalorizar a moeda é o passado”*  
**Fernando Henrique Cardoso, Presidente do Brasil, em 31/1/98.**

E, na véspera...

*“São absolutamente improcedentes e inverídicas as especulações do mercado sobre a possibilidade de adoção de um regime de flutuação do câmbio”*  
**Francisco Lopes, Presidente do Banco Central, em 15/1/99.**

**Fonte:** *Revista Carta Maior* – Palhares Advogados

Pois a teoria da base objetiva prescinde do fator *imprevisibilidade* como pressuposto da intervenção judicial no contrato, exigindo, apenas, um severo desequilíbrio na equação econômico-financeira do contrato.

*“La expresión **base del negocio** puede ser entendida, y así lo há sido, en un doble sentido. En primer lugar, como la base “subjetiva” de la determinación de la voluntad de una o ambas partes, como una representación mental existente al concluir el negocio que há influido grandemente en la formación de los motivos. En segundo lugar, como la base **objetiva** del contrato (en cuanto complejo de sentido inteligible), o sea, como el conjunto de circunstancias cuya existencia o persistencia presupone debidamente el contrato – sépanlo o no los contratantes –, ya que, de no ser así, no se lograría el fin del contrato, el propósito de las partes contratantes y la subsistencia del contrato no tendría “sentido, fin u objeto”. (KARL LARENZ, **Base Del Negocio Jurídico y Cumplimiento de los Contratos** – Editorial **Revista de Derecho Privado, Madrid, 1956, p. 37)***

À jurisprudência não é estranha tal exegese.

*“Mais moderna, a teoria do rompimento da base negocial lida com elementos objetivos. Rompe-se a base negocial sempre que a modificação das circunstâncias presentes na formação do contrato inviabilizar a sua finalidade. Em última análise, a base negocial é*

*o conjunto de circunstâncias existentes na formação do contrato e que permite, às partes contratantes, terem presente a sua viabilidade econômica...*

***Não se perquire mais, como na teoria da imprevisão, sobre a previsibilidade do fato econômico superveniente. E nem se deveria. Com efeito, o fato pode até ser previsível, mas não é esperado, porque se esperado fosse, nem o banco emprestaria o dinheiro e nem o tomador assumiria um compromisso que não pode arcar. Logo, o fato previsível, mas não esperado, situa-se na área de risco inerente a qualquer atividade negocial.***” (Ap. Cível nº 193.051.083, 4ª Câmara Cível do TARGS, Rel. **MÁRCIO DE OLIVEIRA PUGGINA**)

Rejeite-se, por fim, a repetida tese segundo a qual o contrato de *leasing* não se insere na qualificação legal de **contratos de adesão**. A supremacia da posição contratual da arrendadora que impõe cláusulas pré-estabelecidas em relação às quais o consumidor apenas adere e não tem qualquer possibilidade de discutir, revela tal conteúdo que não é elidido – mas, ao revés se reforça – pelo fato de que a maior parte das condições resulta de regramento governamental, a teor da Res. nº 2.309 do BACEN e da Lei nº 6.099/74.

Pois, como afirmou **GENOVESE**, tal categoria contratual vem de se definir por uma prévia *formulazione de un contenuto negoziale uniforme rispetti ad una serie di contratti futuri*.

E não há quem negue a adesão em relação aos contratos de arrendamento mercantil no direito brasileiro valendo, por todos, invocar o magistério do Desembargador **ARNALDO RIZZARDO**.

*“Devido às cláusulas estanques e uniformizadas, previamente formuladas pela arrendante, e impostas unilateralmente, o contrato é considerado de adesão... No arrendamento, o cliente, em geral, assina o impresso, no qual as cláusulas se encontram fixadas unilateralmente pela arrendante. Não interfere ele na confecção das condições, idênticas para todas as operações de crédito de igual gênero. Simplesmente aceita ou recusa, exceto no que se refere ao prazo e, conseqüentemente, ao valor das prestações.”* (**LEASING, Arrendamento Mercantil no Direito Brasileiro**, 3ª ed., Ed. RT, p. 66/67)

Nem colhe, outrossim, o argumento de que o INPC não pode ser utilizado como indexador nos contratos de *leasing*, como disposto no art. 1º da Circular nº 2.463 BACEN. Toda e qualquer vedação, ainda que legal, à utilização de índices de reajuste monetário não vincula decisões judiciais muito especialmente quando se trata de questão afeta ao CDC ou de cunho alimentar. E tanto isto é verdade que os Tribunais Superiores jamais acolheram, vg, a tese de proibição de vinculação de pensionamento devido pela prática de ato ilícito ao *salário mínimo*, em que pese expressa e conhecida norma constitucional que tornou defesa tal indexação.

E é preciso não perder de vista que quase toda a Economia está indexada, a partir dos impostos e contratos públicos, considerando-se letra morta a regulamentação do Plano Real a respeito, sendo certo que a jurisprudência tem considerado o INPC como o índice que, atualmente, melhor reflete a desvalorização da moeda.

#### **EM CONCLUSÃO:**

É de rigor a revisão judicial dos contratos de arrendamento mercantil atingidos pela abrupta desvalorização da moeda em janeiro de 1999. Verificando o juiz que nos autos do processo não há prova de emissão do **Certificado de Registro** do *Departamento de Capitais Estrangeiros* do Banco Central (fato que revela graves indícios de violação do art. 6º da Lei nº 8.880/94 e das normas administrativas do BACEN quanto à captação e repasse de recursos estrangeiros por parte das empresas de *leasing* e que, em tese, pode configurar crime contra o Sistema Financeiro Nacional) deve determinar a extração de cópias dos autos com remessa ao Banco Central do Brasil e à Procuradoria Geral da República para as providências cabíveis. ◆

# O JUIZ E A CULTURA DA TRANSGRESSÃO\*

**JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA**

*Desembargador do TJ/RJ*

Como verão, a minha palestra de hoje foge um pouco aos padrões tradicionais. Em geral, quando tenho aqui vindo, sempre com alegria, adoto como tema um instituto de Direito Processual, algum problema específico dessa matéria com que venho lidando, há tantos anos, na qual me sinto um pouquinho mais à vontade do que em outros territórios, ou talvez isso seja presunção minha.

Hoje, porém, não é isso o que vou fazer. Eu preparei esta palestra para proferi-la em Florianópolis, na semana passada, por ocasião da conclusão de um curso de especialização na Faculdade de Direito da Universidade Federal de Santa Catarina. Dei-me conta de que aquilo que eu procurava dizer e vou procurar dizer aqui, teria como destinatários naturais, sobretudo, juízes. Então, tomei a iniciativa de propor aos nossos colegas que organizam estas palestras, repeti-la, pois aqui ela está inédita; foi proferida lá, mas não foi publicada em lugar algum.

E como me pareceu que ela se dirigiria ou deveria dirigir-se, principalmente a juízes, tomei, repito, a iniciativa de propor esta repetição. Porque ela não trata de um instituto, trata de problemas ligados à situação atual do nosso país - diria até do mundo - que muito me preocupam e em face dos quais é preciso que o juiz tome alguma posição, porque ele se vê desafiado, a cada momento, a fazer, face a esses problemas. De modo que vamos ter um programa um pouco diferente do tradicional e até, atrevo-me a anunciar, sem prejuízo de indagações, questionamentos, ou mesmo divergências – por que não? – que os senhores queiram manifestar, que tomarei a liberdade, ao final, de dirigir-lhes algumas perguntas. Vamos inverter um pouco, em parte, aquelas posições tradicionais.

Dada essa explicação, passo, então, a ler o trabalho que preparei e que se intitula “O Juiz e a Cultura da Transgressão”.

---

\* Palestra proferida em 13/12/99, no Conselho de Vitaliciamento dos Juizes de 1º Grau - TJ/RJ.

Ninguém ignora quão importante, para a vida da sociedade, é a observância das normas postas pelo ordenamento jurídico. Nenhuma atividade que envolva duas ou mais pessoas pode realizar-se sem que, ao menos em certa medida, saiba cada participante como há de atuar e como pode esperar que atuem os outros. Uma simples partida de futebol seria inconcebível se não se estabelecesse, previamente, em que direção os jogadores devem chutar para fazer gol e decerto não acabaria bem, se eles pretendessem que o árbitro lhes marcasse tentos, ainda quando a bola fosse parar fora do arco do adversário.

À humanidade sempre pareceu um pouco difícil deixar-se guiar inteiramente pelas regras do Direito. Os livros de história não nos dão notícia de qualquer idade de ouro em que nenhuma infração se cometesse. Remotos, por sinal, são os antecedentes a que nos remete a triste constatação: segundo o relato bíblico, nossos primeiros pais deram o mau exemplo, quando desrespeitaram a única proibição que lhes fora imposta – a de comer os frutos de certa árvore.

Mas há épocas em que, por circunstâncias diversas, se avolumam as nuvens e a paisagem se tinge de cores mais sombrias. Tende, naturalmente, a elevar-se a probabilidade de que isso aconteça, à medida que crescem o número dos infratores potenciais e a complexidade das relações entre eles travadas. É o caso - se não me engano - do momento que estamos vivendo neste fim de século e de milênio (registro que o fim do século e do milênio só se dará no dia 31 de dezembro de 2000. O ano 2000 pertencerá, ainda, ao Século XX e ao segundo milênio).

A violação constante das normas jurídicas é fato corriqueiro no panorama do nosso dia a dia. Sinto-me tentado a afirmar que a tanto já nos acostumamos ao ponto de nem sequer repararmos, as mais das vezes, na respectiva ocorrência. Quantos de nós se dão conta, por exemplo, das infrações das regras de trânsito que a todo instante praticam os condutores de veículos, motorizados ou não? Em geral, só atentamos a sucessos desse tipo quando nos causam algum dano. O resto é pura rotina que não merece especial registro no cérebro. Não se trata, a rigor, de um paradoxo; o óbvio com freqüência nos escapa, vemos mal o que está muito próximo dos olhos: ninguém enxerga, com nitidez, a ponta do próprio nariz.

Iniciei a exemplificação por um acontecimento vulgar, que para felicidade nossa, nem sempre traz conseqüências de vulto. Na verdade, a

casuística oferece espectro tão vasto que a única dificuldade reside na escolha. O fenômeno é de fácil percepção em qualquer corte do horizonte.

Já que comecei por baixo, permitam-me dar-lhes outro exemplo trivial: nas praias cariocas é proibido levar animais para a areia. Cuidou a Prefeitura de espalhar, ao longo da orla - todos os senhores já devem ter visto - cartazes de advertência ilustrados com a figura de um cão e a de um gato, para que não paire na mente, de quem quer que seja, a mais ligeira dúvida sobre o alcance da proibição. Pois bem, continua indômita a praga no território que dela em vão se quis livrar. Indiferentes aos avisos e, por mais forte razão, à irrealística presunção de que todos conhecem a lei, os donos dos bichos não prescindem da companhia e insistem em provocar a sujeira e os sustos conseqüentes. Eu, que costumo freqüentar a Praia de Copacabana, sou testemunha, quase diária, da presença de totós e bichanos na areia.

Passemos, no entanto, a matérias de maior densidade jurídica, como convém em uma fala dirigida a operadores do Direito. A Constituição da República, no inciso LVI, do art. 5º, tratou de declarar inadmissíveis as provas colhidas por meios ilícitos e só abriu ressalva à inviolabilidade das comunicações telefônicas, por ordem do juiz e sob as condições definidas em lei, para fins de investigação criminal e de instrução de processo penal (inciso XII).

Pode-se considerar, pessoalmente considero, excessivamente rígido o sistema; o que não se pode é ignorá-lo. Ora, se se proíbe a interceptação de conversa telefônica e a respectiva gravação, sem atendimento dos pressupostos constitucionais, e se nega à fita assim obtida valor probante, está igualmente proibida, é lógico, a divulgação do seu conteúdo. Não é o que parecerá a quem tenha o perigoso hábito de ler jornais. Vem florescendo, entre nós, nos últimos tempos, autêntica indústria de gravações clandestinas, à qual corresponde o não menos florescente comércio das fitas em que se registram as conversas interceptadas. Jornais tidos como sérios adquirem semelhante mercadoria e publicam tranqüilamente o material, na certeza de que a publicação incrementará a vendagem - o odor do escândalo não deixará de atrair certa classe de leitores.

Situação análoga é a das emissoras de televisão. O legislador constituinte também se preocupou em disciplinar-lhes a programação e ao fazê-lo, no art. 221, incluiu entre os princípios a serem observados: a preferência por “finalidades educativas, artísticas, culturais e informativas” (inciso I) e “o respeito aos valores éticos e sociais da pessoa e da família” (inciso IV).

Alguém será capaz de reconhecer, naquilo que se costuma ver na telinha, a projeção de tais princípios ou algo que tenha com isso a mais longínqua semelhança? Inventa-se um mecanismo tão precioso quanto a Internet e logo aparece quem o utilize, não só para facilitar operações financeiras escusas, o que já é motivo suficiente de escândalo, mas para explorar ignomínias como a pornografia infantil. Conforme largamente noticiado pela imprensa, oferecem-se, por meio do computador, a seres da espécie humana, programas em que menores de tenra idade sofrem toda sorte de torpezas.

A Constituição, para voltarmos a ela, garante que a lei punirá severamente o abuso, a violência e a exploração sexual da criança e do adolescente (art. 227, § 4º), depois de, no *caput* do dispositivo, haver atribuído à família, à sociedade e ao Estado, o dever de assegurar-lhes, dentre outras coisas, “com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à dignidade, ao respeito” e o de colocá-las “a salvo de toda forma de exploração, violência e crueldade”. É o caso de indagar de que valem, na prática, tão incisivas palavras.

O tráfico ilícito de drogas repugna em tal medida a Constituição, que ela o inclui no inciso XLVIII, do art. 5º, entre os crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia. Olhamos ao nosso redor e que vemos? Vemos os traficantes a exhibir, a cada momento, maior desenvoltura em suas atividades, a substituir-se aos Poderes Públicos, em escala crescente, na ordenação da vida individual e coletiva; em suma, a fazer e desfazer, a mandar e desmandar, contabilizando a seu crédito, não apenas a omissão, senão, muitas vezes, a conivência das autoridades incumbidas de reprimi-los.

Ignoro se todos estarão a par do que se passou com o prédio onde a Universidade do Estado do Rio de Janeiro mantinha seu colégio de aplicação, por desgraça, próximo de um morro onde o tráfico instalara um de seus inúmeros redutos. Tais se tornaram a frequência e a intensidade de tiroteios no local, com risco de vida constante para alunos e professores, que a direção do colégio comunicou à UERJ a impossibilidade de continuar a trabalhar naquelas condições. Que solução se deu ao problema? Porventura se tentou expulsar dali os delinquentes? Não, preferiu-se abandonar-lhes o imóvel, que, por eles ocupado com toda presteza, passou a funcionar como sede de negócios ilícitos e de bailes “funk”, enquanto o Colégio de Aplicação teve de acomodar-se, como pôde, no campus universitário, com graves inconvenientes para ele e para os cursos ali sediados.

Nesse e noutros episódios, a máquina do Estado recua, abre espaço aos marginais, dá ensejo a que se ampliem as dimensões daquelas zonas cinzentas a que se referem os sociólogos, ou zonas de não-direito, onde o ordenamento que prevalece não é o oficial, mas o decretado pelo arbítrio dos “fora de lei”. De resto, como enxergar em tudo isso motivo de grande surpresa? Por acaso colhemos exemplos de correção em pessoas investidas de funções e cargos que se presumiria exigirem delas senso particular de responsabilidade?

Para falar de coisas **aparentemente** pequenas: será que todos os juízes se esforçam por observar os prazos legais na condução dos feitos que lhes são distribuídos? e, que todos os advogados, no exercício de seu *munus* público, visto pela Constituição como indispensável à administração da justiça, art. 133, se abstêm de manobras eticamente condenáveis? Assistimos, quase todo dia, a abusos do Poder Executivo na edição de medidas provisórias, nem de longe justificadas pelo pressuposto constitucional da relevância e urgência (art. 62, *caput*).

Também assistimos, de outro lado, à exibição de inércia dada pelo Poder Legislativo, na feita das leis complementares previstas na Constituição, não raro sujeitas a prazos que já há muito tempo se esgotaram, com a conseqüência de que, bem pesadas as coisas, a Carta de 1988, por falta de regulamentação de vários dispositivos, nem sequer chegou a entrar totalmente em vigor, antes de desencadear-se a desenfreada e, em tantos casos, desatinada fúria reformista que ameaça transformá-la em esfiapada colcha de retalhos.

Ocioso alongar a exemplificação porque o cortejo dos desvios é interminável, mas o pior é a repercussão que eles vão tendo na sociedade. Facilmente se identificam dois tipos diametralmente opostos de reação da comunidade a essa triste situação. A maior parte, encandecida pela exploração sensacionalista que os meios de comunicação social fazem dos acontecimentos, reclama o endurecimento progressivo e indefinido da repressão penal – não falta mesmo quem brade pela instituição da pena de morte que, sem falar de outros aspectos, não parece haver contribuído para a diminuição da criminalidade, notadamente da criminalidade violenta, nos poucos lugares onde ainda se adota.

Não é desse fenômeno, porém, que desejo falar agora, senão de outro que simetricamente se lhe contrapõe. Não sei se ainda estão lembrados de caso ocorrido há anos em Goiás. Delinqüente com larga folha de antece-

dentes criminais, apesar de jovem, o qual havia seqüestrado outro rapaz, filho de um magistrado, ao chegar de carro à rua principal de Goiânia, com a vítima do seqüestro, foi saudado com efusão por populares, que calorosamente o aplaudiam. Consta, até, que mais de uma moça lhe teria oferecido graciosamente serviços íntimos. O próprio pai do seqüestrado desmanchou-se em elogios ao seqüestrador, assim convertido numa espécie de herói local.

Episódios freqüentes, no mundo do futebol, atestam um fato curioso. O jogador fulano ou beltrano, por hipótese, incorrendo em ostensiva indisciplina, ausentou-se da concentração para participar de uma festa. Mal anuncia a direção do clube o propósito de puni-lo, logo se levantam cronistas desportivos, com os habituais panos quentes, a dizer que não é bem assim, que o clube deve tratar o jogador com maior compreensão etc. etc. Não deixa de haver até quem, a cada demonstração de descaso pelas regras estabelecidas, sinta aumentar no peito a admiração dedicada ao ídolo. Em vez de prejudicar a imagem do atleta, a reputação de infrator torna-o ainda mais popular. Fabricam-se camisetas com a inscrição “*bad boy*” e garotões de corpo sarado, conforme hoje se diz, orgulhosamente as exibem nas praias; nunca vi uma camiseta em que eu lesse “*good boy*”, nunca.

Não costumo acompanhar telenovelas, mas alguns capítulos a que assisti de uma ou de outra, claramente me mostraram que são apresentados, quase sempre, sob colorido um tanto ridículo, personagens cujo comportamento se pauta pelo respeito aos compromissos assumidos, sobretudo os de ordem afetiva. A simpatia vai, muitas vezes, para os vilões, para os que não hesitam em descumprir as normas éticas. Se é certo que o desenvolvimento do enredo se deixa guiar pela inclinação dos telespectadores, apurada por especialistas em pesquisas de opinião, daí as reviravoltas que os enredos sofrem – de repente se percebe que os telespectadores estão simpatizando mais com determinado personagem e antipatizando com outro, então este outro é eliminado ou reduzido a uma posição secundária e aquele passa a ser protagonista. Pois bem, se isso é verdade, então a opção do autor não fará senão refletir o pensamento reinante no público, que despreza os caretas e lhes prefere os espertalhões, os adúlteros, os inescrupulosos, os que pretendem e, não raro, conseguem levar vantagem sobre os outros. Dir-se-á, então, com apoio em dados do Ibope, que as telenovelas se limitam a refletir as tendências predominantes na sociedade, não inventam o acervo de infrações, registram-no e reproduzem-no.

Não se deve esquecer, no entanto, que há modos e modos de registrar e sobretudo de reproduzir. Para simplificar, direi que bem facilmente se percebe, em determinadas reproduções, o tom de dissimulada ou aberta cumplicidade com a violação de normas que se está vendo acontecer. É como se a imagem projetada piscasse um olho malicioso para o telespectador, convidando-o a compartilhar com o personagem, ao menos virtualmente (empregando outra palavra da moda) - o “sabor da infração”.

Esse mesmo sabor devem experimentar precocemente as crianças que se deleitam com certos *video games*, pelo menos com um de que tive notícia há pouco tempo. Trata-se de guiar um veículo virtual, em cuja direção se ganham pontos, cada vez que se atropela um pedestre. Quanto mais vítimas fizer o jogador, mais sobe sua pontuação e há, até, gradações de acordo com a índole da vítima. Quem atropela, por exemplo, uma mulher grávida, ou uma velhinha, “sobe” muito mais do que certos foguetes que acabam por ter de ser destruídos no espaço. Vejam, senhores, e brevemente haverá mais: a crer-se em notícia divulgada pelos jornais, empresa especializada acaba de convidar o notório Ronald Biggs, que anos atrás se apressou em gerar um filho brasileiro, a fim de não ser extraditado para a Inglaterra (nem todos os filhos são gerados por atos de amor, alguns são gerados por interesse). Pois bem, foi convidado o famoso Ronald Biggs a organizar um jogo para essa empresa, que vai ensinar aos participantes como planejar e executar assaltos a trem. Não me atrevo a conjecturas sobre o valor educativo desse tipo de diversões.

Que quer dizer tudo isso? Quer dizer, receio, que não estamos assistindo só a uma espantosa iteração de práticas desviantes, senão, também, que estamos a pique de assistir a algo bem mais sério - a entronização do desvio como modelo. Mais do que a crescente frequência das transgressões, preocupa, hoje, a não menos crescente tendência a desvalorizar ou negar as regras transgredidas. Preocupa, numa palavra, e daí o título da palestra: “A cultura da transgressão”.

O erro da vontade, bem o sabemos, é incomparavelmente menos grave do que o erro da inteligência. A vontade mal orientada leva-nos a cometer uma infração, ou certo número limitado de infrações; o erro da inteligência pode levar-nos a cometer uma infinidade delas. Enquanto temos a consciência do desvio, há sempre a possibilidade, quando não a probabilidade, de que um dia voltemos à via reta. A partir do instante em que apagamos da mente a própria noção de desvio e passamos a acreditar que nenhuma regra existe

ou vale, deixa de haver em nós qualquer motivo para deter-nos na via torta.

Por motivo análogo, costuma o ordenamento ser mais severo com o erro de direito do que com o erro de fato. Quem incorre em erro de fato, com efeito, nada mais faz do que escapar momentaneamente, esporadicamente, singularmente, da malha jurídica, sem ignorar-lhe a existência e sem negar-lhe a validade. Já quem incide em erro de direito recusa a malha em si mesma e põe-se como alheio a ela, ou seja, exclui-se voluntariamente da comunidade que ela visa a reger.

Veja-se o exemplo da ação rescisória: uma sentença de mérito comporta genericamente a rescisão, quando haja violado a lei, isto é, quando tenha sido injusta em tese (Código de Processo Civil, art. 458, V). Mas só em circunstâncias especiais a comportará quando, por defeituosa reconstituição do fato, tenha sido injusta apenas na hipótese. É que, só no primeiro caso, ela poderá representar precedente; se ela afirma uma tese jurídica incorreta, nesse caso, pode funcionar como precedente, fator da proliferação futura de decisões igualmente errôneas. Quando simplesmente existe um erro de fato, isso não acontece, porque o erro de fato não justifica uma tese; ele se limita e os seus efeitos também se limitam àquela hipótese singular de que se estava tratando. Calçar uma vez, por engano, o sapato direito no pé esquerdo, não se compara com sustentar que não há diferença entre o esquerdo e o direito.

Para o grupo social, assim, o perigo de dissolução varia enormemente de grau, à medida que passamos do mero incremento nas estatísticas da infração à difusão da idéia de que nada é proibido e, portanto, a própria noção de infração se despoja de significado. Parece-me extremamente difícil que, a longo prazo, consiga sobreviver uma sociedade onde chegue a prevalecer semelhante ideário.

Nada tem isso que ver, ao contrário do que poderiam supor alguns, com o fato manifesto de que as regras mudam, às vezes radicalmente de um para outro lugar e de uma para outra época. Se Pascal pretendeu desmoralizar o Direito com a irônica observação de que para a justiça algo poderia ser verdade a quem e ser erro além dos Pirineus, decididamente o dardo não atingiu o alvo. Só o atingiria, se o filósofo sustentasse, com boas razões, que algo é verdade e erro ao mesmo tempo e do mesmo lado das montanhas.

Os próprios revolucionários, que se levantam contra a ordem vigente, não agem sob o mero impulso negativo de destruí-la; normalmente, querem

implantar uma ordem nova no lugar daquela. Querem, noutras palavras, substituir as regras, não aboli-las simplesmente, e até pretendem que as regras novas, uma vez estabelecidas, ganhem por parte dos membros da comunidade a homenagem da observância. Uma revolução puramente negativa, que se cingisse a derrubar a ordem vigente sem nada pôr no respectivo lugar, faria retornar a sociedade a estados pré-históricos de sua evolução. Libertados dos antigos vínculos, mas sem vínculos novos de qualquer natureza, que fariam os homens dessa liberdade? A menos que desejassem viver inteiramente isolados uns dos outros, teriam de conformar-se em abdicar de uma parcela, de firmar novo pacto à custa de concessões individuais, e eis que ressuscita a idéia de uma ordem, corporificada num conjunto de normas. Liberdade sem normas seria regressão à pura animalidade, se não fosse certo que, mesmo na conduta dos animais, vige alguma regularidade, sem a qual as espécies rapidamente se extinguiriam.

A esta altura, estarão alguns a perguntar-se que relação tem com o processo e com a justiça, esse rosário de imprecações, tantas vezes banhado no caldo da obviedade? Outros, menos condescendentes, já lamentarão o tempo perdido em ouvir, nesta oportunidade, coisas que, na substância, e, talvez com maior dose de pitoresco, se podem ouvir de qualquer moralista barato de esquina, empenhado em dar vazão, perante o resto do mundo, a vapores alcoólicos. E, no entanto, a relação existe e é cristalina.

Antes de mais nada, se ao falarmos de crise do processo ou da justiça, temos em vista, como sói acontecer, fenômenos como o do entupimento das artérias judiciais, com a conseqüente lentidão da marcha dos pleitos, não é difícil fazer ver que a atribuição da crise está, a rigor, mal dirigida. No Judiciário, desemboca a maioria dos conflitos de interesses entre pessoas, individualmente consideradas ou em grupo. Os conflitos resultam, às mais das vezes, de comportamentos antijurídicos, ou seja, de transgressões. Logo, quanto mais transgressões houver, tanto maior a frequência com que se requisitarão os serviços da Justiça. Visto que os quadros desta não podem alargar-se na mesma proporção em que cresce a demanda, inevitáveis serão os engarrafamentos de trânsito.

Os caminhos do foro com certeza estariam bem mais desimpedidos, se todos os contribuintes pagassem honestamente seus tributos, se a Administração Pública não desprezasse os preceitos jurídicos e éticos ao realizar uma concorrência, se todos os pais proovessem espontaneamente ao sustento dos filhos menores, se ninguém adquirisse armas por meios ilegais, sobretu-

do, se não as usassem para fins ilegais e se todos os cônjuges honrassem os compromissos de fidelidade e assistência mútua que assumiram ao casar-se. Em tal perspectiva pode-se dizer, com propriedade, que a crise da Justiça reflete a crise do direito material. As normas civis, penais, administrativas, tributárias, quicá constitucionais, é que não estão conseguindo manter a comunidade dentro das fronteiras da licitude; escorre do terreno substancial a lama que obstrui os canais do processo.

Nem de longe me passa pela cabeça insinuar que a isso se reduz o conjunto de causas da situação atual. Quis apenas assinalar, com minhas precedentes observações, uma linha de derivação que não deixa de ter sua importância.

Chego à parte final destas melancólicas considerações, sugeridas por preocupação que desejei compartilhar com pessoas que precisamente em razão do patamar mais alto já atingido (é o caso dos assistentes), assumem junto com as galas os ônus e as responsabilidades a ele inerentes. E aqui, ousou interrogar-me ou, antes, interrogar-nos sobre o papel reservado nisso tudo ao juiz. Como há de proceder o juiz ao tomar conhecimento, por dever de ofício, de atentados contra a ordem jurídica?

À primeira vista, parece que ele se vê aprisionado entre duas garras de incômodo dilema. De um lado, com certeza lhe vem a tentação de reagir da maneira que provavelmente agradaria a correntes extremadas da opinião pública, ou melhor, da opinião publicada, que nos inclinamos, com frequência, a confundir com aquela. O juiz lê nos jornais, não apenas acusações, senão provas reais ou supostas obtidas por meios regulares ou irregulares e, mais do que isso, condenações categóricas a que se agregam furibundas exortações no sentido da imposição de punições exemplares.

Advirta-se que não falta boa dose de razão a quem clama, entre nós, contra a impunidade, e asseguram os estudiosos do assunto que a eficácia preventiva da cominação depende muito mais do convencimento de que a ameaça é feita para valer, do que da gravidade da sanção cominada. O que não cabe, entretanto, é usurpar a imprensa a competência para julgar e sem recurso. É, como se diz nos Estados Unidos, onde ainda existe o Júri civil, substituir-se o “*trial by juri*” pelo “*trial by press*”.

Pois bem, o risco a que se sujeita o juiz, desse lado, é o de deixar-se contaminar pelo furor histórico difundido no ambiente e pôr-se a vingar com cega ira, na pessoa daquele réu particular, de todos os desconertos do mundo. Livre-nos, Deus, de tal juiz cruzado, pronto a reduzir a pó tudo

que lhe cheire a heresia. Mas ao juiz tampouco é dado render-se à cultura da transgressão e fingir que não enxerga o ilícito, onde ele cristalinamente se desenha.

Neste ponto, é força aludir, de passagem, ao velho e tormentoso problema das relações entre o julgamento judicial e a lei. Muitos se afligem ante a possibilidade de que a aplicação fria das normas legais conduza a soluções mortificantes para o sentimento de justiça. Há séculos se discute a questão, sem que até hoje se tenha encontrado resposta capaz de agradar a todos os paladares.

Uma reflexão menos superficial sobre o tema necessariamente passaria pela análise da proposta ou das diferentes propostas do jusnaturalismo, em seus sucessivos avatares, assim como passará, em nossos dias, pelo exame do pensamento jurídico a que se costuma chamar de alternativo. É evidente que não posso embrenhar-me aqui em terreno tão acidentado, logo, tratarei de concluir com umas poucas e magras considerações que para alguns, quando não para todos, hão de pecar pela insipidez da banalidade.

Que o juiz não se limita a utilizar normas pré-fabricadas, mas desempenha também, aí, uma função criadora, é coisa de que ninguém mais duvida. O juiz simples “boca-da-lei”, sonhado por antiga doutrina, se alguma vez existiu, é defunto de longa data sepultado. Há limites, contudo, para semelhante criação. O juiz cria nos interstícios da rede normativa, mas não se lhe permite sobrepor a ela sua fantasia, sorvida que seja nas fontes mais puras e alimentada pelas mais santas intenções. Falece ao juiz legitimação política para irrogar-se com amplitude o papel de legislador. Se, de acordo com a lei, tal ou qual comportamento é proibido, não compete ao juiz pôr de lado, sem mais aquela, a proibição, para conceder suas bênçãos a quem a infringiu. Errará se puser a decisão em termos estritamente relacionados com a espécie *sub judice*, e mais gravemente errará se enunciar, à guisa de fundamentação da sentença, princípio tendente a absolver aquilo que a lei condena.

Agora: uma coisa é o respeito à lei devido por parte do juiz, não menos que por parte de todos os membros da comunidade; outra, bem distinta, é o fetichismo do texto legal. Afigura-se bastante, em geral, o espaço deixado ao trabalho hermenêutico, e por via de interpretação, não raro, se chega a resultado suscetível de conjugar em casamento harmonioso - legalidade e justiça. Atente o juiz, como é mister, no mandamento do art. 5º da Lei de Introdução ao Código Civil. Aplique a lei com os olhos postos nos fins

sociais a que ela se dirige e nas exigências do bem comum; assim o dilema, na esmagadora maioria dos casos, mostrar-se-á mais aparente que real.

Minha experiência pessoal de julgador, por quinze anos, no Tribunal de Justiça desse Estado, persuadiu-me de que, quando supunha defrontar-me com a angustiada necessidade de escolher entre solução injusta e solução ilegal, a raiz do problema quase nunca se situava na realidade, mas em meu próprio espírito. Era eu que não estava sabendo dar à lei a interpretação correta, nem, portanto, equacionar devidamente a questão. Refazendo os passos do raciocínio, não se tornava difícil, em regra, achar a saída que me livrasse daquela terrível opção.

Advirto-me de que tudo o que disse, pouco se relaciona diretamente com o terreno específico do processo. Estou convencido de que, de vez em quando, o processualista deve deixar de lado a lupa com que perscruta os refolhos de seus pergaminhos e lançar à sua volta um olhar desanuviado. O que se passa cá fora, na vida da comunidade, importa incomparavelmente mais do que aquilo que lhe pode proporcionar a visão de especialista e, afinal de contas, todo o labor realizado no gabinete, por profundo que seja, pouco valerá se nenhuma repercussão externa vier a ter. Perdoem o chavão adaptado: “o processo existe para a sociedade e não a sociedade para o processo”.

Consideremos, por um momento, as recentes reformas do Código de Processo Civil. A meu ver, é imprudência dar-lhes continuação sem avaliar, de modo objetivo, o que elas trouxeram de novo, não nos textos, mas na realidade concreta dos juízos. Todavia, para corretamente avaliá-las, cumpre, entre outras coisas, saber, a respeito de cada uma delas, que classe de litígios e de litigantes têm atingido em concreto, que espécie de interesses têm favorecido ou desfavorecido.

Tomemos o exemplo da antecipação da tutela, cuja consagração, nos termos genéricos do atual artigo 273, vem sendo “cantada em prosa e verso”, como notável passo à frente na dinâmica da proteção judicial dos direitos. Ponho-me a conjecturar em benefício de quem ela estará atuando no comum dos casos, e não me satisfaz ouvir como resposta: ao autor. Desejo saber mais: quem é esse autor? Será predominantemente o credor de uma soma em dinheiro? Quem sabe um agiota? Será a vítima de insuportável lesão à honra, à intimidade pessoal ou a outro bem jurídico, desses que exigem proteção incontinenti, de preferência em caráter preventivo? Ou estarão destinados

a perecer sem remissão, ainda mais humilhados pela eventualidade de uma pífia reparação pecuniária incapazes, a todas as luzes, de servir-lhes de contrapeso. Em outras palavras, teremos criado, apenas, com a instituição da tutela antecipada, nova agência mais eficiente de cobrança de dívidas? Ou teremos criado um mecanismo suscetível de combater utilmente o tripúdio sobre valores éticos superiores?

Nada sabemos a respeito. O brasileiro não é amigo de verificações objetivas, todos nós preferimos enunciar opiniões, impressões, com frases que geralmente começam com: “eu acho...” e que revelam, em quem as profere, uma prerrogativa invejável - a de achar sem ter tido necessidade de procurar.

Acumulo, como vêem, perguntas sobre perguntas, no extemporâneo e baldo afã de suprir lacunas que deveriam ter sido evitadas no devido tempo. Consola-me, em parte, a esperança de haver suscitado a atenção de outros para problemas que minha perplexidade acha difícil encaminhar a boa solução. Se ao menos isso eu conseguir, já me dou por pago do esforço. Muito obrigado pela atenção.

Agora, como anunciei, eu estou à disposição dos ouvintes, não apenas para perguntas, no sentido estrito da palavra, mas para a manifestação do seu pensamento a respeito de algum ou de alguns dos problemas que procurei suscitar aqui. Estou convencido de que interessam, de maneira muito marcante, à atividade do juiz; o juiz tem de lidar com esses problemas e é preciso que ele disponha de critérios, de diretrizes que possam orientá-lo.

Como me referi a vários aspectos, e é perfeitamente compreensível que a respeito desses vários aspectos, ou de alguns deles, aqueles que me dão a honra de ouvir-me tenham um pensamento diferente, até porque a distância entre as gerações, inevitavelmente, leva a uma grande diferença de perspectivas, então eu gostaria de saber, de vocês o que pensam, resumidamente, acerca dessas questões. De modo que, não apenas perguntas eu espero ouvir, mas, também, manifestações, discordâncias, se for o caso, para que eu possa avaliar o que se está passando no horizonte mental dos juízes novos.

E se ninguém se animar, eu vou propor algumas questões para saber como reagiriam os juízes novos, que são a maioria dos que aqui estão presentes, diante de determinadas situações. Mas primeiro eu faculto, com a vênia do Presidente, pedindo desculpas por não lhe ter devolvido a palavra, a quem assim desejar, a formulação de qualquer pergunta, ou mesmo, como disse, a formulação de uma objeção ou de uma refutação categórica.

*É uma honra, uma satisfação muito grande. Eu me chamo Denise Polinária, sou Juíza titular da 1ª Vara Cível de Campos dos Goytacazes. E, em especial, sinto-me muito satisfeita por essa oportunidade que o conferencista nos trouxe, abrindo um espaço para também levar à Mesa nossas preocupações, não só indagações, mas preocupações sobre a operação do nosso **munus** do nosso dia a dia.*

*E esse tema me fez lembrar uma dúvida, um conflito que sempre me assola, na maioria dos meus julgados. Eu percebo que o Estado, o Poder Público, de um modo geral, e até a opinião publicada, como o conferencista frisou, parecem direcionar ao Judiciário a solução, a perspectiva de solução de problemas que nos vêm, nos são entregues pela falência de diversos setores da vida pública.*

*No mais das vezes, quando julgamos, nos deparamos com uma falta de educação, falta de preparação, muitas vezes, das partes, para a questão da autoconsciência, para, antes de litigar, perceber: - o que eu posso fazer, dentro desse meu conflito, para que não haja necessidade de ir até o Judiciário? E as pessoas vão, muitas das vezes, com questões que poderiam ser solucionadas com autoconsciência, com uma questão que faltou lá atrás, na educação para valores éticos, morais, a consciência de não fazer aos outros aquilo que não queremos que façam a nós.*

*Então, fico pensando: como deve o Judiciário se comportar diante disso? Ele aceita essa atribuição? Ele aceita ser responsável por solucionar conflitos que outros setores teriam que ser chamados, também, para solucionar? Ou como é que ele faz para chegar ao Poder Público, uma escola, por exemplo, dizendo: “Atenção! vamos trabalhar em conjunto, para que o nosso jovem, o menor, não venha a delinquir com tanta facilidade; Poder Público, vamos atuar, também, para que os bancos não tenham o direito de praticar juros tão extorsivos, ceifando empregos, ceifando as oportunidades e impondo a todos crises tão grandes, que incham o Judiciário de conflitos!” - Como é que a gente faz para congregiar todas essas forças? É a minha dúvida.*

A sua pergunta é muito oportuna e muito interessante, mas terei de responder a ela de modo sintético, porque o tema, só por si, poderia ocupar o espaço não de uma palestra, mas de várias.

É exato que se está assistindo a um fenômeno de migração para o Judiciário, de uma série de problemas que, a rigor, deveriam ser resolvidos noutras áreas. Esse é um fenômeno que tem sido estudado por especialistas

e que tem várias causas, dentre elas, a proliferação de conceitos indeterminados nas leis, que depois precisam ser concretizados pelo juiz, como se o legislador delegasse ao juiz a tarefa de explicar o sentido de certas palavras e expressões, por exemplo, bons costumes, ordem pública etc. Nas leis modernas, é muito comum esse fenômeno da fuga para as cláusulas gerais, melhor dizendo, o legislador hesita em descer a pormenores, em ser muito casuístico, então ele estabelece cláusulas genéricas de sentido mais ou menos indefinido e entrega ao juiz o trabalho, depois, de concretizar aqueles conceitos.

Por outro lado, a atividade estatal se tornou de tal maneira complexa e polifacetada, que deu origem, como é óbvio, ao surgimento de um número de problemas muito maior do que os existentes anteriormente. Então, uma série de questões que não costumavam ser suscitadas perante o Poder Judiciário, passaram a ser, até porque a comunidade foi pouco a pouco tomando consciência não só de certas carências, que eram até certo ponto aceitas como normais, mas também, da possibilidade de tentar obter uma solução para essas carências, que nem sempre se encontra por via da atuação dos outros Poderes e que leva, então, como última *ratio*, como último recurso, os interessados a bater às portas da Justiça. Veja como isso tem acontecido, por exemplo, em matéria de ambiente: algum tempo atrás, a Justiça não se ocupava ou só se ocupava excepcionalmente de questões relativas à preservação do ambiente; hoje, em certos momentos, em certos lugares, é quase que um prato cotidiano do nosso cardápio judicial, e assim por diante.

Então, houve, de fato, uma migração, repito, uma transferência de muita coisa que não era tarefa normal do Judiciário, para este âmbito. Desde que a Constituição impõe que do seu conhecimento não seja excluída nenhuma lesão ou ameaça a direito, o Judiciário vê-se forçado a absorver essas questões. Ele não pode dizer: “Não é comigo!”. A não ser que, efetivamente, não se trate de matéria suscetível de uma apreciação jurídica, de matéria que nada tenha a ver com lesão ou ameaça a direito, jurisdicionalmente reparável ou evitável.

Dou-lhe até um exemplo freqüente e recente: certa vez eu participei de um programa de televisão, com o Dr. Sérgio Bermudes, meu querido amigo, advogado de grande prestígio, sobre o acesso à justiça, e houve um telefonema (porque havia a possibilidade de pessoas do público interferirem, formulando perguntas) de uma senhora, que nos causou grande pena,

formulando a seguinte pergunta: “A que órgão judicial eu devo dirigir-me, para obter recursos financeiros, destinados à compra de remédios para a minha filha?”.

Veja como a população, em certos setores, é levada a crer que a chave de todos os segredos está nas mãos do Judiciário; o Judiciário seria até capaz de arranjar dinheiro para que ela pudesse comprar os remédios. Infelizmente, sabemos que estamos muito longe dessa situação. Então, o juiz tem de enfrentar, como puder, com os recursos que a lei lhe fornecer, questões que se vão avolumando, crescendo, multiplicando e ganhando, a cada dia, maior complexidade.

Nós hoje, como juízes, temos que enfrentar questões de natureza técnica muito mais complexas do que outrora e isso se deve, obviamente, ao progresso, ao progresso da ciência, questões, por exemplo, como de determinação da paternidade; outrora tínhamos que examinar apenas indícios, uma cartinha amorosa que tivesse sido escrita, um telefonema que tivesse sido presenciado por alguém. Hoje, nós temos à nossa disposição meios técnicos, que, graças a Deus, nos permitem uma convicção muito mais segura, mas não deixam de constituir uma complicação a mais, porque afinal de contas, embora certos exames tenham assumido um grau de certeza muito alto, a última palavra cabe ao juiz. E ele não pode só basear-se num único elemento, de modo que toda essa evolução cria para o Judiciário, para o juiz, problemas inéditos, e vai continuar a criar problemas cada vez mais complicados, e a cada dia vamos defrontar-nos com questões inéditas, porque a técnica não vai parar de evoluir.

Veja esses casos de transmissões por Internet. Isso suscita uma série enorme de problemas; eu citei, aqui, um - o das transmissões de caráter maligno. Esse é um problema que, certamente, afeta a Justiça; já afetou, porque, aqui, eu posso atestar, concretamente, que ocorreu a proibição da transmissão de certos *video games* e até da aquisição, da compra de certos *video games*. É um problema muito delicado e até a esse respeito eu gostaria de saber a opinião dos juízes que aqui estão, porque, em certos momentos, nos defrontamos, esbarramos com regras até de hierarquia constitucional, que estabelecem limites à nossa atuação – matéria de censura, por exemplo.

Houve, já, casos interessantes, aqui, na nossa Justiça. Houve um caso em que determinada diretora teatral, ao montar um espetáculo de ópera, queria que aparecesse um bando de crianças inteiramente despidas, e o caso foi parar na Justiça, porque o então titular da Vara da Infância e Juventude

entendeu que aquilo era um atentado à privacidade das próprias crianças; embora elas pudessem concordar, a concordância não era válida, porque se tratava de menores ainda sem discernimento suficiente para fazer uma avaliação correta. Então, a privacidade delas estaria sendo objetivamente violada com a sua aparição no palco, completamente despidas, e isso foi proibido, elas tiveram de aparecer com alguma coisinha leve, bem sumária, mas que, em todo caso, cobrisse o essencial, digamos assim. Esse problema foi levado ao juiz, que teve de enfrentá-lo.

A venda do *video game*, que incentiva as crianças a atropelar velhinhas, foi proibida, mas houve um problema, porque os vendedores dessa mercadoria alegavam que não poderia haver proibição porque se trataria de censura e a censura está proibida na Constituição.

Estou aqui apresentando exemplos, para que os senhores, como não dá tempo de indagar um por um, reflitam sobre como cada qual reagiria. Em tarde chuvosa de sábado, quando não tiverem melhor programa, reflitam sobre como cada qual reagiria, diante destas várias situações concretas a que eu estou referindo. Vamos recapitular: o caso das crianças que se desejava que aparecessem nuas; o caso dos *video games* que veiculam esse tipo de mensagem – “atropelem bastantes velhinhas”.

Agora, um outro caso, há tempos, aqui – este tramitou pela nossa Justiça: o caso do filme “Calígula”, ou melhor, o caso da transmissão pela televisão do filme “Calígula”. Eu não assisti ao filme, mas, segundo notícias fidedignas, trata-se de uma película em que há, não só uma exibição maciça de violência do mais alto grau, como também, cenas de sexo explícito que foram consideradas como pouco apropriadas para a transmissão pela TV, mesmo em horário mais tardio.

Pois bem, o Ministério Público intentou uma ação civil pública, sustentando que a exibição daquele filme, pela TV, ofenderia interesses difusos e, particularmente, o interesse na observância de preceitos constitucionais, porque a programação da TV, hoje, entre nós, é matéria constitucionalmente regulada, embora esses textos da Constituição sejam, quase sempre, letra morta, mas estão lá.

Então, o Ministério Público local ajuizou uma ação civil pública com o fundamento de que a ação civil pública, como sabem, é o veículo adequado para postulações que tendam a defender interesses difusos e coletivos. Pois bem, o Ministério Público alegou que havia um interesse, e certamente há, em que esses preceitos sejam observados. Ingressou em juízo, o filme tinha

sido anunciado por meio daquelas “chamadas” – é o nome que se dá – e o juiz a quem o feito foi distribuído concedeu uma liminar determinando a suspensão da exibição. Depois, o processo correu e a sentença final confirmou a suspensão, logo, o filme não foi exibido. Mas vem sempre uma argumentação contrária, sob o infalível argumento da proibição constitucional à censura.

Alguém mais deseja, desde logo, manifestar-se? Por favor.

*Bom dia, Desembargador, apenas para trazer uma colaboração. Enquanto Vossa Excelência palestrava, eu estava fazendo uma regressão histórica pela minha passagem pela magistratura e parece que nós estamos vivendo o fenômeno do Direito imediatista. As nossas leis já não se dão mais por satisfeitas com números, hoje as leis têm nomes – a Lei do Crime Organizado, a Lei do Crime Hediondo e, dentro da Lei do Crime Hediondo tem até lei com nome pessoal. Evidentemente que esse fenômeno decorre, em grande parte, da massificação dessa veiculação de notícias pelos órgãos de comunicação, notadamente, hoje, a televisão. Em geral, quando a gente lê o jornal no dia seguinte, já ouviu, já viu a vinheta da notícia na véspera, nos últimos jornais da noite.*

*Tenho notado que, de alguma forma, na prática, essa deformação da informação tem criado um resultado que, querendo ou não querendo, tende a encourçar o magistrado, por exemplo: a Lei dos Crimes Hediondos proíbe a concessão da liberdade provisória, a fiança e qualquer outro benefício que implique na liberdade. Houve uma massificação, quase que desapareceu o homicídio simples, o juiz recebe quinze denúncias e de repente, quatorze delas são de homicídios qualificados, basta que a imprensa tenha dado ao caso uma certa relevância, uma manchete mais gritante no jornal.*

*Agora, veio a CPI de entorpecentes e outras coisas mais e, de repente, o art. 16 da Lei de Entorpecentes desapareceu, porque o art. 12 proíbe que o juiz conceda liberdade, conceda fiança e outros benefícios.*

*Como Vossa Excelência vê este fenômeno, hoje, dessa opinião de imprensa provocando uma legislação mais ou menos casuística e o resultado prático da exploração dessa legislação?*

Eu me referi, embora ligeiramente, na palestra, a esse fenômeno da influência que pode ser exercida e é exercida pelos meios de comunicação social. Eu me recuso a usar o horrendo barbarismo “mídia”, não uso. Eu falo em meios de comunicação social, mídia não gosto, é uma palavra de origem espúria. Bem, embora possa parecer, realmente, extravagante essa minha preocupação com a pureza da linguagem nos dias que correm, não

me incomodo de ser excêntrico em certas coisas.

Realmente, é muito grave o problema da interferência dos meios de comunicação social, não só na legislação, mas também na atividade judiciária. Porque, em certos casos, nós temos visto, e eu aludi de passagem a isto, condenações antecipadas, precipitadas irrecorríveis e injustas; basta lembrar o famoso episódio daquela escola de São Paulo, cujos donos foram acusados pela imprensa de praticar abusos contra os alunos. Bem, verificou-se, depois, que a suspeita não tinha nenhum fundamento, mas quando se verificou isso, já era tarde demais, porque qualquer pessoa que tenha filhos numa escola e ouça dizer que nessa escola se praticam abusos contra os menores, a primeira providência que toma, antes mesmo de qualquer averiguação, é retirar o filho da escola. E o fato é que o estabelecimento fechou, as pessoas passaram por vexames terríveis, se não me engano até tiveram que ausentar-se do país, pelo menos por algum tempo.

Pois bem, foi a isso que aludi com a expressão “*trial by press*” - o julgamento pela imprensa - de modo que há uma dupla faceta nessa problemática: há a influência da mídia (desculpando a palavra de que eu não gosto) na legislação, porque o legislador supõe que aquilo que é publicado, necessariamente corresponde à opinião pública. Por isso é que distingo opinião pública de opinião publicada, mas há uma confusão freqüente entre essas duas coisas. Se vários jornais começam a publicar editoriais quase todo dia, em determinado sentido, o Poder Legislativo parece que, em certos casos, se sente na obrigação de aderir àquela onda e de fazer uma lei geralmente casuística a respeito. Então, é o perigo da reação histórica, à qual me referi também, que não se verifica só entre os juizes, mas também e mais ainda, entre os legisladores, por sinal que, em regra, com o emprego de uma técnica lamentável. As leis além de tudo são tão mal feitas que forçosamente vão sofrer distorções e vão criar problemas na hora da aplicação prática.

Bem, e há a influência direta sobre os juizes – esse é um problema muito interessante, que tem vários desdobramentos – o problema da interferência ou da influência que pode exercer sobre o andamento do processo e principalmente sobre o julgamento, pela atuação dos meios de comunicação social. Um exemplo, entre outros, dessa problemática: a presença de emissoras de televisão nas sessões de julgamento - é um problema interessante que tem sido muito discutido. Deve-se ou não - em nome do direito à publicidade dos atos processuais, do princípio da publicidade dos atos processuais, do direito à informação que está, também, mencionado no texto constitucional

– permitir que ingressem câmeras de televisão nos salões onde se realizam sessões de julgamento?

Isso tem preocupado os juristas e tem sido discutido o problema. Entre nós, pouco, ainda, até porque não se encontra, propriamente, uma jurisprudência. Eu devo dizer que estou fazendo, neste momento, uma pesquisa a respeito, para um trabalho que desejo redigir; e não se encontra jurisprudência porque, em geral, o problema é posto e resolvido na hora e não há nenhuma medida judicial, que até seria inútil. Por exemplo, na sessão em que se vai julgar um caso rumoroso, aparece alguém no Tribunal com uma câmera de televisão e quer gravar ou transmitir ao vivo, mas o Presidente da sessão não deixa, e considerando que não haveria nem tempo para impetrar uma medida qualquer contra aquela decisão, o caso se encerra ali. Estou colhendo precedentes e até ficaria muito grato a quem conheça algum e possa me comunicar.

Houve, por exemplo, no Superior Tribunal de Justiça, casos em que se permitiu apenas a tomada de fotografias antes de começar o julgamento, mas a partir dali, o Ministro que presidia a Sessão fez retirar os equipamentos. É claro que os jornalistas podem assistir como qualquer do público – sentar numa das cadeiras existentes, assistir e tomar notas, isso é perfeitamente legítimo e ninguém discute. Mas já não é tão tranqüilo o problema de saber se se deve permitir, durante o julgamento, a tomada de fotografias, ou a transmissão pelo rádio, ou a gravação para posterior transmissão pela televisão, porque essas interferências - há estudos psicológicos a respeito - influem no comportamento do próprio julgador.

Nós todos vamos sentir uma certa influência no nosso próprio modo de agir e de falar, se estivermos diante de uma câmara de televisão. Nós não vamos dizer as mesmas palavras e, sobretudo, não vamos dizê-las no mesmo tom que usaríamos se estivéssemos só com o ambiente normal, corriqueiro, cotidiano. O juiz corre o perigo de sentir-se um pouco vedete, isso é natural, faz parte da condição humana. Sob os holofotes, os refletores, agimos de maneira diferente, podendo até vir a emitir uma opinião que não emitiríamos se não estivéssemos sob aquelas condições. De modo que a tendência é não permitir a gravação.

Nos Estados Unidos, por exemplo, a Suprema Corte não permite a transmissão por televisão de suas sessões e essa é a tendência dominante, embora por vezes se questione essa atitude, dizendo: “Mas isso infringe a liberdade de informação, isso infringe a publicidade dos atos processuais...”.

É que, na verdade, e eu estarei aqui falando com a voz do “Conselheiro Acácio”, nenhum dos princípios do ordenamento jurídico pode ser tomado como absoluto, sem a preocupação de confrontá-lo com outros, porque há uma série de garantias e de direitos que podem estar em choque uns com os outros. A liberdade de informação pode chocar-se com o meu direito à honra, à privacidade e em muitas situações acontecem esses conflitos.

E aqui está uma boa oportunidade para dizer uma palavrinha a esse respeito aos juízes novos. Um dos grandes perigos que o juiz corre é o de, fascinado pela beleza de um determinado princípio legal ou constitucional, que ele preza extremamente, esquecer o resto e deixar-se guiar só por essa luz. O juiz tem de ver que o ordenamento jurídico e o próprio ordenamento constitucional é complexo e se forma de tecidos variados, que se entrelaçam e têm de conviver, porque eles representam valores igualmente dignos de preservação, igualmente dignos de reverência. Tanto é digna de reverência a liberdade de informação, o direito que temos nós de ser informados dos acontecimentos, como também é digno de reverência o direito que tem uma pessoa de não querer que determinados fatos da vida privada sejam revelados, senão aqueles a quem ela queira comunicá-los.

A todo momento esses valores se chocam e cada um deles puxa o juiz para um lado diferente. Então, é necessária muita prudência, utilização do bom senso para, naquele caso concreto, verificar - já que não é possível proteger ambos de maneira integral - em que medida algum deles ou ambos precisam ser momentaneamente sacrificados, a fim de que se chegue a uma solução razoável.

Isso é um problema muito em moda na doutrina e a ele se referem os princípios dos quais certamente já ouviram falar, a cujo respeito já devem ter lido, da razoabilidade e da proporcionalidade. Em matéria, por exemplo, de interferências do Poder Público na vida dos cidadãos, é preciso que nós nos indaguemos se a medida da interferência se justifica pela necessidade, pelo fim a que se destina, de tal sorte que possamos, tanto quanto possível, estabelecer o limite, que nem sempre vem determinado matematicamente na lei, o limite até o qual a intervenção é legítima e depois do qual ela passa a ser ilegítima. Esse é um problema delicadíssimo que o juiz enfrenta, e estará enfrentando com frequência cada vez maior, porque hoje nós assistimos a uma grande explicitação de princípios e de direitos que em outros tempos ficavam na penumbra.

Os direitos personalíssimos, por exemplo, tiveram, modernamente, um desenvolvimento incomparavelmente superior ao que tinham tempos atrás, décadas atrás. O direito à privacidade é algo relativamente moderno - a concepção de um direito à vida privada, à intimidade, a proteger certos aspectos da nossa vida da curiosidade alheia - essa é uma noção relativamente moderna. Então, cada vez mais surgem ocasiões de conflito, na medida em que nós os explicitamos, quando passamos a reverenciar princípios e interesses que outrora não tinham grande relevo, é claro que esses novos princípios, esses novos direitos vão conflitar, vão colidir, vão chocar-se com outros. Então, é preciso que tenhamos muita prudência, repito, para determinar o ponto de equilíbrio entre coisas que nos puxam cada uma para um lado. E é muito nefasto ficarmos fascinados, como quem olhasse para a cabeça da Medusa, por um determinado princípio, e, aí, sermos levados a desvalorizar excessivamente os outros, que com ele poderiam entrar em conflito.

E tudo isso tem muito a ver com o tema da palestra, porque é exatamente essa busca do equilíbrio que nos deve sempre inspirar, diante do problema da transgressão e da repressão com que se deve reagir a ela, para não nos tornarmos histéricos, paranóicos, nem começarmos a querer “enriquecer” o nosso ordenamento penal com coisas como a pena de morte. De um lado, esse é um perigo a evitar e, de outro lado, o perigo de achar que nada importa, que a lei não é feita pra valer, que a cominação está ali apenas como um enfeite no texto; são extremos, digamos, antitéticos, diametralmente opostos, e ambos devem ser cuidadosamente evitados. E nem sempre para isso dispomos de um metro legal, há muita coisa que fica a critério do bom senso, da prudência do juiz. Às vezes a lei até amarra demais, mas noutros casos, não, ela, intencionalmente transfere para o Judiciário a responsabilidade. ◆

# REINTEGRAÇÃO AO ESTUDO DA PROVA

## (SEGUNDA PARTE)\*

**JOÃO CARLOS PESTANA DE AGUIAR**  
*Desembargador do TJ/RJ*

### **XI. As Classificações das Provas. As Presunções e os Indícios**

A) **As Classificações** - Várias classificações doutrinárias da prova existem. Não obstante, as mais comumente adotadas são as de **Bentham, Malatesta e Carnelutti**, cada qual com exposição própria a respeito.

A classificação de Bentham, voltada para os escritos, dá relevo ao momento em que as provas literais se produzem, podendo ser **casuais ou preconstituídas**, quando visam a prevenir futuros litígios. Contudo, ao denominar de prova preconstituída “aquela que a lei ordenou a criação e sua conservação para corporificar a existência de um direito ou de uma obrigação, até o ponto em que a exibição dessa prova seja necessária à manutenção desse direito ou dessa obrigação”, teria limitado **Bentham**, segundo a doutrina, o alcance da prova documental. Para isso chama a atenção Pedro Batista Martins, apoiado em João Mendes, ao afirmar que há provas literais como, por exemplo, as cartas, os assentamentos e os apontamentos, as quais, conquanto realizadas antes do ingresso de uma ação em Juízo, não deixam de ser casuais.

Todavia, o caráter casual dessas provas estaria mais no fato de terem sido criadas sem prévia determinação de lei, para amparo a direitos, do que no momento de sua realização. **Bentham**, porém, fez essa distinção e em seguida reconhece, ao atribuir à prova preconstituída uma força antilitigiosa, o efeito protectivo continuado com que a mesma mantém os direitos ao abrigo de litígios futuros.

A classificação de **Malatesta** parte de três aspectos básicos, quais sejam: **o objeto, o sujeito e a forma** da prova. Segundo o objeto, a prova é dividida em direta e indireta, na conformidade de sua relação direta ou

---

\* A primeira parte deste trabalho foi publicada na Revista da EMERJ nº 8.

indireta com o fato probando. Assim, o testemunho ocular, o documento, a perícia, são modalidades de provas diretas. Já as presunções e os indícios são modalidades de provas indiretas, pois reclamam uma atividade intelectual indutivo-dedutiva. Segundo o sujeito, a prova é a pessoa ou coisa de quem ou de onde provém a prova, a pessoa ou coisa que afirma ou atesta a existência do fato probando. Conseqüentemente, segundo o sujeito, a prova é pessoal e real. Como prova pessoal temos o depoimento pessoal, a confissão e o testemunho. Como prova real temos toda a atestação produzida por uma coisa. Finalmente, segundo a forma, a prova se divide em testemunhal, documental e material, pelo modo ou maneira com que se apresenta.

Já **Carnelutti** estabelece sua classificação tomando o juiz como sujeito da prova. O objeto da prova é o fato sobre o qual versa a ação e que deva ser verificado. Daí parte **Carnelutti** para suas duas categorias fundamentais que são a prova direta e a indireta, sempre tomadas perante o juiz. As provas diretas, por sua vez, se subdividem em pessoais ou reais, segundo a fonte de que promanam. As indiretas se subdividem em históricas e críticas. Toda reprodução de um fato compreende a prova histórica, podendo ser testemunhal ou documental. Todo o juízo de raciocínio ou de experiência corresponde à prova crítica. Como prova crítica temos as presunções, os indícios e as regras gerais de experiência.

**B) Presunções e indícios como provas indiretas. Diferenças na formação e na conclusão** - Perante as modalidades de classificação das provas acima, encontramos as presunções e os indícios situados como provas indiretas, sendo que **Carnelutti** lhes dá o atributo de prova indireta crítica.

Não obstante isso, absteve-se o Código vigente de dedicar normas gerais reguladoras das presunções e dos indícios, ao contrário do que o fizera o direito anterior (arts. 251 a 253 do anterior CPC). Isso não quer dizer que receberam uma depreciação legal, mas sim que passaram a ser considerados sob um outro prisma de sua natureza jurídica.

Estando as presunções *hominis* ou *facti* previstas expressamente através das máximas gerais de experiência (art. 335) e tendo as presunções *juris* ou *legis* seu lugar adequado nos institutos de direito substancial e formal onde especificamente se impõem, não há necessidade de uma regulamentação genérica das presunções. E sendo os indícios convergentes, que noutros tempos já foram identificados às presunções, juízos de valor embasado no livre convencimento do juiz, situam-se tão bem neste setor quanto no da

prova. Ainda assim, mais de uma vez faz a lei implícita alusão aos indícios, embora no campo de outros institutos (v.g., art. 371, III e art. 402, I).

Sendo ambos modalidades da mencionada prova indireta, diferem-se hoje em seu alcance. A despeito disso, se a presunção é o resultado colhido através de um juízo de probabilidade, também o são os indícios. Mas a primeira é um processo lógico consistente na ilação tirada de um fato conhecido, para a prova de um fato desconhecido (art. 1.349 do CC francês). Já o indício é a circunstância conhecida que, tendo relação com o fato, autoriza, por indução, concluir-se pela existência de outra ou outras circunstâncias (art. 239 do CPP). Logo, se a presunção resulta na ilação de um fato conhecido para a prova de um fato desconhecido, o indício fica aquém, pois é circunstância que conduz a outras circunstâncias, as quais, conjugadas, formam a presunção. Daí afirmar **João Monteiro** que o indício é o meio e a presunção, o resultado. Desse modo, **de nada vale o indício se tomado insuladamente**.

C) **Os indícios em sua essência final** - Em sua essência, desdobrado como um meio remoto de outro meio próximo para a descoberta da verdade e sem que haja um ou mais indícios ou circunstâncias a si entrelaçados, o indício isolado não chega a lugar nenhum para a formação de um convencimento. **E de nada valerá na apreciação final da prova dos fatos**.

Os indícios podem se formar tanto por meio de circunstâncias observadas e assim, de ilações abstratas decorrentes de aspectos fáticos, quanto por meio de circunstâncias concretas deduzidas de princípios de prova.

Como exemplo de ilações decorrentes de aspectos fáticos, temos a desproporção entre o preço da venda e o preço real do bem vendido a revelar a presença do vetusto instituto da **lesão** (Livro Quarto, Tít. XIII das Ordenações Filipinas), este não contemplado em nosso direito positivo, pelo que se apresenta como fato que, por si, conduz à presença do **indício** acerca da existência de um vício do consentimento.

Mas isso só ocorrerá no caso da **lesão simples** através da qual, segundo a melhor e mais antiga doutrina a respeito, a venda do bem é feita por valor abaixo e até a metade de seu real preço de mercado.

Quando, porém, ocorrer a **lesão enorme** na desproporção no preço (ao ficar abaixo da metade até 1/3) e a **lesão enormíssima**, sendo o vendedor enganado em além de dois terços do valor do bem (logo a venda ficou abaixo de 1/3) nessas duas últimas hipóteses de **lesão**, haverá o *dolus in re ipsa*, a independer de qualquer meio de prova. Queremos dizer, a prova do

dolo de aproveitamento se evidenciará tão-somente pelo próprio preço desproporcional, dispensando prova complementar.

Como exemplo de circunstâncias concretas indiciárias temos qualquer princípio de prova por escrito, o *testimonium per tabellas* (declaração escrita), o testemunho por ouvir dizer, o reconhecimento de firma por semelhança quando aposta em documento particular, a informação de pagamentos de propina a terceiros em contabilidade de origem ilícita etc.

São os indícios fontes de prova que podem ou não conduzir a um convencimento. Sua relevância no campo da prova só ocorre quando são **somados** a outras circunstâncias ou outros indícios. Por si, isoladamente, reitere-se *ad nauseam*, são irrelevantes, pois não levam a nenhum resultado.

Seja nascido de um elemento concreto de informação componente dos autos, seja de um raciocínio indutivo, o indício é sempre o caminho inicial para a apuração da verdade, pelo que pode ser situado na faixa do livre convencimento do juiz. Inclusive só receberá algum valor e convulsionará o campo da prova, ao neste penetrar, se estiver coerente, preciso e concordante com outros elementos de convicção dos autos.

Em suma, o indício é um raciocínio de indução e dedução, ou seja, um trabalho intelectual que sugere um resultado, mas que, por si, não pode produzir esse resultado, pelo que se forma fora da área de regulamentação do instituto da prova. Por isso mesmo, singularizadamente, não pode ser considerado propriamente como um meio de prova, embora, numa decomposição de valor, como dissemos, pode perfeitamente assumir o papel de meio remoto do meio próximo de prova, tanto que sempre dependente da atividade intelectual de conjugação. Forma-se, portanto, através de duas etapas intelectivas situadas na área do livre convencimento do juiz, com presença óbvia do sistema de fixação formal de fatos.

**XII. Princípios Gerais da Prova** - Tomando-se o meio de prova em sua acepção real, toda e qualquer disposição legal que, entrosada com outras, tenha por objetivo a busca da verdade, deve ser considerada como meio de prova. Passa a se situar, esse conjunto de disposições convergentes, a partir do pólo oposto da prova legal, onde emerge o critério apriorístico da certeza ficta.

Nessa circunstância, podemos considerar os princípios gerais da prova como critérios legais em busca do ideal de verdade. **Echandiá** cataloga vinte e sete princípios. Vários, porém, correspondem à subdivisão de

outros. Por isso podemos condensá-los, tomando-se o grau de intensidade com que iluminam nosso direito processual e fazendo-se remissão a alguns dispositivos que os consagram, nos seguintes:

1º - **Princípio da auto-responsabilidade das partes** - A despeito da incorreção do vocábulo composto “auto-responsabilidade”, bem lembrada por **Castro Mendes**, encontra-se este *nomen juris* consagrado na doutrina. Quer expressar que a parte suporta as conseqüências de sua inatividade, de sua negligência e inclusive de seus erros insanáveis, bem como dos atos intencionais e maliciosos, na observação de **Valentin Siva Melero** (art. 14 a 18, 22, 125, n. III, 129 e 333 do CPC, dentre outros).

*Sibi imputet*, diziam os romanos.

2º - **Princípio da audiência contraditória** - É denominado pelo direito alemão de princípio da audiência bilateral - *Grundsatz des beiderseitigen Gehörs*. Concretiza-se na frase: “Ninguém pode ser condenado sem ser ouvido”, o que em matéria de prova se subsume no cabimento da produção da prova somente havendo a possibilidade da contraprova. Logo, nenhuma prova pode ser produzida por uma parte na ausência da outra parte (arts. 125, I, 213/233, 319/324, 326, 327, 336, 398, 407, 408, 414, par. 1º, 416, 421, parágrafos 1º e 2º, 442, parágrafo único etc.).

3º - **Princípio da aquisição (ou comunhão da prova)** - Uma vez produzidos, todos os meios de prova passam a integrar o campo probatório unificado, servindo à comprovação do direito de qualquer dos litigantes e ao interesse da justiça na investigação da verdade (arts. 130, 342, 392, parágrafo único, 398, 440).

4º - **Princípio do livre convencimento motivado, da livre convicção, livre apreciação ou da persuasão racional** - Consiste na liberdade concedida ao juiz na apreciação da prova, mas atendendo aos fatos e circunstâncias **dos autos**, ainda que não alegados pelas partes, cabendo-lhe indicar na sentença os motivos de seu convencimento (arts. 131 e 436). *Quod non est in actis non est in mundo*.

5º - **Princípio da imediatidade** - De muito consagrado na doutrina alemã (*Unmittelbarkeit*), foi subdividido por **Goldschmidt** em dois:

A) em sentido subjetivo ou formal, segundo o qual o juiz deve tomar contato imediato e pessoal com os meios de prova, sobretudo a prova oral.

**Malatesta** ressalta a importância fundamental da imediatidade na prova oral quando adverte: “Há sinais de veracidade ou de mentira na fisionomia, no som da voz, na serenidade ou no embaraço de quem depõe:

é uma acumulação preciosa de provas indiretas, que se perde quando se julga sobre o escrito”. Na palavra de **Affonso José de Carvalho**, evidencia-se igualmente essa importância, até mesmo em sutilezas do depoimento, senão vejamos: “Um tique, uma contração nervosa da testemunha, uma transmutação de cor, uma turbção, como diria o legislador filipino, uma palavra espontânea, um gesto, podem constituir revelações de estados d’alma capazes de gravar no observador uma convicção decisiva. Ora, uma tal observação, nos casos especiais em que se faz necessária, não a comete o julgador a outrem, a quem não possui aquele interesse imparcial e vivo de conhecer a verdade”.

B) Em sentido objetivo ou material, através do qual os meios de prova utilizados devem estar tão próximos quanto possível da percepção sensorial do juiz e das partes, o que o sistema anglo-saxônico denomina de *the best evidence rule* - a melhor prova. O princípio da imediatidade se entrosia intimamente com os três outros que serão a seguir independentemente apresentados, quais sejam o da oralidade, da concentração e da identidade física do juiz. Encontra-se presente em vários dispositivos do Código, dentre os quais os arts. 130 a 132, 336, 342 a 346, 361, 410 a 418, 427, 435, 440 a 443 e 446, n.II.

6º - **Princípio da oralidade** - Através deste, há a predominância da palavra falada (art. 336). São sempre orais os depoimentos das testemunhas e das partes, não tendo o mesmo valor probante qualquer declaração que pretenda substituí-los (arts. 342 a 346, 410 a 418).

De qualquer modo, é passível de valor indiciário a declaração escrita de terceiro, conhecida como *testimonium per tabellas*. Mas não se cotrapõe à regular prova oral, nem vale insuladamente.

Serão orais e com valor probante os resumos do laudo pericial feito pelos peritos em audiência, assim como os esclarecimentos por estes prestados quando houver pedido das partes (art. 435), havendo os debates orais quando se tornar necessária a produção de tais provas em audiência (art. 330, n. I).

7º - **Princípio da concentração** - A oralidade acima mencionada se concentra na audiência de instrução e julgamento (arts. 336, 343, 410, 435, 452). Só caberá a produção de tais provas noutra oportunidade nos casos estritamente previstos em lei (parágrafo único do art. 336).

8º - **Princípio da publicidade** - É considerado por **Bentham** em matéria de prova como a mais eficaz salvaguarda das decisões judiciais. Os atos processuais são, em regra, públicos, máxime a audiência (*mündliche*

*Verhandlung*), só correndo em segredo de justiça nos casos taxativamente expressos (art. 155 e seu parágrafo único).

9º - **Princípio da identidade física** - O ideal seria o mesmo juiz presidir toda a instrução e julgar a lide. Ante a impossibilidade prática de tal sempre ocorrer e mesmo isso ocorrendo, há as hipóteses de produção de prova fora da terra, através de cartas precatórias e rogatórias. O art. 132, com a nova redação dada pela Lei nº 8.637 de 31/3/93, se empenhou em regulamentar do melhor modo a identidade física do juiz que concluir a audiência.

10 - **Princípio dispositivo (*Vernhandlungs Dispositionmaxime*)** - Encontra-se em estreita conexão com o princípio do livre convencimento motivado. Por meio deste limita-se o juiz a julgar o que foi alegado e provado: *judex secundum allegata et probata judicare debet*.

Por sinal, a doutrina italiana costuma apresentar a regra latina das limitações do juiz à prova sob a redação: *judex secundum allegata et probata partium judicare debet* (**Satta** - *Commentario al Codice di Procedura Civile*, Libro Primo, art. 115, p. 450; **Cappelletti** - *La Testomonianza della Parte*, v. I, p. 53). Se lá a regra com a redação acima é válida ante o disposto no art. 115 do CPC italiano, tal não ocorre perante nosso direito. Aqui não somente as partes produzem prova, pois também pode o juiz de ofício determinar sua produção, pelo que o campo probatório não se restringe ao *juxta probata partium*.

O campo do **contraditório**, outro princípio mas de caráter geral no processo e com o qual mantém o princípio dispositivo íntima correlação, é estabelecido exclusivamente pelas partes. Em decorrência da área dos fatos controvertidos, delimitam as partes o campo probatório, malgrado seja da competência do juiz a admissão, condução e até determinação de diligências atinentes à prova. Contrapõe-se, este princípio em exame, ao princípio inquisitório ou autoritário (*Untersuchungs - Offizialmaxime*), tido por respeitável corrente doutrinária como até então o predominante no Brasil. Curiosamente, a despeito de não terem as diretrizes mestras do vigente CPC sofrido alterações substanciais no assunto, divergem as respectivas exposições de motivos a respeito do princípio adotado. Se a do Código de 1939 informava ter sido contemplado o princípio autoritário, como bem acentua **Moacyr Amaral dos Santos**, a do Código vigente afirma ter sido consagrado o princípio dispositivo através do art. 262, “embora reforçando-se paralelamente a autoridade do Poder Judiciário, armando-o de poderes

para prevenir ou reprimir qualquer ato atentório à dignidade da justiça” (art. 125, III).

**XIII. Os Oito Problemas da Prova** - Em notável aula ministrada a 22.11.1973 na Faculdade de Direito de Osasco, São Paulo, partiu **Sentís Melendo** dos cinco problemas arrolados por **Eduardo Couture** para, acrescentando três outros, fazer uma bem lançada exposição dos caracteres essenciais do instituto da prova. Ao “que” é a prova, “que” se prova, “quem” prova, “como” se prova, “que” valor tem a prova, ampliou-os com o acréscimo: “com que” se prova, “para quem” se prova e “com que garantias” se prova (Rev. Forense, v. 246, p. 93).

Traz-nos, essa linha ideológica, a impressão de ter sido construída uma variante, mais próxima que a de Couture, dos princípios orientadores da redação da denúncia criminal ou do *lead* ou guia do noticiário jornalístico, quais sejam: *Quis, quid, ubi, quibus auxiliis, cur, quomodo, quando*.

Essa inspirada adaptação, oportuna ao instituto da prova, facilita consideravelmente seu aprofundado estudo perante os fatos e as afirmações das partes em litígio. Mas diga-se não se limitar **Sentís Melendo** ao litígio, *verbis*: “A prova é a mesma tanto na justiça civil como na penal, na do trabalho como na administrativa e, atrevo-me a declarar, a mesma na atividade judicial ou fora dela. Sou absolutamente unitarista”.

Já expusemos a natureza jurídica da prova. Lá não consideramos o melhor lugar para a inserção de excelente aula do grande mestre espanhol, radicado na Argentina, malgrado sob o título de **Natureza da Prova**. Nossa razão se prende a sua posição francamente unitarista, a qual louvamos e acolhemos, mas entendemos melhor enfocá-la separadamente à natureza jurídica do instituto assumida perante nosso atual *jus scriptum*.

Sem dúvida, a prova não é instituto exclusivo aos processos civil e penal, embora lhes devam pertencer as linhas mestras de sua regulamentação. Também é útil e necessária ao direito material ou substancial, ao processo trabalhista, ao administrativo e, já fora do direito, a todas as ciências reconstrutivas, com bem acentuou **Delepiane**. Reconheça-se, não obstante, conforme já o dissemos, ser a ciência processual a única a pesquisar a prova em sua razão ontológica e no modo de atender a seus objetivos. Ou melhor dizendo, é a única que tem a obrigação doutrinária de fazê-lo. Em sufrágio desse entendimento temos a própria palavra de **Sentís Melendo**, ao considerar a prova o ponto culminante do processo,

para concluir em certo trecho de sua aula: “Chegamos ao final do processo que é, antes de tudo, prova”.

Por isso, bem andou o Código de Processo Civil vigente, ao avocar a regulamentação das disposições gerais atinentes à prova. Por aqui se definiu pela natureza processual do instituto em suas bases mestras, sem que tal importe em sua exclusão do resto do mundo jurídico.

Podemos sintetizar do seguinte modo as respostas dadas por **Sentís Melendo** aos oito problemas por si enunciados: 1. Que é prova? Prova é verificação; 2. O que se provam? Provam-se as afirmações das partes; 3. Quem prova? Às partes cabe o ônus de provar e ao juiz, a faculdade. São palavras específicas, segundo **Sentís**, consagradas em quase todos os Códigos. Em nosso CPC, a distribuição do ônus da prova se encontra regulada no art. 333. As faculdades do juiz se circunscrevem aos meios de prova. Às partes incumbe as fontes de prova, além dos meios; 4. Como se prova? Através de um procedimento probatório preestabelecido; 5. Que valor tem a prova? É valorada na sentença mediante normas de sã crítica, conducente à livre convicção; 6. Com o que se prova? Prova-se com as fontes e os meios; as primeiras os elementos probatórios que existem antes do processo e dele independem; os segundos as atuações judiciais pelas quais as fontes se incorporam ao processo (**Sentís** - ob. cit., págs. 93/95); 7. Para quem se prova? As provas se adquirem para o processo. Por isso não é nem de uma parte, nem de outra, nem sequer do juiz; 8) Com que garantias se prova? A verificação de afirmações das partes, com a utilização de fontes que chegam ao processo através de meios admitidos pelo juiz, se realiza dentro dos sistemas e com as garantias estabelecidas (**Sentís Melendo**, pág. 97).

**XIV. O Papel do Juiz na Produção da Prova** - Ainda focalizando as lições de **Sentís Melendo**, encontramos-lo aludindo a uma histórica confusão idiomática sobre o sentido etimológico de dois vocábulos derivados da palavra “verdade”, quais sejam “averiguação” e “verificação”. Partindo da Lei das Sete Partidas em redação castelhana antiga, onde o vocábulo “averiguação” foi colocado no lugar de “verificação”, este constante da redação latina - *probatio est rei dubiae in iudicio verificatio*, conclui o grande processualista ibérico que a prova em juízo não consiste em averiguar, mas sim em verificar. E não consiste em averiguar “porque a função do juiz não é averiguar; esta é a função das partes, porém não do julgador. Ao juiz pode

ser necessário esclarecer, clarificar algum aspecto do que se discutiu, porém nunca ir em busca dessa verdade que devem proporcionar-lhe as partes”.

Sem embargo de, em nossa língua, estarem os dois vocábulos num estágio de identidade semântica, quis **Sentís Melendo** apontar a origem da confusão histórica, na península Ibérica, entre prospecção da prova e esclarecimentos das afirmações e da prova, a primeira da alçada das partes e as últimas, na esfera da função jurisdicional.

Eis aqui o exato alcance do art. 130 do CPC e que se irradia para outros dispositivos. Já, em mais de uma oportunidade, tentamos exprimir essa mesma idéia, sem o conseguirmos com a clareza ora encontrada. Ao juiz é facultada a determinação de provas necessárias à instrução do processo, sem ficar à mercê do requerimento da parte. Essa faculdade, porém, jamais se transmudará em obrigação. O que cabe ao juiz afastar por todos os meios são as dúvidas que lhe assaltem sobre as provas das afirmações.

Em discussão comum nas lides forenses, adverte **Humberto Theodoro Jr.**, ao comentar o art. 130 do CPC, que não deve o juiz se substituir à parte na iniciativa da prova que a competia, diante do ônus estabelecido pelo art. 333, para não quebrar o tratamento igualitário exigido pelo art. 125, I (Código de Processo Civil Anotado, 1995, art. 130 p. 61).

Realmente, esse tratamento igual, ponto de equilíbrio no trato do juiz com as partes, deve ser observado como regra. Mas comporta exceção, quando o livre convencimento do juiz depender, fundamentalmente, de uma derradeira tentativa na vinda de um imparcial esclarecimento sobre aspectos duvidosos de fatos da causa.

Por outro lado, há provas necessárias à instrução da petição inicial e que podem não ter sido produzidas pelo autor.

Haverá, em tal caso, o desatendimento ao art. 283 do CPC pelo que, mesmo ocorrendo a revelia, tratando-se de documento indispensável, pode o Juiz determinar sua ulterior apresentação pelo autor.

Insuprida a falta, carece o processo de pressuposto de constituição e desenvolvimento válido e regular, impondo-se sua extinção sem julgamento do mérito.

**XV. A Prova é Liberdade?** - Em trecho derradeiro de sua primorosa aula, afirmou **Sentís Melendo**: “Assim, o que se deve fixar com clareza é o conceito de liberdade no seu verdadeiro sentido processual de disponibilidade e de utilização das provas, dos elementos que, como fontes, as partes

cuidarão de conhecer e oferecer e, como meios, o juiz deverá providenciar como subtítulo dessa aula a sugestiva frase: “A prova é liberdade”.

Não tomemos a liberdade enfatizada por **Sentís Melendo** como uma liberdade absoluta dentro do procedimento probatório. Não foi isto evidentemente o que pretendeu o grande mestre destacar. A incidência da liberdade absoluta no procedimento probatório, máxime perante as partes, conduziria a desastrosos resultados, ao consentir no paradoxo da permissão de indevidos desvios e propositadas procrastinações na apuração dos fatos. E tornar-se-ia incondizente com a admissão da prova que, como vimos, é da alçada do juiz.

Logo, em princípio deve haver liberdade. Podemos atribuir-lhe inclusive uma considerável amplitude, se sintonizada com a prova viável, influente, útil ou decisiva. A prova viável, no sentido de poder vir a ser útil ao processo, e que essa possibilidade exista, sem que *a priori* se tenha dela uma projeção de certeza. A prova influente ou útil, tomando-a segundo a contribuição que fornece para o alcance da verdade. A prova decisiva, diante da relevância que representa no encontro da verdade.

Situada a área de atuação da liberdade nos parâmetros acima, cabe-se discutir se a mesma, ainda assim, pode ser absoluta. E nesta parte discordamos do grande mestre, quando não prescreve limites para a liberdade, visivelmente a incompatibilizando com as restrições presentes em nossas normas processuais. Senão vejamos, como exemplo, que só valem em juízo os meios de prova legais típicos ou atípicos, desde que moralmente legítimos. Assim o juiz, ao determinar o depoimento pessoal da parte, não pode estar pretendendo obter a confissão. Nem se creia que tenha nossa legislação, sem rigorosas razões, erigido o sistema presidencialista como tradicional regra no comando, pelo juiz, da produção da prova oral, assim não se compatibilizando com o interrogatório cruzado (*cross-examination*) na oportunidade do depoimento pessoal.

Sobre o *cross-examination*, já tivemos ensejo de suscitar sérias dúvidas acerca das qualidades propaladas pela maioria dos juristas anglo-saxões, estes recebendo a adesão de grandes juristas latinos como **Couture**, **Mauro Cappelletti** e o próprio **Sentís Melendo**. Sem embargo da tendência favorável desses grandes mestres, opomo-nos à adoção do interrogatório cruzado (conduzido pelos patronos de ambas as partes) por variadas razões, dentre as quais a regra *nullus idoneus testis in re sua intelligitur*, o espírito humilde de nossos depoentes, comumente mais suscetíveis que a de outros

povos às influências das *leading questions* e encenações teatrais dos patronos das partes, além de milenares regras latinas como: *nemo tenetur edere contra re*.

Se, em conclusão, **Sentís Melendo** almeja a liberdade para a prova requerida pela parte, desde que atendidos os requisitos de viabilidade, utilidade, decisividade, honestidade e sintonia com os princípios e sistemas consagrados em lei, o que está harmônico como o todo de sua notável palestra, então dele não dissentimos e admitimos até a possibilidade da ocorrência, nessa circunstância, do cerceamento de defesa.

**XVI. O Procedimento Sumário e a Prova** - Sendo uma modalidade de procedimento comum do processo de conhecimento e, mesmo com a vinda da Lei nº 9.245 de 26/12/95, por força da escassez de sua regulamentação, naquilo que couber, aplicam-se, ao procedimento sumário do Título VII, Cap. III, todas as normas gerais do Livro I do CPC. Em matéria de prova, todavia, por sua natureza de procedimento de marcha célere, várias são as peculiaridades a exigir uma regulamentação própria e sobretudo adequada. Isso porque a Lei nº 9.245, que deu nova redação aos arts. 275/281 do CPC, não logrou se harmonizar idealmente, em seu art. 275, I, com o teto legal da Lei nº 9.099/95 (Juizados Especiais), nem conquistou a desejável sumarização regulamentar do rito, como se verá adiante.

Deste ponto de partida encontramos a previsão legal de uma proposição da prova na petição inicial até mais precisa do que a da via ordinária, a despeito do silêncio sobre a prova documental que, sendo indispensável ao pedido e estando em poder do autor para a defesa de sua pretensão deve desde logo ser anexada à inicial. De igual modo poderá ser requerido o depoimento pessoal do réu e apresentado o rol de testemunhas que o autor pretende sejam ouvidas (art. 276) e, se requerer perícia, formulará quesitos e indicará assistente técnico.

Promovida a citação, não mais caberá ser peticionada qualquer proposição subsequente da prova pelo autor, o que está implícito na brevidade ritual. E antes só ainda se tornará cabível quando houver tempo de ser aditada ao mandado.

Vale aqui a pergunta a respeito da modificabilidade do rol de testemunhas até a audiência. E a resposta não pode ser outra senão a da perfeita aplicabilidade do disposto no art. 408 do CPC. A substituição da testemunha é defesa salvo: I - se vier a falecer no período que medeia o ingresso

da petição inicial em juízo e a data designada para a audiência; II - se, por enfermidade, não estiver em condições de depor; III - se, tendo mudado de residência, não for encontrado pelo oficial de Justiça. Isto quando o autor requerer sua intimação, o que na via sumaríssima deve igualmente constar da inicial, valendo o silêncio como compromisso de levar à audiência a testemunha, quando incide a presunção disposta no par. 1º do art. 412.

A admissão da prova proposta pelo autor será decidida no despacho que designar a audiência de conciliação.

A citação se efetivará com a antecedência mínima de dez dias e a advertência ao réu prevista nos arts. 285 e 319 do CPC.

Se o réu injustificadamente deixar de comparecer à audiência, reputar-se-ão verdadeiros os fatos alegados na inicial (art. 319), **salvo se o contrário resultar da prova dos autos**, proferindo o juiz, desde logo, a sentença (art. 277 parágrafo 2º).

O art. 20 da Lei nº 9.099 de 26/9/95 (Juizados Especiais) já inovara a respeito da presunção de veracidade dos fatos afirmados pelo autor em caso de revelia do réu, até então com caráter **absoluto** segundo a regra geral do art. 319 do CPC, que não fizera a ressalva relativa à liberdade de **convicção do juiz no exame da prova dos autos**, prevista no art. 209 do CPC de 1939.

Assim, se havia o questionamento doutrinário e jurisprudencial da presunção de veracidade se apresentar com caráter absoluto ou não perante o CPC vigente (*juris et de jure*) a assim não admitir prova com contrário, deixou de sê-lo tanto frente à Lei dos Juizados Especiais (9.099/95) quanto à do procedimento sumário (9.245/95).

Diante dessa tendência legal ulterior perante anterior controvérsia jurisprudencial na interpretação do art. 319, esta com predomínio do caráter absoluto, que defendíamos, passou a se tornar conveniente se reformular tal entendimento e se considerar, em todos os casos, **relativa** a presunção de veracidade (*juris tantum*), desse modo apreciando o juiz a prova e formando sua livre convicção, sem deixar de levar em conta a revelia.

Observe-se que, não obtida a conciliação, oferecerá o réu, na própria audiência de conciliação, a resposta escrita ou **oral**, no último caso ditando o juiz um resumo dessa defesa ao serventuário auxiliar, para ser passado à máquina de escrever ou ao computador, quando da redação da ata.

Será a contestação acompanhada de documentos, rol de testemunhas e, se o réu requerer a perícia, já com a formulação, no ato, dos quesitos,

podendo indicar assistente técnico. Com a resposta se exaure a proposição da prova pelo réu.

O que causa surpresa é, em lei de regência de procedimento simplificado, ser ignorada a apresentação de **pareceres técnicos** pelas partes, em lugar da prova pericial o que, dando celeridade ao rito e se harmonizando com sua própria sumariedade (**v.g.** art. 550 do CPC), não deve ser entendido como um afastamento da substituição (art. 427 do CPC).

Logo, é perfeitamente viável ser determinada a apresentação de parecer técnico pelas partes na via sumária, dispensando o juiz, se assim o entender, a realização de perícia requerida.

A esse respeito temos prevista a conversão do rito de sumário para ordinário, quando houver necessidade de prova técnica de maior complexidade, a tacitamente recomendar a apresentação de pareceres técnicos substitutivos, quando for bastante para elucidar as controvertidas versões dos fatos da causa (art. 277, parágrafo 5º).

Se, porém, for deferida a realização de perícia como vimos, torna-se provável o comprometimento da sumariedade do rito, já que o perito nomeado pelo juiz deverá peticionar aceitando a nomeação, propondo os honorários que entender cabíveis e, após fixados pelo juiz, comparecendo ao local da perícia e apresentando seu laudo, pelo menos vinte dias antes da audiência de instrução e julgamento (art. 433). Oferecerão os assistente técnicos seus pareceres no prazo de dez dias após a apresentação do laudo do perito.

Como é bem de ver, realizada a perícia, a prolação de sentença com dispensa da audiência é exceção e dependerá, antes, de concordância das partes, o que nem sempre ocorre. Logo, torna-se *a priori* necessária a audiência de instrução e julgamento para possíveis esclarecimentos do perito e do assistente técnico (art. 435).

Poderá já ser uma terceira audiência, se tiver inadvertidamente sido designada a segunda, prevista no parágrafo 2º do art. 278, a despeito da projeção, em seu texto, de designação para data além dos 30 dias e desse modo, com recomendação para após ser ultimada a perícia.

Essa sucessão de audiências já tivemos oportunidade de encontrar em razoável número de procedimentos sumários, a retratar não ter sido dos melhores, em agilização, seu atual regulamento.

Mas nessa fase carecerá de amparo legal uma nova proposição, pela parte, de prova oral em audiência (testemunhas e depoimento pessoal).

Por fim, como acentuaremos, além daqueles mencionados no Cap. III do Título VII do CPC, todos os meios de prova previstos em lei e portanto, típicos, bem como os moralmente legítimos e em consequência típicos ou atípicos, podem ser produzidos tanto no procedimento sumário, quanto no ordinário e no especial, mesmo assim a todo o tempo devendo o juiz no primeiro acima, preservar a sumariedade do rito.

**XVII. O Estudo da Prova e seu Método Expositivo** - Conforme tivemos ensejo de acima aduzir, torna-se, no campo da prova, temerário o lançamento de inovações legais ou sugestões doutrinárias desligadas de sua longa e universal evolução histórica. Sua existência ontológica já assentou uma estrutura sólida e os grandes autores que a comentam, por mais brilhantes que sejam, repetem-se, ante o milenar esmiuçamento de todos os seus quadrantes. O que afirmam ou contestam já foi afirmado por uns e contestado por outros. Não obstante, novos tempos virão e recomendarão novas pesquisas. O fato social é mutante, a exigir a reformulação progressiva do tão fascinante instituto.

Uma obra doutrinária sobre a prova, especificamente compromissada com comentários diretos de textos de novos ordenamentos processuais, não deve ficar cingida à observância do sistema legal de exposição da matéria. Deverá confrontar sinteticamente dispositivos novos com anteriores. Se não o fizer, padecerá de uma mais aprofundada coordenação teórica entre passado e presente, carecendo do exame direto dos objetivos primordiais da reformulação legislativa e estagnando-se numa suposta atualidade sem raízes.

Em vista disso, duas trajetórias expositivas se impunham para tão vasto e importante capítulo. Uma, dando-se realce à melhor doutrina até então assentada, sem deixar de confrontá-la com os mais recentes preceitos *sub censura*. Outra, crescendo-se a tal orientação teórica, a previsão de situações fáticas futuras e soluções práticas, fundada no estudo da *mens legis*, de sua fonte, dos subsídios jurisprudenciais e pragmáticos da diuturna experiência forense.

Ficamos despreziosamente com a última, sem dúvida a mais completa. Isso quer dizer que deveremos sempre consultar as fontes doutrinárias e jurisprudenciais de nosso direito e sobretudo dos direitos alienígenas, quando de lá foram trazidas as novas disposições legais. No ambiente alóctone, de onde muitas normas provieram, há também um vasto campo prático para antevisão de nosso futuro sob a égide de qualquer nova regulamentação.

Entronizados no novo século e terceiro milênio, podemos elaborar um retrospecto da aplicação pretoriana do Código atual, confrontando os períodos de **1939/1973** e **1974/2000**. Sem otimismo exacerbados, a despeito das não poucas imperfeições encontradas e possivelmente corrigidas, constatar-se-á saldo positivo do segundo período em relação ao primeiro.

Através desse saldo evidencia-se ter ocorrido um progressivo estímulo ao interesse pelo estudo da ciência processual. Seu nível era antes insatisfatório, talvez por contribuição do próprio ordenamento de 1939, em vários dispositivos, confuso, inseguro, arcaico e atécnico. Permitindo, até em assuntos de pouca profundidade, as mais insensatas interpretações, conduzia ao desalento seus pretensos estudiosos.

Hoje, com a forte presença de regras processuais seguras e pulsantes em normas pétreas constitucionais, além da já encetada Reforma Processual, várias leis da última década do Século XX lograram aperfeiçoar o processo e as provas tendo, doutrina e jurisprudência que se formaram, conquistado excelentes resultados. Mas ainda há muito a ser feito neste novo século e milênio. A variação dos fatos e o aperfeiçoamento do direito, no decorrer dos tempos, jamais se esgotam. ◆

# **MANDADO DE SEGURANÇA**

## **DECADÊNCIA DA IMPETRAÇÃO E ERRÔNEA INDICAÇÃO DA AUTORIDADE IMPETRADA NÃO CONSTITUEM ÓBICES INTRANSPONÍVEIS À COGNIÇÃO DA CAUSA**

**MARIA CRISTINA BARROS GUTIÉRREZ**

*Juíza de Direito TJ/RJ*

***Direito constitucional processual. Mandado de Segurança. Autoridade impetrada. Indicação errônea. Prazo decadencial de ajuizamento.***

*A indicação errônea da autoridade impetrada, em se tratando de mandado de segurança, não conduz, necessariamente, à extinção do processo, incumbindo ao magistrado as providências para o aproveitamento do procedimento: a uma, por constituir o mandado de segurança poderoso instrumento constitucional de proteção dos direitos fundamentais, não podendo ser limitado por lei infraconstitucional; a duas, porque a complexa estrutura dos órgãos administrativos fazendários dificulta a exata identificação, pelo administrado, da autoridade coatora; e, a três, porque os princípios da efetividade e da economia processuais exigem do juiz, em tais casos, a correção do ato.*

***Prazo decadencial de ajuizamento.***

*O mandado de segurança - poderoso instrumento de proteção dos direitos fundamentais instituído pela Constituição - é imune à limitação por norma infraconstitucional, mostrando-se ineficaz o comando contido no art. 18 da Lei nº 1.533/51 ao criar o prazo decadencial de 120 dias como condição temporal para o ingresso da demanda.*

### **I. PRAZO DECADENCIAL**

A alegação de decadência não deve conduzir à extinção do processo, sob pena de vulneração à Constituição Federal.

Não se pode anuir com o disposto no art. 18 da Lei nº 1.533/51, que desarrazoadamente criou um prazo decadencial de 120 (cento e vinte) dias para a impetração do *mandamus*.

O Mandado de Segurança, da mesma forma que o *habeas corpus* - de quem hauriu suas origens - instituídos pelas Constituições como verdadeiros instrumentos de proteção dos direitos fundamentais, não podem ser limitados por norma infraconstitucional, ao criar condição temporal para o ajuizamento da demanda.

Adere-se, assim, ao percuciente entendimento do Ministro Carlos Mário Velloso, ainda sob a égide do ordenamento jurídico anterior, na célebre obra “*Cinquenta Anos de Mandado de Segurança*”, elaborada pela equipe da Biblioteca do Tribunal de Justiça do RS, 1986, p. 63, que se transcreve:

*“... Seria constitucional, voltando ao problema da decadência, o prazo estabelecido no art. 18 da lei 1.533?”*

*A Constituição Federal estabelece os pressupostos do **mandamus**, e não estabelece prazo para o exercício da ação constitucional. A lei infraconstitucional, a lei ordinária é que assim procedeu.*

*...Creio que chegou o tempo de rever esta questão, que parece que ficou pacífica na jurisprudência, quando o Supremo anunciou a Súmula 430, a respeito da decadência. Hoje nós, os juízes, temos reconhecido a decadência com tranqüilidade, mas acho que é em momentos como este que devemos suscitar as discussões. Acho que devíamos voltar a discutir o tema. Realmente, não sei por que se entendeu de fixar este prazo.”*

Transcrevem-se, outrossim, as lições do Ministro Seabra Fagundes, retificando posição que adotara anteriormente, como declarou na mesma conferência em que o hoje Ministro da Suprema Corte expôs o seu pensamento, p.66:

*“... Mas escrevendo esse trabalho para Salvador, trabalho que não concluí, terminei fazendo um esquema, mas numa das páginas que eu escrevi, eu sustentava, e fico muito contente com isso, o seu ponto de vista, de que a decadência não é compatível com o teor do texto constitucional que institui o Mandado de Segurança. Então, eu me retifiquei em relação ao livro. E até digo que, a exemplo do habeas corpus, para cuja impetração nunca há decadência, para o mandado de segurança também não deveria haver. Até porque o mandado de*

*segurança veio na esteira do habeas corpus. A sua origem, em termos escritos da Constituição, é o habeas corpus. A Constituição de 1934 diz que o processo será o mesmo do habeas corpus. Então, se no habeas corpus nunca houve a preclusão, nunca se conheceu de prescrição nem decadência para a impetração do habeas corpus, não há porque conhecê-la em relação ao mandado de segurança. Na prática isso não tem tanta significação, porque aquele que tem o direito líquido e certo, não vai aguardar por anos, por tanto tempo para utilizar-se disso. Mas pode muito bem acontecer que, por uma melhor reflexão sobre o texto aplicável, pela sugestão de um advogado que apareceu, pelo caminho, o titular do direito diga: não, eu acho que posso defender esse direito com mandado de segurança. E que mal há nisso? Que mal há em abrir por mais algum tempo a possibilidade de defender um direito, que só ocorreu, que era líquido e certo, depois de algum tempo através da vida do titular do Direito? Assim, eu hoje estou convertido a esta idéia. Fiquei muito feliz quando ouvi a sua opinião em exposição bem posta, como aliás em tudo que disse aqui.”*

Mais tarde, finalizando, o Ministro Carlos Mário Velloso lembrou que o prazo estabelecido no art. 18 da Lei nº 1.533/51 é destituído de razão científica, pois: *“O prazo mencionado é, na verdade, arbitrário. Fixado na doutrina e na jurisprudência, o conceito de direito líquido e certo que autoriza o ajuizamento do writ – incontestados os fatos ou provados estes documentalente, é possível o aforamento da segurança - o prazo de 120 dias não se justifica”* (cf. a declaração de voto no Ag. Reg. ao MS nº 21.356-6, STF, Pleno, Relator o Ministro Paulo Brossard, julg. em 12.09.1991).

## **II. AUTORIDADE IMPETRADA**

Da mesma forma, a indicação da autoridade impetrada, em mandado de segurança, é tema ainda tormentoso na doutrina e na jurisprudência.

Usualmente, a indicação errônea do pólo passivo da relação processual, acarreta a extinção do feito sem julgamento do mérito, face à ilegitimidade passiva *ad causam*. Contudo, em se tratando de mandado de segurança, tal diretriz deve ser vista *cum granum salis*, permitindo ao magistrado corrigir tal irregularidade. A uma, por ser o mandado de segurança instrumento constitucional de proteção dos direitos e garantias individuais, não podendo ser limitado por lei infraconstitucional. A duas, porque a própria estrutura

dos órgãos administrativos fazendários, dada a sua complexidade, dificulta a exata identificação, pelo administrado, da autoridade coatora. A três, porque os princípios da Efetividade e Economia Processuais que devem nortear o aplicador da lei conduzem, em tais casos, à correção do ato, aproveitando-se a impetração, porque o processo é instrumento e não fim do Direito.

Balizam tal entendimento, dentre outros, os ensinamentos do mestre Hely Lopes Meirelles, em sua célebre obra “MANDADO DE SEGURANÇA - Ação Popular, Ação Civil Pública, Mandado de Injunção, *Habeas Data*”, Malheiros Editores, 16ª. ed, p. 47, *in verbis*:

*“Muito se tem discutido e os tribunais ainda hesitam - se a errônea indicação da autoridade coatora conduz à carência da impetração ou admite correção para o prosseguimento do mandado contra o verdadeiro coator. Sustentamos que o juiz pode - e deve - determinar a notificação da autoridade certa, como medida de economia processual, e, sendo incompetente, remeter ao juízo competente (CPC, art. 113, § 2º). Isto porque a complexa estrutura dos órgãos administrativos nem sempre possibilita ao impetrante identificar com precisão o agente coator, principalmente nas repartições fazendárias que estabelecem imposições aos contribuintes por chefias e autoridades diversas.”*

Tal medida se impõe, mormente quando o próprio magistrado, muitas vezes, determina, equivocadamente, a retificação do pólo passivo.

Outra situação que merece enfoque é aquela em que o magistrado, ao determinar a retificação do pólo passivo da demanda, por ilegitimidade da parte, verifica não ser o competente para conhecer do processo. Indaga-se: qual a solução? Extinguir o processo sem julgamento do mérito, face à ilegitimidade passiva ou remeter os autos ao Juízo competente?

O Supremo Tribunal Federal, em decisão unânime de seus pares, concluiu que é vedado ao magistrado corrigir de ofício o pólo passivo bem como remeter, em tais circunstâncias os autos ao Juízo competente, devendo ser extinto o processo sem julgamento do mérito, por ilegitimidade *ad causam*. É o que se colaciona dos arestos: RMS 22496, D.J.U. pub. em 25.04.97; RMS 21647, D.J.U. 01.08.94; RMS-21362, RTJ-141/478, MS-21000, RTJ-134/1085, RMS-21444, RCL-350, RTJ-136/464, MS-20923, RTJ-130/641, MS-20752, RTJ-133/247,

MS-20833, RTJ-141/798...

O tema, contudo, ao que parece, não é uniforme no próprio Supremo Tribunal Federal. Ressalta-se o entendimento oposto, a demonstrar a prevalência dos princípios da Economia e da Efetividade Processuais, ementa de decisão Plenária, unânime, Relator o eminente Ministro Moreira Alves (MS 21683, pub. em 16.12.94, D.J.U., pp-34886).

No mesmo sentido MS 22226/96,TPMin-156, pub. em 11.10.96, D.J.U. em 11.10.96, pp 38502; MS 21462, MS21466, RTJ-141/1.023.

O Superior Tribunal de Justiça vinha entendendo, até aproximadamente o ano de 1995, pela extinção do processo sem julgamento do mérito, evoluindo, mormente de 1997 em diante, para admitir, como entende esta signatária, tanto a possibilidade de correção de ofício, pelo Juiz ou Tribunal, do pólo passivo, em caso de ilegitimidade da parte, como a conseqüente remessa dos autos ao Juízo competente. Veja-se CC 11606/RS, D.J.U. em 13/03/1995, pg. 05241; CC 3470-DF, CC 8700-SP; MS 5252, MS5257, pub. em 25.02.98, D.J.U.pg.00006, MS 5694, pub. em 26.10.98, pg. 00005, MS 5695 e 5738, D.J.U. 03.11.98, pg.00006...

Forçoso concluir assim, que a alegada decadência do direito à impenração do *mandamus*, bem como a indicação errônea da autoridade impenrada - sendo o mandado de segurança poderoso instrumento constitucional de proteção dos direitos fundamentais que não pode ser limitado por lei infraconstitucional - não devem conduzir à solução de negar-se a eficiente entrega da prestação jurisdicional. ◆

# O DIREITO PENAL NA CONSTITUIÇÃO (1988-1998)

ÁLVARO MAYRINK DA COSTA

*Doutorado pela UERJ. Presidente do Fórum da Execução Penal da EMERJ.*

*Desembargador do TJ/RJ.*

1 - O presente desafio das democracias ocidentais situa-se, nos limites de nossa ótica, na busca primária e contínua de conciliar o **exercício da liberdade** imprescindível à dignidade da pessoa humana, com os reais reclamos, cada vez mais presentes, da coexistência **de políticas e linhas de ação de segurança pública** no contexto das macrossociedades.

2 - O problema do Estado de Direito, na atualidade, consiste em acomodar esta velha expressão, que teve o mérito de concretizar-se numa série de vantagens positivas para o indivíduo à realidade sócio-política.

Basta observar que sofrem mutilações irreversíveis as liberdades individuais dentro de uma sociedade em crise, submetida à contínuas mudanças e a gravíssimos desníveis sociais e econômicos. As liberdades de pensamento, de imprensa, de reunião e a de inviolabilidade de domicílio de nada servem pragmaticamente, ao trabalhador sem trabalho. O sistema de recursos estabelecido por um regime deve atender às necessidades básicas da massa social.

A crise do Estado liberal foi motivada por diversos fatores, sociológicos, ideológicos e econômicos.

Será que os direitos e as liberdades da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão poderiam ficar à mercê do legislador ordinário? São princípios que formam uma legitimidade supra constitucional, enraizados na consciência política dos povos.

O Estado liberal, mercê de seu individualismo e neutralidade ante às transformações sociais ficou longe de realizar a justiça social.

Cada liberdade dentro do Estado de Direito é uma liberdade responsável de seus fins e está plenamente justificada pela verdadeira sociedade justa. Quanto mais se torna independente a liberdade de suas bases econômicas, na medida em que se vai espiritualizando, harmoniza-se melhor com a justa

sociedade. O problema do Estado de Direito consiste em criar uma situação de bem-estar geral que garanta o desenvolvimento da pessoa humana e o respeito ao ordenamento jurídico.

**3** - Estamos ainda assistindo ao crescimento desmesurado da administração com a tendência de se subestimar a segurança jurídica na busca de remediar problemas sociais, cada vez mais cruciantes.

O descrédito da normatividade jurídica suscita desconfiança na opinião pública a respeito da continuidade e permanência da política legislativa do Estado. Com efeito, determinados grupos de pressão podem obter medidas favoráveis de duração transitória, pois sua vigência depende do tempo que tais grupos sejam capazes de manter uma forte influência. Se a política social de um Estado não cuida de cobrir seus atos com o manto da legitimidade-legalidade, não poderá apoiar-se no ordenamento jurídico, incidindo no abuso de poder.

Não há propriamente revolução na simples imposição da ordem material fora do Direito. Quando se alteram os fundamentos do Direito público e se conservam as bases tornadas obsoletas do Direito privado, de forma a impedir que a sociedade marche, sem desvios nem desordens, o que está se processando é o retrocesso histórico.

As transformações sociais através do Direito, exigidas pelas mutações históricas, são o único caminho da ordem.

A simples imposição da força torna impossível a identificação e o reconhecimento das necessidades e crises que indicam o desajuste entre uma sociedade e o seu tempo histórico.

O autoritarismo é diferente da autoridade. Aquele é a concentração desmesurada do poder nas mãos de um homem ou de um grupo. Esta é a investidura humana do poder pelo Direito. O autoritarismo tende, invariavelmente, a minimizar a segurança social em nome da segurança do Estado.

Aos poucos as opções desaparecem debaixo de fórmulas vazias; as opiniões cedem ante às paixões e o medo; o interesse geral fica esquecido ante os apetites e negociações grupais; o ceticismo desencoraja a colaboração desinteressada; as incertezas se avolumam entre classes profissionais e institucionais; e aumenta o risco de que a separação entre ordem e força, entre Sociedade e Estado, conduza a grandes dificuldades para o deslindamento dos impasses e encontros de soluções duradouras.

A união social será o resultado de decisões políticas e atos jurídicos. Política e Direito foram, nos momentos decisivos, os instrumentos do êxito.

As garantias constitucionais são, na realidade, tão importantes quanto os direitos declarados; sem elas, estes se tornariam letra morta. Protegem as liberdades individuais contra o arbítrio do poder.

É evidente que o Direito penal de um Estado totalitário jamais poderá almejar se igualar a de um Estado democrático; enquanto naquele se tenderão a impor padrões de conduta mesmo a nível ideológico e moral, neste, haverá como diretriz o máximo de pluralismo e tolerância compatíveis com a preservação das condições de convivência macrossocial e de desenvolvimento digno da pessoa humana. Num Estado de Direito formal, o Direito penal deverá proteger penalmente uma liberdade e uma igualdade meramente formais. Enquanto nos Estados de direito material há a preocupação em dar conteúdo material a estes valores (trabalho, saúde pública, economia, educação e cultura). Repetindo Roxin, num Estado moderno é sua **função** assegurar, se necessário, através da tutela penal, prestações públicas, no domínio da assistência social. Cumpre citar Vives Antón - O Direito, num Estado de direito democrático, é visto como uma ordem de coexistência de liberdades.

4 - As normas sociais são extremamente diversas e penetrantes, constituem característica peculiar à sociedade humana, sendo parte essencial do que chamamos ordem social. Surgiram como característica da adaptação social. O indivíduo adquire-as através de um processo de doutrinação. Absorve algumas delas, que passam a fazer parte integrante de sua personalidade e respeita outras por força das conseqüências que podem trazer. Indiferentemente ao fato de poder obedecer completamente ou não às normas, elas influenciam seu comportamento e seu modo de pensar. É sobretudo por meio delas que sua conduta é regulada e integrada à conduta dos seus semelhantes, por seu intermédio a sociedade adquire uma estrutura coerente e age de forma a aplicá-las à vida do grupo.

Quando compreendemos o sistema normativo de uma sociedade, ao conhecermos os respectivos usos, costumes, leis e instituições, conhecemos, também, uma parte considerável dessa sociedade. Conseqüentemente, o estudo das normas sociais representa um dos objetivos fundamentais da sociologia humana.

Entretanto, em qualquer tribo, comunidade ou nação, é tamanho o número de normas específicas que tornaria interminável a sua simples catalogação. Não é isso, porém, o que os sociólogos desejam, mas sim uma compreensão do sistema de normas. Desejam conhecer as regras mais

fundamentais, compreender as relações existentes entre elas e traçar sua ligação com os demais aspectos da existência do grupo. Desejam compreender sua força e divisão básicas, os conflitos entre as normas e os meios empregados para superá-los.

A essência de qualquer situação social reside nas expectativas mútuas dos seus participantes e tais expectativas repousam, em grande parte, nas normas aplicáveis à situação. Todas as culturas desenvolvem usos e costumes adequados às situações típicas, fornecendo um padrão para as expectativas mútuas das partes interativas. Cada participante alimenta certa concepção acerca do que espera dos demais e acredita-se conhecedor de algo que dele se espera e do que esperam que ele próprio espere dos demais.

Uma posição, quer se trate de **status** ou de cargo propriamente dito, define um mínimo de comportamento obrigatório para o ocupante, embora não possa garantir que este último venha a comportar-se de forma absolutamente perfeita.

Não há conduta ajurídica, toda conduta tem significado para o Direito. O Direito disciplina comportamentos, tendo Cossio definido em termos de “conduta em interferência intersubjetiva”, o que Stammler chamou “querer vinculatorio, autárquico e inviolável”.

A expressão formal do Direito como disciplina de condutas é a norma jurídica, sendo que cada norma ocupa posição intersistemática e seu conjunto denomina-se ordenamento jurídico.

A normatividade é opositiva à causalidade. A diferença entre o mundo do ser e do dever-ser é marcante, visto que o mundo do ser é objeto do conhecimento, ao passo que o do dever-ser é objeto da ação, o mundo do dever-ser caracteriza-se por ser o reino da liberdade, admirando o homem em suas potencialidades de ser que tende a superar-se a todo instante. O direito só pode exprimir-se como um dever-ser, como uma potencialidade. Existir implica coexistir, limitação da liberdade recíproca.

Escreve Luijpen que “a ordem jurídica é normativa porque participa e é encarnação do mínimo do ter-que-ser-para-o-outro, que vem a ser a existência”.

O direito se constitui de fato, valor e norma. Já proclamava Paulo: **non ut ex regula lus summatu sede ex jure quod est, regula fiat**, a regra nasce do Direito.

O fato constitui a matéria do Direito (**ex facto oritur jus**), do qual a norma é a forma.

Norma jurídica é a norma de direito, do qual constitui a expressão formal, que, como norma geral e abstrata, forma o conteúdo do direito positivo e se destina a dirimir e regular as ações da vida social.

Na qualidade de norma ética, a norma jurídica afirma, não é o que é, mas o que deve ser, o que envolve o não ser, o que equivale dizer que a observância da norma implica sua eventual inobservância. Caracteriza-se a norma ética pela possibilidade de violação, sendo tal possibilidade o traço de diferença da norma jurídica. A lei penal é a denominação tradicional para designar o direito penal objetivo.

### 5 - Por que o homem viola a norma ética?

Para realizar-se, não se detém diante de qualquer coisa que possa violar, mesmo do inviolável; aspira a atingir o absoluto.

Diz Villoro Toranzo que “norma jurídica es la formulación técnica de um esquema construído conforme a una valoración de justicia dada por el legislador a um problema histórico concreto”.

A norma representa o resultado de uma valorização e a característica principal do valor é a polaridade, ou seja, sua afirmação pelo confronto com o antivalor. Os valores são polivalentes (o verdadeiro, o falso, o possível, o indeterminado etc).

O conteúdo da norma constitui uma relação de justiça - *hominis ad hominem proportionio*.

As normas jurídicas são normas “de delimitação de interesses, fixando o limite entre o direito e o não direito”.

Numa visão do Direito como sistema de limites, a norma demarca, separa e estrema. A Lei é um sistema fechado de hipóteses.

O **princípio da legalidade** pressupõe o Estado de Direito. É através da Constituição que se processa o controle formal da legalidade.

Todavia a lei não se impõe **per se**. Carl Schmidt mostra como Hitler se serviu da legalidade como arma mais poderosa na constituição do totalitarismo, anotando divergência antiética entre a legalidade e a legitimidade.

O problema da licitude tem sido colocado com maior insistência, nos últimos tempos, diante do intervencionismo do Estado contemporâneo, através dos fenômenos correlatos da socialização e publicação do Direito. Nunca o Estado foi tão onipresente e tão onipotente.

A Constituição Federativa de 1988 diz em seu artigo 5º., inciso II: “**Ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei**”.

Porém, vincular a licitude à existência de lei é estabelecer confusão entre pólos, distintos, entre os conceitos de legal e ilícito. Lembra Gropalli citando Bierling: “enquanto o passeio regular dos prisioneiros no pátio da prisão se poderia considerar como permitido, os passeios individuais dos cidadãos pelas vias públicas seriam, pelo contrário, não permitidos, embora não proibidos...”

6 - É certo que o Direito penal é um conjunto de normas pertencentes ao ordenamento público interno, de caráter autônomo, pessoal e imperativo, que disciplina a conduta dos indivíduos, tutelando interesses sociais fundamentais, mediante a imposição de mecanismos sancionadores de caráter retributivo e preventivo.

Na atualidade, o Direito penal é quase exclusivamente o direito interno do Estado, como diz Jescheck, normas pessoais supraestatais que estavam em estado de gestação, reconhecendo-se os movimentos transformadores penais de muitos países buscando soluções comuns e similares, a partir da mesma base internacional. Por esse diapasão a missão do Direito penal é de proteger valores elementares da vida comunitária. O direito não tem o escopo de obter a todo o custo uma atitude moral e jamais poderia pretender alcançar recorrendo a preceitos jurídicos.

7 - Do ponto de vista do fim social de proteção, o Direito penal pode ser individualista e social-democrata.

O Direito penal é individualista se o sentido preponderante de sua proteção é o resguardo dos interesses das pessoas como tais e como membros da sociedade. O valor supremo é a segurança da pessoa e seus direitos individuais e sociais, que são os interesses vitais ou bens jurídicos, objeto de proteção penal.

A finalidade do Direito penal é social-democrata. Os efeitos de sua proteção, o valor supremo, está representado pelos interesses da coletividade. São estes os interesses que determinam a classe de bens e de pessoas que merecem a proteção. A missão do Direito penal consiste em importante instrumento para a defesa do Estado e da ordem jurídica frente às ações delitivas.

Do ponto de vista político, o Direito penal pode ter uma finalidade liberal ou autoritária, mas cujo caminho da modernidade é dado pela social-democracia.

O Direito penal liberal não tem um objetivo ético e supõe a vigência do *nullum crimen nulla poena sine praevia lege poenah*. É a única fonte do

Direito penal que é a lei prévia ao fato cometido correspondente e cumpre uma função de garantia.

O Direito penal é autoritário se o objeto da proteção penal não é o interesse dos indivíduos, mas os deveres com o Estado. Prescinde do **Princípio da Reserva Legal** e a lei não é sua única fonte, podendo deduzir-se por analogia. Surgem como valores supremos delitos contra-revolucionários ou contra a segurança do Estado ou da economia, assinalando a repressão como um fim ético.

Como vimos, a missão do Direito penal é de assegurar a ordem de convivência social e sua função especial é a proteção de áreas particularmente importantes da convivência humana e os bens jurídicos (diferença da lei moral).

**8 - O conceito de bem jurídico** configura-se através do **conceito de bem** pertencente à teoria geral de valores. Os valores existenciais para o indivíduo e a coletividade, dentro de um conceito amplo, incluem valores materiais e imateriais, abrangendo coisas e direitos multidisciplinares. O ponto de partida da conceituação é que o bem jurídico possui natureza social e o Direito penal só deve intervir para prevenir danos sociais e não para salvar concepções ideológicas ou morais.

Assim, o Direito penal que se pretende ver modelado em um Estado Democrático de Direito não se restringe como **garantia da legalidade** ao plano formal, investe-se, como foi dito, da missão de todo o Direito: **regular a convivência humana, proteger os valores elementares da vida comunitária.**

Em verdade, configura-se também como instrumento de controle social, *ultima ratio*, isto é, como um mecanismo para se obter determinadas condutas individuais na vida da macrossociedade, não sendo imaginável um processo sem a imposição de normas de conduta, sem sanções para as hipóteses de inadimplência e sem a realização efetiva da norma e aplicação da sanção adequada.

A sanção penal é considerada a *extrema ratio* que o Estado utiliza no processo de controle social, após constatar esgotados todos os meios de um plano lógico-sistemático, objetivando através do emprego de normas não-penais, a segurança pública. Visa, pois, aumentar, reforçar ou completar a tutela prestada que se tornou ineficaz. Por tal prisma, o Direito penal assume seu caráter de pessoal, autônomo, sancionador, imperativo, afitivo, preventivo, mas sempre assegurando as liberdades individuais.

Assegura-se, que as sanções penais se justificam quando **justas e necessárias** para a proteção macrossocial, garantistas da real vigência dos valores e atos emanados da consciência jurídica.

Ressalte-se, que o Direito penal de um Estado social justifica-se como um sistema de proteção macrossocial, devendo a **proteção do bem jurídico** ser requisito indispensável de qualquer limitação de direitos constitucionais. O **princípio do bem jurídico** se corresponde com o princípio *nullum crimen sine iniura* ou princípio da ofensividade. Cumpre rigor na sua seleção e hierarquização.

**9** - Como instrumento de controle social, o Direito penal se caracteriza por dois aspectos básicos, por ser um instrumento de controle social **primário**, e por ser um instrumento de controle social **formalizado**.

A concreção do conceito de bem jurídico com função limitadora do poder punitivo, não pode ser indiferente à passagem de um Estado de Direito formal, mero garantidor das liberdades, não intervencionista, para um Estado de Direito que se almeja material, democrático e social. Desta forma, a nova concepção de Estado e as novas realidades sociais exercem pressão determinante na definição dos bens jurídicos a ser objeto da tutela pelo Direito penal. O pensamento jurídico-penal da atualidade, em sociedades democráticas, plurais e abertas, descortina o Direito penal como instrumento de “proteção dos bens fundamentais da comunidade. Há unanimidade na sustentação subsidiária de bens jurídicos **essenciais** à vida humana em comunidade. No dizer de Jescheck “bens vitais imprescindíveis a convivência humana em sociedade que são, por isso, merecedores de proteção através do poder coativo do Estado representado pela pena”.

Em síntese, como instrumento de controle social primário, caracteriza-se na busca de alcançar fins mediante a ameaça de sanções na realização de condutas ilícitas. Não é o único meio de **controle social**, nem o mais importante. Para citarmos outros mais lógicos e eficazes temos, como exemplo, a escolarização obrigatória, a religião, o sistema de trabalho, as organizações sindicais, os partidos políticos, a educação familiar, as mensagens emitidas pelos meios de comunicação social. De outra parte, o Direito penal como instrumento de **controle social formalizado** deve se identificar com a aplicação prática envolta de uma série de garantias em uma atividade regrada, portanto, **segura, previsível e controlada** em todas as suas etapas, perante o devido processo legal.

Como se observa, o Direito penal, com a carga de normas, regras e formalismos, oferece o marco adequado para suportar descarga da agressividade e dos sentimentos de vingança latentes em toda a macrossociedade; o controle que a comunidade exerce sobre seus partícipes deve ser realizado de forma legítima, racional e fiscalizável, observado o máximo respeito aos direitos fundamentais da pessoa humana.

Numa visão do Direito como sistema de limites, a norma demarca, separa e extrema, sendo a lei um sistema fechado de hipóteses.

Hodiernamente, busca-se na Constituição, enquanto instrumento fundamental de uma ordem jurídica, **princípios** capazes de exercer essa função legitimadora-limitadora do âmbito de uma eventual criminalização, perspectiva que completa o seu sentido garantidor, fornecendo ainda a unidade de toda a ordem jurídica e a harmonia entre o universo valorativo penal e o constitucional.

Direitos, liberdade e garantias têm influência quanto ao conteúdo do Direito penal, como também, os direitos sociais, econômicos e culturais, na medida que expressam **valores fundamentais** da macrossociedade, valores que o Estado se comprometeu a respeitar, a fazer respeitar, a concretizar e a desenvolver. O Direito penal só está legitimado a intervir para proteger os **valores básicos** de uma comunidade, desde que inexistente outra forma mais eficaz. A Constituição é o parâmetro de legitimidade da intervenção penal, a nosso sentir, exigindo uma harmonia entre **valores penais e valores constitucionais** vedando condutas que não levem ou coloquem em perigo **valores constitucionais**. A Constituição deverá atuar, no pensar de Nuvolone, como um parâmetro mais geral de legitimação da lei penal. A Alemanha tem conseguido maior harmonia entre a Constituição e o Direito penal.

**10** - A Constituição Federativa, de 5 de outubro de 1988, seguindo a modernidade de contemplar a formal declaração de direitos e garantias individuais, como a Italiana de 1947 e a da República Federal da Alemanha de 1949, estabelece em seu Título II, o tópico pertinente **“Dos Direitos e Garantias Fundamentais”**, iniciando-o com a Capítulo 1, **“Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos”**, incluindo em seu texto uma série de princípios especificamente penais, como: **o da legalidade, o da intervenção mínima, o da humanidade, o da pessoalidade da pena e o da individualização da pena.**

**11** - O postulado da reserva penal está prescrito no artigo 5º, inciso XXXIX da Carta Republicana, e seu teor é o seguinte: “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”.

Nas Constituições da Alemanha, Itália e Espanha existem imposições expressas no **sentido da criminalização** como o fez a brasileira ao tutelar o meio ambiente em seu artigo 225, § 3º (“As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitam os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados”). Como afirma **Palazzo**, da ordem constitucional emana a proteção penalística dos valores, mesmo não sendo entendido, de todo o modo, como parte integrante do que foi expressamente afirmado pelo constituinte. Faz-se, pois, uma ponderação do grau de importância relativa dos bens de coerência do Direito penal por referência a esta ordem valorativa constitucional.

A lei penal possui uma função decisiva na garantia da liberdade, expressada pela máxima *nullum crimen nulla poena sine lege*. Tanto o delito como a pena devem estar determinados na lei prévia. Assim, o **princípio da legalidade** adquire caráter fundamental no Direito penal como princípio constitucional e como princípio propriamente penal. Não se deve olvidar que estabelecer o grau que constitui o limite mínimo de vinculação com o texto legal em sua aplicação é uma questão valorativa. Cada caso é um caso individualmente.

Sobre o tema, em diversos de seus ângulos, Mantovani enfoca sobre uma tríplice perspectiva o “**princípio da legalidade**”: **a** - quanto às fontes das normas penais incriminadoras (princípio da reserva penal); **b** - quanto à enunciação dessas normas dentro de parâmetros satisfatórios de resguardo da segurança jurídica (**princípio da determinação taxativa ou do mandato de certeza**) e, **c** - quanto à validade das disposições penais no tempo (**princípio da irretroatividade**).

Destaca-se notar, que em sentido crítico, que o princípio do *nullum crimen nulla poena sine lege* atua dentro de limitações da própria atividade legiferante, abrindo espaços voluntários ou não, à atuação criadora do juiz. No campo do cumprimento exaustivo do **princípio da legalidade** o legislador ainda quando utiliza de **elementos normativos**, que requerem valoração judicial, em parte a diferença dos descritos, espera que o juiz não aplique seus **valores pessoais**, mas sim **os valores gerais** da sociedade. A doutrina admite compatibilidade com o **princípio da legalidade** um certo grau de generalização do texto, evitando-se um **casuismo puro** nos limites do momento em que a disposição legal é convertida em **regra geral**, permitindo a conhecer o que é proibido e o que está permitido.

**12 - O princípio da legalidade** constitui-se em exigência fundamental em todo o Estado de Direito e por razões de segurança jurídica. A **lei penal** é a **garantia de todo cidadão**, vinculando, em resumo, a quatro garantias básicas da pessoa; a **garantia criminal** (*nullum crimen sine lege*), que se vincula às exigências de *lex praevia* (exclusão de aplicação retroativa), *lex scripta* (exclusão do direito consuetudinário como fonte direta do Direito penal), *lex stricta* (proibição da analogia *in malam partem*) e *lex certa* (proibição de cláusulas indeterminadas ou mandato de certeza); a **garantia penal** (*nulla poena sine lege*); a **garantia jurisdicional** (*nemo damnatur nisi per legale iudicium*); a **garantia da execução** (não se pode executar alguma pena senão na forma prevista em lei).

Entende-se o **princípio da legalidade** como realização concreta de plúrimas facetas do Estado de Direito, vinculado, antes de tudo, à lei, mas também garantindo aos cidadãos, a segurança, bem como a proibição à arbitrariedade e o direito à objetividade e imparcialidade dos julgamentos.

**13 - O princípio da legalidade** pode ser excepcionado *in favor reo*, desde que inexista afronta ao sistema penal, vedando-se a analogia *in malam partem*.

Cabe distinguir-se a analogia da interpretação extensiva (sempre proibida). A analogia *in bonam partem* estaria legitimada pela interpretação da lei penal. Portanto, na orientação de Jescheck, descabe a fórmula do “**sentido literal possível do texto**”, pois se quer dizer a proibição da analogia “**com o fim de criação de um novo direito**”.

A exclusão do direito consuetudinário está diante da lei formal como única fonte do Direito penal (*lex scripta*) acarretando a proibição de fundamentar a punibilidade com patamar no direito consuetudinário. Para maior precisão, citando-se Scheiber, com respeito à parte geral, verdadeira criação do direito jurisprudencial, dir-se-ia que há vedação à admissão do direito consuetudinário *in malam partem*, possibilitando-se, por óbvio, sua admissibilidade *in bonam partem*.

Demais disso, cumpri aduzir ainda o princípio *ne bis in idem*, vedando que um mesmo fato possa ser tomado em consideração com efeitos plurais agravatórios, como também a proibição de dupla valoração dos fatos e o concurso aparente de normas penais coexistentes como limitação do concurso ideal de tipos penais.

**14** - A *lex praevia* impõe a proibição de edição de leis retroativas que venham a fundamentar ou agravar a punibilidade. A irretroatividade é um postulado do princípio da legalidade como complemento da reserva legal.

Na atualidade, discute-se a existência de proibição da aplicação retroativa quando ocorre a **mudança de interpretação jurisprudencial**, que resulte mais estrito que a interpretação anterior. A vedação da aplicação retroativa da lei alcança as penas e a medida de segurança em toda a sua extensão.

O texto constitucional é expresso: **“a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu”**(art. 5º, inciso XL Constituição Federativa de 1998).

A regra *tempus regit actum* é elevada a exigência básica do **princípio da legalidade**, casada com o princípio da segurança jurídica, cuja exceção é a retroatividade de lei penal mais favorável, que é excepcionada pela ultratividade de leis penais temporárias.

A Constituição brasileira de 1988 foi clara em relação ao dispositivo expresso da retroatividade quando beneficia o réu, ainda quando exista sentença com trânsito em julgado.

**15** - O segundo colatório do **princípio da legalidade** se constitui no postulado do **mandato de certeza**, ou **princípio da taxatividade**, que requer do legislador o uso de técnica correta e de linguagem clara, rigorosa e uniforme, vedando a elaboração de leis de natureza incriminadora, empregando expressões ambíguas, vagas e imprecisas.

A nosso sentir, a lei penal, observado o seu caráter generalizador, deve ser descrita de maneira **precisa, clara e exhaustiva**, como a pena com que se comina a realização típica do ilícito. E inadmissível a violação de princípios democráticos **vagos** que impedem a **certeza** do alcance do mandato proibitivo. A exigência da *lex certa* proíbe a generalização do texto legal, recordando-se os tipos abertos e as **normas penais em branco**. O **princípio da taxatividade** obriga, como na proibição da analogia *in malam partem*, que as metas de criminalização sejam atingidas tão-somente através da existência de um catálogo exaustivo de fatos individualizados. A admissão de certo grau de indeterminação entre as bandas do mínimo e do máximo da sanção cominada, deixando larga margem ao poder discricionário do juiz, em relação a aplicação de alternativas, configura a violação ao modelo de certeza.

Bricola lembra, por outro lado, que o **princípio da taxatividade** deve valer diante de toda a comunidade, o que entende ser difícil de ser alcançado

se existir uma sobrecriminalização. Não se pode olvidar que quanto maior for o número de condutas e de áreas criminalizadas, mais difícil traçar-se a fronteira entre o lícito e o ilícito, deixando o princípio da taxatividade de exercer a sua função.

**15** - Diante do princípio da intervenção mínima, repete-se, o Direito penal deve ser a *ultima ratio* da política social do Estado para buscar a proteção dos bens jurídicos, mais relevantes frente aos ataques mais graves. Como já vimos, o Direito penal é convocado a cumprir em um Estado social e democrático de Direito, a proteção das **regras mínimas** de convivência social, reduzindo, assim, ao mínimo possível a sua intervenção.

Infere-se que, só deve ter sua atenção para **casos graves** (caráter fragmentário), ou diante do fracasso dos outros meios de controle social, em hipótese emergencial (caráter subsidiário).

**O princípio de necessidade e utilidade da intervenção penal** deduz-se sua ilegitimidade em uma macrossociedade democrática, quando sua intervenção se demonstre **inútil** ou desnecessária na ordem a alcançar o fim desejado. Segundo Hassemer, a afirmação da dignidade constituiria a legitimação negativa da intervenção penal, cumprindo, após, verificar-se da legitimidade positiva, ou seja, da existência de necessidade de tutela penal. Contrapõe-se, desta maneira, a um **princípio de tutela de bens jurídicos** (Rechtsgüterschutz) um **princípio da técnica de tutela** (Schutztechnik). Seria conjecturável a possibilidade de censura constitucional de penalização desnecessária, inapta e desproporcionada.

**16** - Os princípios que são deduzidos das garantias que emanam, do conceito de Estado social e democrático de Direito se apoiam **em valores de liberdade, justiça, igualdade e pluralismo**. A questão dos princípios legitimantes do poder sancionador estatal é um problema constitucional, como também um problema jurídico-ético-penal.

A reação contra o uso indiscriminado das penas criminais, como meio de proteger toda e qualquer espécie de fim ou interesse do Estado, é o tema cardeal da atualidade. Modernamente, devemos partir do **princípio da intervenção mínima**.

Fala-se da hipertrofia do Direito penal a que a indiscriminação conduz, sublinhando-se a desentronização de uma justiça penal, quando posta ao serviço de fins que se apóiem num puro dogmatismo moral, inadequado às sociedades plurais. Apontam-se os desvios dos **princípios da culpa** e da **responsabilidade individual**, a indeterminação dos tipos legais e do

conceito de bem jurídico, bem como a distorção dos restantes elementos da teoria da infração penal e até o desrespeito das garantias processuais, que traz consigo a inflação das normas penais codificadas ou extravagantes.

Outrossim, há sinais de alarme diante do aumento maciço das decisões dos tribunais comuns que a supercriminalização acarreta, visto que o Estado quer garantir a realização dos fins salutistas a que se dispõe ou das suas particulares concepções morais, ameaçando quem desobedece com “males” e a mácula ético-social, que traduzem as penas criminais. O Estado, para impedir os comportamentos contrários a certos interesses sociais, ao invés de utilizar uma adequada política de informação, assistência ou recurso, utiliza a medida de natureza eticamente indiferente, punir e reprimir é a sua prática, recorrendo abusivamente a sanções penais. O alargamento do ilícito penal é consequência da necessidade de proteção dos indivíduos contra o próprio arbítrio do Estado.

Parece ser o Estado social de Direito a meta que a democracia pretende alcançar em seu esforço de apresentar-se com as vestes jurídicas, em seu intento de legalizar situações correspondentes à sociedade neocapitalista.

Poucas vezes se tem colocado à prova, com tanta intensidade, a junção da dogmática jurídica numa época de aceleração social com transformações e suas repercussões no mundo do direito. O Estado social de Direito não é uma mera fase na transformação do Estado; está montado sobre uma base pluralista na qual os diferentes grupos sociais realizam funções estimáveis (exemplo característico de sociedade pluralista, confirmada segundo o Estado social de Direito, é a democracia sueca, que tem a característica de democracia de grupos). Significa a desaparecimento do individualismo típico do Estado liberal e sua substituição por grupos nos quais se move, atuam e operam os indivíduos, de maneira que consigam suas finalidades.

A base deste pluralismo social é uma aguda consciência de solidariedade, de sorte que os conflitos passíveis de lealdade são resolvidos na medida em que os membros da sociedade se apercebem da necessidade de união.

Na diferença entre o Estado liberal de Direito e o Estado social de Direito, o primeiro baseia suas instituições na idéia de imitação, enquanto o segundo se caracteriza pela dimensão positiva da participação.

A reação do Estado contemporâneo frente ao abstencionismo do liberalismo tem em alguns casos chegado a extremos exagerados, porém convém pensar se se trata de problema do destino da liberdade no período de transição do Estado liberal em crise ao Estado intervencionista, em tan-

tos aspectos exigidos em virtude dos problemas sociais e econômicos da sociedade de massas.

A liberdade não é um bem humano e jurídico que mereça perder-se, senão que há que se consolidar adequadamente. O Estado do bem-estar geral corresponde também ao Direito de fixar os limites da ação individual, não é uma fórmula que se estabeleça em limites estreitos. Assim, o princípio da primazia da lei, o *rule of law*, é reconhecido em diversos tratados firmados com potências européias com o fim de estabelecer entre elas um regime de cooperação e integração em distintas matérias.

**17 - O princípio de humanidade** na escorreita colocação de Jescheck é o postulado reitor do cumprimento da pena privativa de liberdade e consiste no reconhecimento do encarcerado como pessoa humana e desta forma deve ser tratado.

A Constituição Federativa de 1988 adotou em vários dispositivos, o princípio da humanidade; sob tal ponto observa-se o artigo 5º., inciso XLIX, que estatui que: **“é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral”** e no inciso L: **“às presidiárias serão asseguradas condições para que possam permanecer com seus filhos durante o período de amamentação”**. Em verdade, recordo que em 6 de outubro de 1966, quando jovem advogado, como 1º diretor da Penitenciária Talavera Bruce, no Rio de Janeiro, inaugurei a 1ª creche para mulheres presas no Brasil.

O **princípio do humanismo** tem relevância no artigo 5º., inciso XLVII, quando determina que **inexistirá pena de morte, salvo em caso de guerra declarada, de caráter perpétuo, de trabalhos forçados, de banimento e cruéis.**

Sem dúvida, o **princípio da humanidade das penas** constitui-se na maior evolução do sistema penal contemporâneo, abandonando a pena de morte e a de privação da liberdade perpétua, além das corporais, criando-se os regimes progressivos e a possibilidade de abreviar a reinserção social, substituição das penas privativas, a implantação das penas alternativas, objetivando dar dignidade à pessoa encarcerada para **recender a esperança na liberdade** e verdadeira reinserção na macrossociedade. Aduza-se, a proibição das **penas exemplificadoras.**

**18 - O princípio da personalidade** está também inscrito em nossa Carta no artigo 5º., inciso XLV - **“Nenhuma pena passará da pessoa do condenado”**. A lei nº 7.210, de 10-07-1984 (Lei da Execução Penal) prescreve em seu art. 22, inciso XVI - incumbir o serviço social **“orientar**

**e amparar, quando necessário, à família do internado e da vítima**". Já no artigo 29, parágrafo 1º, alínea "b", ordenar que o produto da remuneração do trabalho do preso deverá atender, dentre outros objetivos, a assistência à família. Busca-se na execução impedir o excesso ou o desvio de execução.

Quanto ao **princípio da individualização** nossa Carta trouxe vários preceitos explícitos já referidos (artigo 5º, incisos XLIX, XLVIII e L), inclusive em relação a aplicação do regime prisional, com o equívoco em relação aos crimes hediondos.

Os anos 70 se caracterizam pela considerável **liberalização** em vários tipos penais. Hoje, paralelamente a penalização de certas formas comportamentais danosas à comunidade, observa-se um **direito penal oportunista e pontuativo**. Mas fechamos ao final do milênio com a **adoção das medidas alternativas à pena de prisão**, como também com o **anteprojeto de lei da Reforma da Parte Especial (24 de março de 1998)**.

Ainda persiste o temor da liberação do Direito penal, diante do sentimento de segurança que se converteu o discurso político dos movimentos conservadores denominados por "**lei e ordem**".

Deveremos iniciar o século XXI com uma nova legislação penal, sem subestimar a possibilidade de mudanças estruturais, possibilitando uma reforma social e, para tanto, as **Reformas** deverão ajustar os mecanismos institucionais de controle social.

Se a determinação dos valores ou interesses que à lei penal cumpre tutelar de algum modo reduzisse ao mínimo possível o conflito entre as concepções da norma e a consciência dos particulares, depressa seríamos conduzidos a uma larga descriminalização.

A "hipertrofia" do Direito penal reflete-se particularmente no aumento maciço da atividade jurisdicional que lhe corresponde, e por tais motivos, considerada a pequena importância de certas infrações (princípio da insignificância ou da bagatela), procurou-se reconduzi-las através da política criminal realista.

Quando tudo passa a ser incriminado, passa afinal a ser permitido. O Estado de anomia, de ausência de padrões ético-jurídicos, prejudica a própria dignidade do Direito penal.

A massificação das decisões traz prejuízo ao nível e à própria atividade jurisdicional e teria que incidir sobre complexos problemas econômico-sociais relacionados com o dirigismo ou o intervencionismo do Estado, para cuja apreciação os tribunais comuns não estão preparados.

É manifesto que o Direito penal não tem que proteger todos os valores eticamente fundamentais, cabendo-lhe realizar tão só a tutela daquele “mínimo ético”, que Jellineck diz essencial à vida em sociedade, enriquecidos com a “descoberta” de novos valores encontrados na prossecução de certos interesses sociais.

A compreensão atual dos problemas criminais tem absorvido novas direções do pensamento humano em oposição ao hermetismo das soluções radicais vindicativas orientadas pela causalidade cega aos valores em conjunto e insensível ao critério da justa proporcionalidade. Há que ser superado mais um estágio na luta contra um pensamento de fundo compensatório e exercido por mecanismos coercivo-repressivos. Os caminhos da descriminação, despenalização ou da destipificação não constituem uma renúncia do poder estatal da reprovação da infringência dos valores institucionalizados pela sociedade dominante e presente à necessidade comunitária, descaracterizando o Direito penal.

Não podemos aceitar um Direito penal injusto, antidemocrático e atentatório aos direitos e garantias individuais proclamados universalmente, servindo aos apetites dos donos do Poder.

Não pode o pluralista olvidar os problemas políticos, econômicos e sociais situando-se apenas no campo dogmático ou técnico-jurídico.

A ciência crítica do Direito penal tem como escopo denunciar o abuso por parte dos donos do Poder, que manipulam e ditam as normas penais para garantir as minorias sobre os reais interesses do povo.

Chegou a hora de libertar o Direito penal permitindo-lhe abrir janelas para a realidade social, tirando-o do isolamento, perdendo o carácter de instrumento para legitimar punições, passando efetivamente a conjugar seus objetivos e sua essência com a variada distribuição de fatos que mereçam receber sua atenção e tratamento. ◆

# A IMPORTÂNCIA DE UM CÓDIGO DE ÉTICA

**LUIZ FELIZARDO BARROSO**

*Advogado*

## PREFÁCIO

Os recentes acontecimentos envolvendo a CPI dos Bancos trazem à tona uma reflexão muito importante, qual seja a natureza e a eficácia dos mecanismos de regulação e controle no âmbito das atividades negociais, com reflexos inclusive no universo das franquias empresariais.

Ao contrário do que muitos possam imaginar, o panorama jurídico vigente em *franchising* é rico em diplomas legais a regulá-lo, direta e indiretamente.

Temos, hoje, no Brasil, a reger o *Franchising*, uma legislação específica, a Lei nº 8.955/94, que trata mais do oferecimento da franquia aos possíveis candidatos do franqueador, do que do relacionamento franqueador/franqueado.

Seja como for, a regular legalmente a convivência entre os parceiros de qualquer relação, inclusive os de franquia, temos o Código Civil, no Capítulo das Obrigações (art. 863/1078); dos Contratos (art.1079/1093); a Reparação do Dano por Atos Ilícitos (art. 159) e a caracterização da Responsabilidade Civil (art. 1518 a 1532 e 1537 a 1553). E, é óbvio, como a franquia de que estamos falando é a mercantil, ou melhor dizendo, a empresarial, temos o Código Comercial, sobretudo no que tange aos Contratos e Obrigações Mercantis (art.121/286).

Outros diplomas legais também são aplicáveis ao *franchising*, ainda que indiretamente, como:

- Lei nº 6.729, de 28.11.79 (Lei da Concessão Comercial de Veículos Automotores);

- Lei (antitruste) nº 8.158/91, contra a formação de cartéis; dispondo, no que mais nos interessa de perto, acerca do cerceamento à entrada no mercado de concorrentes; o controle regionalizado do mercado etc;

- Lei nº 8.131, de 27.12.90, versando sobre os crimes contra a Ordem Tributária, Econômica e as Relações de Consumo, no que tange ao abuso do

poder econômico para dominar o mercado, eliminando total ou parcialmente a concorrência; e, em detrimento desta, formar acordo, convênio, ajuste ou aliança, entre ofertantes, visando o controle de rede de distribuição ou de fornecedores;

- Código de Proteção e Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078, de 11.09.90), dispondo, entre outros, sobre os contratos de adesão, divulgação adequada de produtos ou serviços, publicidade enganosa; revisão de cláusulas contratuais etc;

- Código da Propriedade Industrial (Lei nº 9.279, de 14.05.96) que, em seu artigo 211, determina ao INPI o registro dos contratos que impliquem transferência de tecnologia, contratos de franquia e similares, para produzirem efeitos em relação a terceiros.

Como, entretanto, nenhum destes diplomas legais regula especificamente a convivência e, portanto, o relacionamento diuturno franqueador/franqueado<sup>1</sup>, cresceu em importância a necessidade de se aparelhar melhor o mercado, em uma instância que precede à das autoridades fiscalizadoras, vindo mesmo antes e estando, portanto, acima dos diplomas legais citados.

É a instância da ética, no dia-a-dia de um mercado cada vez mais concorrido, cujas dificuldades, não resolvidas a tempo e satisfatoriamente, potencializam crises e prejuízos, às vezes irreparáveis.

Não foi sem razão que a Associação Brasileira de Franchising criou o seu Código de Auto-regulamentação em Franchising ou Código de Ética da Franquia Empresarial, mas que só obrigaria os sócios da Associação que o instituiu.<sup>2</sup>

*“Isto porque os Códigos de Deontologia só vinculam os membros do agrupamento profissional a que se dirigirem e não têm sequer o valor de regras costumeiras ou de usos transnacionais (lex mercatoria). O seu valor de uso só foi reconhecido pelos tribunais na medida em que os contratos se lhe referiam.”*<sup>3</sup>

<sup>1</sup> O Forum da Franquia Empresarial, reunido por diversas vezes, em Brasília, no âmbito do Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio, para propor modificações à atual lei de *Franchising*, houve por bem deixar o relacionamento franqueador/franqueado para ser regulado pelo contrato de franquia, como, aliás, é o que ocorre desde a entrada em vigor da lei nº 8.955/94.

<sup>2</sup> Esta assertiva nos leva à conclusão inarredável de que deveremos fazer constar de todos os nossos contratos a existência de um Código de Ética da Franquia Empresarial, a partir do momento em que o mesmo venha a ser implantado, depois de aprovado pelo Conselho de Franqueados.

<sup>3</sup> Ana Paula Ribeiro - *O contrato de franquia (franchising) no Direito Interno e Internacional*. Tempus Editores, Lisboa, 1996. Pág. 82).

## **A LIVRE CONCORRÊNCIA**

O mercado é uma instituição fundamental para os regimes democráticos e as economias não centralizadas. Todavia, a capacidade de atender, satisfatoriamente, ao consumidor e elevar o nível da concorrência nem sempre partem das empresas, espontaneamente. Pelo contrário, as razões de conveniência, próprias da livre iniciativa, podem até ser predatórias, prejudicando sensivelmente o consumidor, destinatário final dos bens e serviços oferecidos no mercado.

É incontestável que, à medida que a concorrência aumenta, aumentam, também, as práticas não éticas. Por outro lado, não é menos verdade que a total ausência de competição é nociva à boa ética, pois, quando mais não fosse, não lhe proporcionaria a oportunidade de revelar-se.

Todavia, a mão invisível da concorrência não basta. Não pode, ela, por si só, obter resultados éticos desejáveis. Mas, nem por isso, vamos abolir de vez a concorrência (como o fazem os países de regime político totalitário, onde predomina, pelo menos teoricamente, a ausência da concorrência), só para termos, como resultado, menos práticas anti-éticas.

Pelo contrário, preservemos nosso regime democrático, pois algumas práticas não éticas, neste nosso regime, só provam a confiança que a democracia deposita em seus líderes empresariais.

Todavia, em um mercado cada vez mais globalizado no qual as estratégias estabelecidas nas transações comerciais – grandemente estimuladas pela formação de blocos de nações – ultrapassam fronteiras, a competição nem sempre é feita dentro das regras que preservem o crescimento da economia nacional de um confronto devastador, com importantes reflexos, inclusive, no mercado de franquias.

Nessa esfera, a experiência internacional demonstra que o controle mais eficaz tem sido mesmo aquele exercido pelas próprias entidades privadas do setor, sem quaisquer interferências governamentais.

## **A AUTO-REGULAMENTAÇÃO**

No mercado de franquias – que nos interessa analisar de perto – a auto-regulamentação a nível internacional, tem sido capaz de garantir uma padronização, não apenas de conduta mas, também, de conceitos; cristalizados, todos, através de um Código de Ética, ou de Auto-regulamentação, (em constante aperfeiçoamento) ao qual, os associados da respectiva agremiação, aderem automaticamente, e que se destina, tanto a resolver conflitos, quanto

a punir desvios do que tiver ficado estabelecido como sendo um padrão ético de conduta para o setor; decisões aquelas que garantem até a existência de uma certa “jurisprudência”, na interpretação do Código.

É bem verdade que para se ser franqueador ou franqueado não se precisa ser sócio de nenhuma associação. Nada impede, porém, que para integrar certa associação, em determinada categoria, a empresa tenha que preencher o pré-requisito de ser membro da associação inerente à classificação a que pertença.<sup>4</sup>

Todavia, como vimos acima, é um sonho pensar em querer-se obrigar a seguir seus preceitos éticos quem esteja fora de determinada atividade. Não é sem razão que surgem diplomas legais contemplando Códigos de Ética, cujo desconhecimento não se pode sequer alegar, para justificar o seu não cumprimento, pois tratar-se-ia, agora, de infração a uma lei.

Esta circunstância vem em favor do argumento de se adotar um Código de Ética para cada comunidade em ação, como uma necessidade imperiosa, em não havendo uma legislação específica a respeito.

*“Dentro desse enfoque, recomendável seria que cada categoria profissional pudesse instituir, como norma de procedimento salutar dos seus associados, o seu próprio **Código de Ética**, contendo um repositório de preceitos e regras de conduta dos seus membros, a fim de conscientizá-lo dos direitos e obrigações, visando ao engrandecimento da profissão e de sua missão social e humana”.*<sup>5</sup>

## A IMPORTÂNCIA DA ÉTICA

Seja como for, a ética tem muita força, porque, quando em nossas ações, fugimos dela, passamos a sofrer a censura de nossos pares e o alijamento de sua convivência que, em última análise, pode ser até mais cruel do que a própria sanção legal, com o cumprimento de uma pena pré-estabelecida em norma jurídica.

---

<sup>4</sup> A Associação Nacional das Lojas de Conveniência – ANLOC, por exemplo, só aceita que ingresse em seus quadros associativos, na categoria de franqueador, quem seja sócio da Associação Brasileira de Franchising – ABF nesta classificação.

<sup>5</sup> Álvaro Leite Guimarães. *A ética nas profissões*. Bol. Sem. Rotary Club. Ano LXX – 18ª Semana, 28.10.92.

*O ético não demanda a vigilância de qualquer instância de poder exterior ao agente. Mas, que máximas morais pode a consciência impor a si mesma por seu valor ético imanente? Alguns atos são certos ou errados em si mesmo. Quebrar uma promessa, por exemplo, seria errado independentemente das conseqüências”.*<sup>6</sup>

As normas deontológicas devem, pois ser seguidas, não por serem úteis ou vantajosas para quem age, ou até para a humanidade em geral, e sim porque a todo o indivíduo se impõe soberanamente o dever de adotá-las, de modo absoluto e necessário, ao ter consciência de que é um ente moral,

*“Todavia, quando submetidas à competição, nossas ações mostram não só o que o ser humano pode fazer de melhor, como, também, o que pode tentar fazer de ilícito para se impor aos seus concorrentes”.*<sup>7</sup>

sobrelevando-se a necessidade de um Código (ao qual aderimos espontânea e soberanamente) e que passará a balizar nossas ações quando nos faltarem, até mesmo, condições e coragem para refletir sobre se seria ético, ou não, determinado modo de procedermos.

## A ÉTICA

Mas, afinal, o que é Ética?

**“Ética vem a ser um estudo dos juízos de apreciação que se referem à conduta humana suscetível de qualificação do ponto de vista do bem e do mal, seja relativamente à determinada sociedade, seja de modo absoluto.”**<sup>8</sup>

*“Mas, valerá a pena ser ético em um mundo infestado de leis e regulamentos, como se o desrespeito freqüente às normas fundamentais e ao bom convívio pudesse ser compensado com a profusão de leis existente?”*<sup>9</sup>

---

<sup>6</sup> Dr. Alberto Oliva. *O lugar da ética num mundo de fatos e de leis*. Revista Thintank, set. 98.

<sup>7</sup> Dr. Alberto Oliva. *O lugar da ética num mundo de fatos e de leis*. Revista Thintank, set. 98.

<sup>8</sup> Aurélio Buarque de Holanda Ferreira. *Novo dicionário da língua portuguesa*. Nova Fronteira.

<sup>9</sup> Dr. Alberto Oliva. *O lugar da ética num mundo de fatos e de leis*. Revista Thintank, set. 98.

“Temos, hoje, uma corrida ética em sentido inverso”<sup>10</sup> e só por ingenuidade se acreditará que à mão pesada do Estado deve caber a missão de por fim aos atos eticamente condenáveis.

*“Como tão bem assinalou Kant, não é tarefa do Estado, ou até de outros indivíduos, tornar alguém **moral**. Só o próprio indivíduo pode infundir moralidade em seu agir. Ser moral é fazer-se moral. Se assim não fosse, o ser humano não seria um ente autônomo. Só quem é senhor de si pode-se tornar um agente moral. Por essa razão, a luta pela liberdade acaba sendo, em última análise, uma luta ética. O que faz o homem sujeitar-se à lei moral é o fato de o fazer voluntariamente, como se estivesse legislando para si mesmo. Isso significa que cada indivíduo não é apenas sujeito de direitos e deveres. É também legislador para si mesmo ao estabelecer e ao se impor as normas gerais de justa conduta com base nas quais age. Fica claro que sem liberdade não teria o homem como desfrutar de autonomia moral.”*<sup>11</sup>

Isto nos leva a seguinte indagação: qual a distinção entre moral e ética? Quem nos responde é o Prof. Ruy de Azevedo Sodré, o papa da ética profissional no Brasil.

*“Moral e Ética têm a mesma raiz etimológica: - costume (ciência de costumes) mas são termos diferentes. Moral é a ciência do bem. A sua infração resulta numa sanção, na maioria dos casos imposta pela nossa própria consciência, que se traduz no remorso. Em outros, a sanção decorre de uma repulsa social. Ética vem do grego **etos**, que significa costume e tem uma etimologia significativa idêntica ao radical latino “**mos**” donde se origina a expressão moral. Ambas significam “costume ou hábito”. A Ética se divide em **Deontologia** – ciência dos deveres, e **Diceologia** – ciência dos direitos.*

---

<sup>10</sup> Dr. Eduardo Portela, Presidente da Fundação Biblioteca Nacional, em conferência intitulada *Uma proposta de educação para o próximo milênio*, proferida em 30.04.99 no Seminário EDUCAÇÃO NO PRÓXIMO MILÊNIO E AS NOVAS TECNOLOGIAS NO ENSINO À DISTÂNCIA. FGV/EBAP).

<sup>11</sup> Dr. Alberto Oliva. *O lugar da ética num mundo de fatos e de leis*. Revista Thinktank, set. 98 (5): 19.

Lúcida, também, é a distinção produzida por Ruy Rodrigo Brasileiro de Azambuja, quando ele afirma:

*“Em se falando em moral, propriamente dita, se cuida da moral teórica, ao passo que ética é a moral prática. A ética trata, pois, da moralidade dos atos humanos.”*

**“Ética é aquele máximo de honestidade que podemos colocar no mínimo que se exigem de nossa atuação em família, em sociedade, em negócios ou profissão.” Ética é a parte da filosofia que estuda os deveres do homem para com Deus e a sociedade; deontologia; ciência da moral.”<sup>12</sup>**

A ética guarda uma relação muito estreita com o tempo e o espaço social e cultural em cujo contexto é analisada. Quem nos chama a atenção para este fato é a psicanalista Helena Besserman Vianna. Na entrevista ao O GLOBO, intitulada “Brasileiros Valorizam a Família na Formação Ética”,<sup>13</sup> ela assim se manifestou:

*“O que é moral e ético em uma cultura pode não ser em outra.”*

Para exemplificar, ela apresenta o que ocorre em certos países árabes, nos quais a poligamia é aceita e faz parte das leis. Ainda que a definição do que é ético seja variável, a psicanalista acredita que os valores morais transmitidos pela família são importantes na formação da personalidade.

Já o psicanalista Wilson Chebabi acredita que a ética é a base fundamental de todo saber respeitável, e não a eficácia:<sup>14</sup>

*“Há uma tendência a privilegiar a eficácia em prejuízo do bem. O descaso com a ética é um fator ponderável em casos como o de adolescentes que queimam um índio indefeso – lamenta.”*

---

<sup>12</sup> Jayme Rocha Pardini. *Ética em Serviços Profissionais*. Revista Brasil Rotário. Maio de 1984.

<sup>13</sup> O GLOBO, 24.05.98.

<sup>14</sup> Idem, *ibidem*.

*“É urgente o resgate da ética. O fascínio pelas proezas da técnica precisa dar lugar ao respeito pela reflexão filosófica.”*

## A ÉTICA NOS NEGÓCIOS

Com o passar do tempo, porém, fatores éticos tem-se revelado de crucial importância para o funcionamento do sistema produtivo. Isto significando que regras éticas passaram também a ser vistas como podendo contribuir diretamente para o progresso social. É compensador, pois, e mesmo lucrativo, ser ético.

E não se trata, apenas, de cumprirmos fielmente o que foi por nós pactuado, trata-se do estabelecimento de regras do jogo estáveis, pois constantes alterações, após haver começado a competição, sempre geram instabilidade, diminuindo a coesão social e a própria prosperidade econômica.

Na época em que vivemos, quando tantos valores são esquecidos ou postergados, a ética há de ser estudada e instada.

Não é sem razão que, por volta de 1985, a ética nos negócios tornou-se um campo acadêmico, debatido por teólogos, filósofos e presidentes de grandes corporações. Nos anos 80, cerca de 75% das 1.200 maiores empresas americanas definiram seus códigos de ética e os melhores de seus funcionários foram treinados na ética dos negócios.

“Os homens de negócios que depuseram na pesquisa feita anteriormente aos estudos para a elaboração da obra *Ética em Negócios*,<sup>15</sup> embora confessassem a sua desconfiança nos concorrentes e na existência de práticas aceitas na indústria, mas que não são éticas, também manifestaram o desejo de alterar essas práticas e de estabelecer uma confiança mútua”.

No Brasil, em 1981, ao tempo em que vigorava a distinção constitucional entre empresas nacionais e estrangeiras, tramitou na Câmara dos Deputados um Projeto de Lei de nº 2.248-0/76, encerrando um Código de Ética para Multinacionais, que definia o comportamento exigível das empresas que operassem no território nacional, sob o controle de capital estrangeiro, impondo-lhes padrões éticos de comportamento.

Em 1987, a Associação dos Dirigentes Cristãos de Empresas do Brasil, reunida através de suas Delegações Regionais, houve por bem, durante o seu IX Congresso Nacional, emitir a Carta de Salvador, contendo diversos pontos oferecidos à reflexão, constituindo a sua *Ética nos Negócios*.

---

<sup>15</sup> Raymond Baumhart SJ. *A ética em negócios*. Expressão & Cultura, 1997.

## A ÉTICA EM SERVIÇOS PROFISSIONAIS

Não só nos negócios manifestaram-se espontaneamente os empresários no sentido da formulação de princípios éticos ligados à sua atividade.

Também prestadores de serviços profissionais e profissionais liberais (estes últimos muitas vezes agrupados em sociedades profissionais, verdadeiras empresas prestadoras de serviços) formularam seus Códigos de Ética.

A começar pelos Clubes de Serviços, como o *Lions* e o *Rotary Club*, tendo, este último lançado, recentemente, campanha no sentido de promover uma volta a princípios éticos, sob o lema: “**Ética é um princípio que não pode ter fim**”. A propósito, é mundialmente conhecida sua famosa prova quádrupla.

1. É verdade?
2. É justo para todos os interessados?
3. Promoverá a BOA VONTADE e MELHORES AMIZADES?
4. Será BENEFÍCIO para todos os interessados?

Em seu Manual de Procedimentos iremos encontrar:

*“Promover e apoiar:*

*o reconhecimento do mérito de toda ocupação útil e a difusão das Normas de Ética Profissional; por outras palavras, em Serviços Profissionais visa-se promover o ideal de servir pelo mundo dos negócios e profissional.*

*Isso redundará na aplicação de elevados padrões de Ética pelo rotariano em todas as suas relações de negócios ou profissionais – com empregados, concorrentes, fregueses e aqueles de quem se compra; e na difusão de tais padrões por todos os rotarianos entre os demais integrantes de seu grupo.”*

Mas, o que vem a ser a ética profissional? **Ética Profissional são os princípios que regem a conduta de determinados profissionais, de certa classe.**

A ética dos advogados, por exemplo, deve ser estudada, no currículo das Faculdades de Direito, sob o título *Ética* ou *Deontologia Jurídica*, como disciplina obrigatória, tal o rigor do Código de Ética e Disciplina que é imposto à carreira do profissional do direito, pelo diploma legal que lhe corresponde (Lei nº 8.906, de 04.07.94, art. 31 a 33), e tal é o peso de sua responsabilidade social na construção da justiça.

Referido Código de Ética e Disciplina regula os deveres do advogado para com a comunidade, o cliente, o outro profissional e, ainda, a publicidade, a recusa do patrocínio, o dever de urbanidade e os respectivos procedimentos disciplinares.

No I Encontro dos Tribunais de Ética da Ordem dos Advogados do Brasil, realizado nos dias 7 e 8 de novembro último em Brasília, no qual ficou resolvido encetarem, os advogados, uma campanha intitulada *Ética na Advocacia* e a elaboração de um Manual de Ética da sua profissão, destacamos as seguintes assertivas:

*“A advocacia não pode ter tratamento semelhante à atividade comercial” disse o jurista Paulo Gouveia Medina. Essa afirmação foi feita a partir do papel estabelecido em lei para o advogado como peça fundamental do funcionamento da Justiça e a quem cabe a defesa da ordem jurídica.*

*Numa época marcada por mudanças profundas, resultantes da globalização, o interesse cada vez maior pelos lucros estaria entrando em conflito com os princípios que orientam a profissão.*

*“A sociedade, de maneira geral, pensa em termos monetários. A advocacia, contudo, tem outros valores mais importantes e históricos, como a liberdade, a legalidade e a defesa da Constituição”<sup>16</sup>*

## **A ÉTICA EM FINANÇAS**

Compreendendo a importância de possuir um Código de Ética, e ciente de *“que o profissional da área deve orientar-se por princípios éticos compatíveis ao elevado grau de responsabilidade e probidade exigíveis para o exercício de suas atividades profissionais”<sup>17</sup>* o Instituto Brasileiro dos Executivos em Finanças - IBEF houve por bem de instituir seu Código de Ética e Normas de Conduta Profissional, conforme os termos de um articulado contendo trinta itens, a serem seguidos zelosamente por todos os afiliados do IBEF, que validarão a proficiência e confiabilidade do executivo de finanças, junto às instituições e à sociedade em geral.

---

<sup>16</sup> Dr. Reginaldo de Castro, em entrevista ao Jornal da OAB, dez.98, pág.10).

<sup>17</sup> Resolução 01/98 da Assembléia Nacional do IBEF.

Foi criada, também, pelo referido Instituto uma Comissão Permanente de Ética (CPE) com o objetivo de apurar os fatos e recomendar ao Conselho Diretor Seccional as medidas cabíveis, nos termos do art. 2º do seu Estatuto Social, em caso de quebra do decoro profissional por parte do executivo de finanças afiliado ao IBEF.

Referido Código de Ética foi instituído não sem antes haver a entidade consultado a opinião de seus afiliados, a eles tendo oferecido um elenco das qualidades positivas para que os mesmos as valorassem, em ordem decrescente segundo seu maior grau subjetivo de importância.

A propósito da instituição do referido Código, assim se manifestou o Coordenador da Comissão de Ética (que finalizou o Código) e Diretor do IBEF, Dr. Luiz Affonso Romano.<sup>18</sup>

*“Mas certos princípios éticos devem ser preservados e a conduta moral deve ser claramente delineada para que os perenes ideais de proficiência, justiça e dignidade profissional sejam mantidos. Não apenas como referência, mas intrinsecamente inseridos no momento e no processo histórico que estamos vivenciando; ou corremos o risco de perdermos as nossas referências, enquanto sociedade.*

*E, ao nos pautarmos neste Código de Ética, estaremos, com certeza, contribuindo não apenas para o aumento do nível de respeitabilidade de nossa atividade mas, sobretudo, contribuindo para o aumento da qualidade de vida de nossa sociedade.*

*O Código de Ética dos ibefianos pretende ser o paradigma da nossa prática profissional e a inspiração maior ao nosso consciente exercício da cidadania”.*

## A ÉTICA NO TURISMO

Recente matéria, intitulada *Turismo com Ética*, publicada há menos de um ano<sup>19</sup>, nos dá conta de que a Organização Mundial do Turismo elabora um Código para disciplinar o setor; que, bem a propósito, duplicará seu faturamento até 2020.

<sup>18</sup>. Dr. Luiz Affonso Romano. INFORME-IBEF, 10 (91), nov 1998.

<sup>19</sup>. Revista *Checkin*, em agosto de 1998, às páginas 16 e 17.

*“O Brasil integra o comitê encarregado de elaborar um documento inédito na história, o Código de Ética do Turismo, um conjunto de normas capaz de proteger os interesses e definir as responsabilidades de quem viaja, de quem trabalha no setor e de quem mora nos lugares visitados pelos turistas no mundo inteiro. A elaboração do código tem apoio da ONU e é uma proposta da Organização Mundial do Turismo (OMT), entidade intergovernamental que trabalha para disciplinar e organizar o turismo mundial. A utilidade do código parece emergente. Basta lembrar o desconforto de milhares de brasileiros durante a Copa da França. Pagaram por pacotes e ingressos para os jogos e tiveram que ver o Brasil jogar em telões armados nas ruas de Paris”.*

*“Além disso, o código torna-se uma necessidade diante dos números previstos para o setor nas próximas décadas”.*

*“Segundo previsões da OMT, a indústria do turismo deverá triplicar até 2020, disputando espaço na economia mundial com os setores de telecomunicações e tecnologia da informação, os de crescimento mais veloz, atualmente”.*

O Código de Ética do Turismo abordará, dentre outros assuntos, a exploração do turismo para fins libidinosos, coibindo-a; procurando, com isto, harmonizar os interesses de quem viaja com os de quem mora nos lugares visitados, de modo a evitar a interferência deletéria dos visitantes na vida de comunidades, que vivem em destinos turísticos, pois isto é algo que ainda não está sendo devidamente considerado pelo setor, na avaliação dos estudiosos. E, prossegue a matéria:

*“A exploração sexual, o uso de mão de obra infantil, o desrespeito aos direitos humanos, as questões ambientais, o cumprimento dos itens da Declaração Universal dos Direitos do Homem; tudo isso deverá fazer parte do código”.*

## **A ÉTICA NO MARKETING DE REDE**

Também as entidades ligadas ao Marketing de rede, ou Marketing Multinível, possuem seu Código de Ética.

A MLMIA – MULTI-LEVEL MARKETING INTERNATIONAL ASSOCIATION alardeia a existência de altos *standards* de comportamento ético na indústria do Marketing de rede, para si própria e para os seus membros.

Para serem observados por todos os seus associados, a entidade estabeleceu um decálogo de preceitos dos quais destaca, como Regra de Ouro, apregoada pela Associação, o seguinte axioma:

*“enquanto você estiver construindo seu negócio, em proveito próprio, falo-á de modo a que os que estiverem em seu entorno, possam, igualmente, construir o seu, sem percalços e admoestações”.*

A SOCIEDADE INTERNACIONAL DE MARKETING MULTINÍVEL, com sede no Brasil, também se apresenta aos seus associados com um CÓDIGO DE CONDUTA & ÉTICA DE DISTRIBUIDORES.

#### **A ÉTICA NA ATIVIDADE PUBLICITÁRIA**

A atividade publicitária, no Brasil, há muito que se auto-regula, com absoluto sucesso. A atividade saneadora de seu Conselho de Auto-Regulamentação (CONAR) – aplicando, inclusive, duras penas aos recalcitrantes – tem sido bastante útil e elogiada na normatização da atividade em prol do bem comum.

Seu Código de Auto-Regulamentação espontânea já previa, por exemplo, em 1978, restrição de horário para as peças publicitárias relativas às bebidas e cigarros na televisão; o que, só mais tarde veio a ser regulamentado por lei.

São inúmeras, pois, as entidades – fora do sistema de franquia empresarial, que resolveram difundir e instar seus princípios éticos aos seus afiliados mediante um CÓDIGO DE ÉTICA OU DE AUTO-REGULAMENTAÇÃO.

Analisemos, agora, os exemplos de Códigos de Ética no âmbito do *Franchising* no Brasil e no mundo.

#### **O CÓDIGO DE AUTO-REGULAMENTAÇÃO DA ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE FRANCHISING - ABF**

Em julho de 1987 foi constituída na cidade de São Paulo a ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE FRANCHISING, sem fins lucrativos, con-

gregando Franqueadores, Franqueados, Consultores e, de um modo geral, os provedores de bens e serviços ao sistema respectivo, com o objetivo de desenvolvê-lo e divulgá-lo, assim como seus benefícios para o nosso país, promovendo sua defesa junto às autoridades constituídas, entidades de classe, formadores de opinião; aprimorando técnicas de atuação de seus associados, através do intercâmbio de informações, dados, idéias, cursos, seminários, palestras e eventos.

Ao tempo da criação da ABF já existia no Brasil a Associação dos Franqueadores Brasileiros – AFRAB, com sede no Rio de Janeiro. Como ambas as Associações tinham os mesmos objetivos, quais sejam os de lutar pela higidez do Sistema de Franchising no Brasil, que acabara de nascer, promovendo a disseminação do verdadeiro conceito de *franchising*, a fim de protegê-lo, ambas entidades se fundiram passando a ABF, criada em São Paulo, a ser a ABF-Nacional e a AFRAB, a Sucursal do Rio de Janeiro da ABF-Nacional.

A ABF-Nacional decidiu, então, em atendimento aos seus objetivos, constituir uma subcomissão da Comissão de Ética, encarregada de elaborar um Código de Auto-regulamentação do *Franchising*, estabelecendo princípios, regras e condições básicas de atuação a serem observadas, no dia-a-dia, estipulando normas e práticas adequadas, principalmente no que tange ao relacionamento franqueador/franqueado.

Referido Código foi elaborado de forma a se constituir em um código de boa conduta; baseado em princípios legais de Direito Brasileiro, na prática do sistema do mercado interno e no Código de Ética da Associação Internacional de Franchising (IFA).

Ao divulgar seu Código, em um opúsculo, a ABF oferece, também, uma cópia do Regulamento da Comissão da Comunidade Européia, sobre *franchising*, que dá ao Sistema de Franquia Empresarial, um outro enfoque, sob o prisma das vantagens e dos ganhos auferidos pelo consumidor, com a sua aplicação.

Em suas disposições gerais, o Código de Auto-Regulamentação da Associação Brasileira de Franchising define o que seja o Sistema de Franchising, bem como *know-how*, para, ao depois, sob o título PRINCÍPIOS ORIENTADORES, definir, singelamente, o que seja franqueador; os requisitos para ser franqueador, bem como para ser franqueado.

Em seguida discorre o Código sobre a Publicidade e Divulgação da Franquia, no processo de recrutamento, que não deverá conter ambigüidades nem, muito menos, ser enganosa.

Quanto à Seleção de Franqueados, o Código recomenda que os mesmos só sejam aceitos após processo criterioso que envolva formação, qualidades pessoais e recursos financeiros para a exploração da franquia.

Sobre o CONTRATO DE FRANQUIA, o Código recomenda que o mesmo seja escrito (o que no Brasil, aliás, hoje é uma obrigação legal), devendo ser respeitados na sua elaboração, o Código de Auto-Regulamentação e o Direito Brasileiro, bem como refletir no documento elaborado os interesses dos membros da rede, como um todo, protegendo suas identidades e reputações; os direitos de propriedade industrial ou intelectual dos franqueados; deferindo, por último, os direitos e as respectivas obrigações e responsabilidades das partes.

Referido Código vai mais adiante, elencando os pontos essenciais de um contrato de franquia, passando pelas cláusulas de não concorrência, confidencialidade, sigilo e rescisão do contrato.

No que concerne à Master Franquia, o Código afirma que o mesmo não se lhe aplica, regendo, contudo, as relações entre Master Franqueados e seus subfranqueados.

Prossegue o Código, discorrendo sobre os DIREITOS E OBRIGAÇÕES DO FRANQUEADOR e do FRANQUEADO, para finalizar com INFRAÇÕES E PENALIDADES.

### **CÓDIGO DE DEONTOLOGIA DA FEDERAÇÃO FRANCESA DE FRANQUIA**

O Código de Deontologia da Federação Francesa de Franquia foi estabelecido com a criação da própria Federação, por volta do segundo semestre de 1971, por franqueadores, professores de direito e juristas de escola - idealistas; todos interessados em uma autodisciplina, sempre preferível a uma legislação imposta. Seu objetivo foi, pois, o de dotar uma profissão nascente de regras livremente aceitas pelas partes.

Com regras flexíveis – sem jamais criar constrangimentos – o Código da F.F.F. é construído sobre os princípios fundamentais da parceria empresarial, da colaboração recíproca e do equilíbrio de direitos e de obrigações.

Ele, de fato, não obriga senão os aderentes à Federação, a não ser que nos contratos de franquia respectivos se faça uma referência específica à existência do referido Código, anexando-se uma cópia do mesmo ao pactuado.

Este Código, em sua nova versão, serviu à consolidação do Sistema de Franquia na França, pois impregnou a atuação de todos os partícipes deste sistema, naquele país, constituindo a base para a elaboração do novo Código Europeu da Franquia, entrado em vigor em 1º de Janeiro de 1992.

## CÓDIGO BELGA DE FRANQUIA EMPRESARIAL

Conhecido, também, como Código de Práticas Leais em Matéria de Franchising, este Código estabelecido pela Associação Belga de Franchising apresenta-se mais detalhado do que o Código da F.F.F.

Todavia, seus autores – a princípio um tanto tímidos - parece não terem querido dar força obrigatória a todo o Código, pois utilizam-se de expressões como, “*em princípio*”: “*o franqueador tem, em princípio, o direito de escolher de seus equipamentos e materiais ...*”.

De resto, nada obstante, emprega outras expressões como, por exemplo: “*é necessário... é devido...*” fazendo com que, afinal, o Código se imponha ao franqueador aderente à Associação.

## CÓDIGO DE DEONTOLOGIA EUROPÉIA DA FRANQUIA

Reproduz, quase integralmente o Código Belga, possuindo o grande mérito de ter feito uma síntese entre os Códigos de Deontologia da F.F.F. e o Belga, sem haver aportado, contudo, algo da deontologia alemã, ou anglo-saxônica, como seria de se esperar, sendo ele um Código Europeu.

O Código em questão, porém, é parcial, pois, simplesmente, ignora as obrigações de franqueado para com o franqueador.

Seu mérito é, no entanto, o de simplesmente existir, o que, por si só, já é algo de positivo. Espera-se que, um dia, ele possa ser reformulado, dentro de um espírito mais consentâneo com a ética no *franchising*, contemplando as obrigações do franqueado.

## CONCLUSÃO

É forçoso reconhecer a importância que um Código de Ética pode ter para qualquer comunidade em ação, pois proporciona a oportunidade única de os indivíduos, organizados politicamente, se auto-regularem, impondo-se-lhes padrões de conduta que lhes garantirão plena liberdade de agir, com respeito ao próximo, portanto, sem os constrangimentos de um controle externo, e dentro de um padrão mínimo de conduta moral.

A sociedade de uma maneira geral pensa e age em termos materiais, monetários e econômicos, até por uma questão de mera sobrevivência. Não podemos nos esquecer, contudo, de outros valores maiores, que se agigantam estes sim morais, que deveremos legar com prioridade aos nossos pósteros. ◆

# O NOVO ENSINO JURÍDICO\*

**LUIZ FUX**

*Desembargador do TJ/RJ e Professor Titular de Processo Civil da Faculdade de Direito da UERJ*

A alusão ao ensino jurídico traz a lume a idéia de crise do ensino e do próprio mundo jurídico onde encartam a lei e a justiça. Essa dissintonia entre a lei e a justiça e as expectativas sociais têm como estuário comum a inegável influência do ensino jurídico, tanto mais que numa acepção ampla, este pode ser considerado como veículo através do qual transmite-se ao estudante de direito a visão do fenômeno jurídico na sua dupla configuração a saber: o sistema de leis e as formas de composição dos conflitos jurídicos decorrentes da irrealização espontânea do direito.

Em regra, atribui-se a ineficiência legal ao próprio processo de intelectualização dos profissionais levado a efeito com elevado grau de abstração quanto as virtualidades e os antecedentes do sistema jurídico-legal. Costuma-se asseverar que o curso jurídico é um método de ensino comprometido com o “ser” e descomprometido com o “dever ser”.

A severa, porém, precedente crítica, lastreia-se na prática diuturna de o estudante pensar o direito como um conjunto de preceitos, tornando-o prisioneiro do tecnicismo e sujeito passivo de constatações, ao invés de atuante indagador. Inegável, portanto, que o produto final deste processo de fabricação de um profissional resulte na formação de positivistas, os quais nas atividades jurídicas exercidas não de revelar a obscuridade de suas culturas e o absenteísmo de suas sensibilidades. Neste passo, forçoso reconhecer que algumas funções a sensibilidade é o atributo primacialmente exigido, como

---

\* Texto da Conferência realizada na Faculdade de Direito Cândido Mendes – Centro em 07.01.99 por ocasião da Semana Jurídica promovida pelo Diretório Acadêmico.

v.g., na magistratura, ponte por onde passam todas as misérias humanas, por isso que o juiz é desafiado a decidir com justiça e caridade.<sup>1</sup>

**Plauto Farraco**, nas suas digressões leciona: “Esta situação denota mais do que uma lacuna importante no aprendizado jurídico. É ela indicativa de que o ensino funciona como um sistema fechado em que gravitam conceitos jurídicos, cultivados com elevado grau de abstração que o afasta dos dados sociais reais, a tal ponto que os juristas tornam-se prisioneiros do tecnicismo que engendram...”

A não ser pela inércia de um discurso ideológico secularmente veiculado pelas Faculdades de Direito e, em consequência, reproduzido em grande parte da literatura jurídica, não há porque pretender circunscrever a investigação realizada pela dogmática jurídica à enunciação de “puros juízos de constatação”, rigidamente separados de quaisquer outras indagações a ela referentes.

O pensar estritamente dogmático, engessado pelo reducionismo lógico-formalista, faz escapar ao estudante de direito a *ratio essendi* da matéria prima que adquire nas faculdades e que se destina à solução dos “multifários dramas humanos”.

Como formar homens sensíveis, justos, críticos, se o estudo do Direito se perfaz em circuito fechado, onde a contemplação da norma estática encerra a um só tempo o juízo de valor e o juízo da realidade?

O terceiro milênio reclama uma opção translúcida sobre a proposta universitária no campo do direito.

Exatamente à luz destas exigências o Ministério da Educação, Cultura e Desportos lançou-se numa verdadeira cruzada pela otimização do ensino em geral e, conseqüentemente do “ensino jurídico”. Guardando coerência com as suas próprias diretrizes, internamente compôs uma “Comissão de Especialistas do Ensino de Direito” para gerir este projeto de qualificação do estudo jurídico no nosso país.

<sup>1</sup> Expressivo o exemplo legado por Calamandrei, na sua obra **Justiça e Democracia**, fruto da Compilação de textos reunidos quando de sua visita no início do século à Universidade do México a convite de Niceto-Alcalá-Zamora em que narra o episódio no qual o juiz presidente do tribunal de um júri formado para julgar uma senhora acusada de homicídio, ao retornar da sala secreta e antes mesmo de revelar o veredicto oficial, determinou ao oficial de justiça que a avisasse ao ouvido de sua absolvição posto não resistir vê-la chorar compulsivamente...

A vinheta que ilustra a 3ª edição do **Elogio aos Juizes**, idealizada por Paolo Barile consistente numa balança sobre cujos pratos repousam um volumoso código e uma rosa e o prato mais pesado é exatamente aquele onde está a flor, revela da evocação da sensibilidade para a função jurisdicional onde a poesia deve sobrepujar a frieza da letra dos códigos.

Para esse fim, editou um denso diploma regulador das diversas atividades características do curso jurídico corporificado na decantada Portaria 1886/94. Uma visão sintética permitir-nos-ia subdividir a proposta inserta no referido diploma legal sob dois ângulos distintos: um pragmático e outro ideológico. No primeiro aspecto a proposta visa a estruturação do curso calcada no tripé “formação crítico-reflexiva”, “formação profissionalizante” e “formação prática”. A **formação crítico-reflexiva** é instrumentalizada através da inserção inicial de disciplinas que compõem as ciências sociais e humanas com ênfase política, filosófica, ética e lógica, aptas a permitir a compreensão do fenômeno jurídico de forma mais ampla e multifária.

A **formação profissionalizante** reitera o estudo das denominadas “ciências fundamentais” compositivas dos dois grandes ramos em que se divide o direito, a saber: o direito público e o direito privado. Nestas disciplinas, como por exemplo o direito civil, o processo civil, o direito penal, o processo penal, o direito constitucional, o direito administrativo, o direito comercial, o direito tributário etc., enquadram-se as matérias que representam o substrato da formação técnico-científica. Cumpre destacar que às mesmas incorporam-se **disciplinas eletivas** versantes sobre novas expectativas do direito, como v.g., o direito ambiental, o direito do consumidor, o biodireito, a informática jurídica etc.

A estrutura curricular comporta, também, especialização interinal sem prejudicar o currículo mínimo, abrindo margem ao expurgo do ortodoxo “navegante de todas as águas” ou “especialista em generalidades”.

A **formação prática** destina-se a propiciar a aplicação dos conhecimentos a situações reais ou simuladas. Distingue-se, neste passo, com muita clareza os planos do “saber” e do “agir”. A importância do reducionismo entre o direito abstratamente considerado e a prática judiciária conduziu o MEC a tornar compulsória e, portanto, curricular a prática jurídica, compelindo, por via oblíqua, a instalação de “núcleos de prática jurídica” nas faculdades de direito, destinados à realização efetiva de atendimento à população, acerca de situações da vida real, práticas simuladas (como por exemplo os júris e audiências simuladas), visitas às entidades vinculadas à atividade jurídica, como os tribunais, juizados, presídios etc., e o aprendizado na elaboração de peças processuais, sendo certo que tanto esta última atividade bem como o estudo pormenorizado do estatuto da OAB podem ser alocadas nas salas de aula, como conteúdo programático das disciplinas afins. Isto porque, houve inequívoca transmutação da vetusta prática for-

mal para a moderna visão da formação prático-real do alunado, atendendo à consagrada advertência de HOLMES no sentido de que – *the life of law has not been logic, it has been experience*.

Não obstante esta salutar transformação, algumas outras exigências conspiram em favor da excelência dos cursos.

Assim é que foi instituída a “monografia” através da qual o aluno realiza a sua pioneira produção científica o que implica na invasão de técnicas de metodologia do ensino e da pesquisa, sem prejuízo do debruçar no estudo mais profundo de determinado instituto, aprimorando-se no tema eleito e preparando-se para a pós-graduação.

Considere-se, ainda, o relevo conferido às denominadas atividades complementares, instituídas através da visão de que o conjunto de conhecimentos complementadores da formação jurídica não ficam eclipsados à faculdade. Assim, a participação em simpósios, pesquisas de campo, cursos e estudo de disciplinas não jurídicas como a psicologia, o teatro, a contabilidade etc., integram os segmentos intelectuais necessários ao bom desempenho da profissão escolhida.

A constatação de uma nova era de instrumentos de informação fez crescer as exigências quanto à estruturação digital, informática e televisiva. Torna-se inconcebível que uma casa de ensino predisposta à excelência não mantenha um laboratório de informática com expressivo banco de dados doutrinário e jurisprudencial e equipamentos de videoconferência que propicie interação com o expositor.

As bibliotecas não podem mais representar meros depósitos de livros desatualizados senão o pulmão mesmo da instituição, onde o alunado respira a sua cultura, com amplo acesso a livros e periódicos atualizados, em número suficiente, bem como a informatização do acervo, viabilizando eficiente serviço de empréstimo das obras.

Cumpra uma palavra no que pertine às imposições objetivas. É que o MEC, ao mesmo tempo em que investiu em favor das instituições de ensino, também o fez quanto ao alunado, testando-o com o denominado “provão”. Essa forma de controle tem a sua razão de ser na proliferação de instituições de ensino, por isso que cumpre aferir a qualidade dos profissionais que são entregues ao mercado. Destaque-se que o controle exacerba-se porquanto a Ordem dos Advogados do Brasil também o exerce através do exame que ostenta o nome da entidade. As técnicas mencionadas estão de acordo com um país cujo sistema preconiza a popularização do ensino aos moldes norte

-americanos em contrapartida à elitização européia do ensino universitário.

À luz das nossas vicissitudes sociais o sistema da pulverização controlada do ensino parece ser o mais adequado e justo.<sup>2</sup> Ideologicamente a nova postura do MEC faz coro com o vaticínio de Cappelletti na sua obra acerca do Acesso à Justiça que é impossível resistir aos nossos invasores, porquanto o estudo do Direito sem a necessária visão interdisciplinar, afasta o jurista do mundo, criando um universo apartado da realidade onde sobressaem a limitação, a perplexidade e a notável perda de prestígio, frustrando os anseios e as esperanças que se depositam historicamente nos corações e nas mentes dos “bacharéis”.

A ênfase à visão interdisciplinar do direito, recolocando-se no altar-mor a que fazem jus a filosofia, a sociologia, a hermenêutica e a história das instituições, atenderá à sagrada missão do sacerdócio do magistério.

Um novo projeto pedagógico deve estar imunizado ao vírus legalista transpondo a dogmática tradicional de feição burocrata dando ensejo à formação de verdadeiros engenheiros sociais que reflitam sobre o amanhã.

Destarte, cumpre integrar a universidade com a comunidade emprestando função social ao conhecimento produzido. Neste campo, riquíssima deve ser a participação da faculdade de direito na assistência integral que perpassa o campo da informação jurídica à população carente até a efetiva prestação de serviços advocatícios.<sup>3</sup>

Enfim, relembando *Kirchman*, pretendemos alcançar um novo firmamento, com outro brilho para nossas estrelas maiores, a saber: a Lei e a Justiça, que encantam nossos sonhos, freqüentam nossas vidas e alimentam nossas esperanças.

---

<sup>2</sup> O Brasil tem, aproximadamente, 280 cursos de direito, sendo 28% públicos e 72% privados, convivendo com um paradoxo irrespondível, uma vez que o aluno que estuda em “colégio público por carências múltiplas, não alcança a universidade pública, destinada, hoje aos “bem nascidos”... Nos Estados Unidos, de certa forma, há uma divisão proporcional entre o ensino público e o privado, sendo certo que, mesmo com mais de 100 milhões de habitantes do que o Brasil, mantém número expressivamente menor de faculdades de direito...(aproximadamente 180).

<sup>3</sup> A Universidade Gama Filho, através de seu projeto Integração Universidade-Comunidade, presta serviços de Aconselhamento, Conciliação e Informação Jurídica à comunidade carente, através de Câmaras que funcionam junto à Câmara Comunitária da Piedade. Não obstante há um projeto em poder do Governo Estadual difundindo o projeto por toda a área do Município. Acrescente-se, ainda, que o projeto de informação encontra-se desdobrado num subproduto denominado “Conhecendo a Constituição” através do qual as primeiras noções são sugeridas aos alunos dos colégios periféricos e que estão cursando a 1ª série do 2º grau.

O caminho, sabemos, é árduo; por ele passaram as mentes mais privilegiadas da humanidade, de Platão a Kant, em prol da disseminação dessa virtude que é a justiça; o Senhor de todas as idéias e de todas as palavras morreu na cruz, mas este ainda é o sonho da humanidade. É o grande valor sobre o qual repousam as perspectivas do terceiro milênio a desafiar a sensibilidade dos homens sob a forma de indagação: o que é Justiça?

As nossas propostas talvez não confirmem a resposta, senão indicam uma nova forma de perguntar.

**Karl Engisch**, na sua **Introdução ao Pensamento Jurídico** nos revela que, por vezes, não se deve buscar a resposta, senão mudar a forma de indagar e exemplifica: num determinado dia o metrô de uma grande metrópole amanheceu com todas as paredes pichadas com os seguintes dizeres: “GOD IS THE ANSWER!” (Deus é a resposta). No dia seguinte, as paredes apresentavam, abaixo, uma nova pichação: “WHAT IS THE QUESTION? (Qual é a pergunta?).

Por ora, nem a pergunta e nem a resposta, mas a certeza de que um novo tempo se avizinha e que vamos de encontro a ele, com a fé que nos tranqüiliza a alma, com a serenidade de que lutamos em prol do bem e da verdade e com a independência de consciência que nos legou o poeta **Fernando Pessoa**:

“Não se pode servir à sua época e à todas as épocas ao mesmo tempo;  
Nem escrever para homens e deuses o mesmo poema”. ◆

# MONISMO E DUALISMO NO BRASIL: UMA DICOTOMIA AFINAL IRRELEVANTE

GUSTAVO BINENBOJM

Procurador do Estado do Rio de Janeiro. Professor da Faculdade de Direito da UERJ.

## I. INTRODUÇÃO: PRUDENTE NOTA PRÉVIA SOBRE OS OBJETIVOS DO PRESENTE ESTUDO

O presente estudo não exhibe um conteúdo que pretenda justificar, em sentido pleno, o seu título. O foco da análise aqui delineada tem propósito eminentemente pragmático, dirigido ao esquadramento de soluções objetivas para os conflitos decorrentes de antinomias entre tratados internacionais<sup>1</sup> e o ordenamento jurídico interno.

Mais que isto: embora partindo das origens teóricas da dicotomia entre as escolas monista e dualista (v. capítulo II, *infra*), de proveniência estrangeira, a investigação se circunscreve à realidade jurídica brasileira, valendo suas conclusões no âmbito restrito do direito positivo, da doutrina e da jurisprudência nacionais.

Nem de longe se cogita, assim, de desafiar a coerência lógica e consistência jurídica das teses concebidas por juristas da envergadura de Hans Kelsen<sup>2</sup>, idealizador do monismo, ou Heinrich Triepel<sup>3</sup> e Dionisio Anzilotti<sup>4</sup>,

<sup>1</sup> A expressão “tratado internacional” será aqui utilizada na sua acepção genérica, tal como definida na Convenção sobre Direito dos Tratados (Convenção de Viena, 1969), em seu art. 1º, “a”: “Tratado significa um acordo internacional celebrado entre Estados em forma escrita e regido pelo direito internacional, que conste, ou de um instrumento único ou de dois ou mais instrumentos conexos, qualquer que seja sua denominação específica.” Cumpre anotar que, embora assinada pela República Federativa do Brasil, tal Convenção ainda não se encontra em vigor no Brasil, de vez que só em 1992 foi encaminhada pelo Poder Executivo ao Congresso Nacional, aguardando, desde 1995, sob a forma de Projeto de Decreto Legislativo, a apreciação do Poder Legislativo. A alusão à Convenção de Viena é feita aqui, portanto, como fonte informativa, e não como fonte normativa. Ver ainda, sobre o uso do termo **tratado**, Celso D. de Albuquerque Mello, *Direito Internacional Público*, Renovar, 1992, v. 1, p. 157.

<sup>2</sup> Kelsen tratou do tema em um curso ministrado na Academia de Direito da Haia: *Les rapports entre le droit interne et le droit international public*, in *Recueil de Cours de L'Academie de Droit International*, 1926, pp. 14/231; também no clássico *Teoria Pura do Direito*, Martins Fontes, 1987, trad. João Baptista Machado, cap. 7; e, por fim, na sua *Teoria Geral do Direito e do Estado*, Martins Fontes, 1990, trad. Luís Carlos Borges, pp. 352/376.

<sup>3</sup> Heinrich Triepel, *Les rapports entre le droit interne et le droit international*, in *Recueil de Cours de L'Academie de Droit International*, tomo I, 1925. pp. 77/118.

<sup>4</sup> Dionisio Anzilotti, *Cours de droit international*, 1929, pp. 49 e ss.

que desenvolveram a concepção dualista. Suas idéias, entretanto, por força do trabalho criativo da doutrina e da jurisprudência, estrangeira e brasileira, acabaram em parte adotadas, em parte mitigadas no país, gerando **filhotes** híbridos, subcategorias decorrentes da flexibilização do monismo – o monismo moderado, a par do monismo radical – e do dualismo – o dualismo moderado, a par do dualismo radical ou extremado, cujos contornos serão devidamente detalhados no capítulo II, *infra*.<sup>5</sup>

Como explicita o ilustre Jacob Dolinger, “os doutrinadores, tanto os de direito internacional público quanto os de direito internacional privado, relacionam a questão do conflito entre fontes internas e internacionais às clássicas doutrinas do monismo e do dualismo, cada qual propondo uma solução diferente.”<sup>6</sup>

Pois bem. A questão é que, como efeito da salutar **antropofagia** operada nos sistemas ditos “puros” pelos autores pátrios e, sobretudo, pela produção jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal, não é mais possível afirmar que as soluções para os conflitos entre fontes internas e internacionais sejam decorrências naturais e obrigatórias da adoção de uma ou outra concepção.

Ao que nos parece, em verdade, a mitigação das teorias monista e dualista resultou numa **diversidade de critérios distintivos** dos dois sistemas, como bem captado por Nadia Araujo e Inês da Matta Andreiuolo, *in verbis*:

*“Enquanto o dualismo utiliza o critério da necessidade de mecanismos de internalização dos tratados para distinguir fontes do direito interno de fontes do direito internacional, o monismo preocupa-se com a admissibilidade da existência de conflitos entre tratados e a ordem jurídica nacional, para saber qual deles deve prevalecer.”*<sup>7</sup>

---

<sup>5</sup> Para uma ampla análise do tema, ver Jacob Dolinger, “As soluções da Suprema Corte Brasileira para os conflitos entre o Direito Interno e o Direito Internacional: Um exercício de ecletismo”, Revista Forense, v. 334, 1996, pp. 79 e ss; Vicente Marotta Rangel, *Os conflitos entre o Direito Interno e os Tratados Internacionais*, in Boletim da Sociedade Brasileira de Direito Internacional, ano XXIII, 1967, n°s 45/46, pp. 29/64; Nadia Araujo e Inês da Matta Andreiuolo, *A internalização dos Tratados no Brasil e os Direitos Humanos*, in *Os Direitos Humanos e o Direito Internacional*, Renovar, 1999, pp. 82 e ss.

<sup>6</sup> *Ob. cit.*, p. 73.

<sup>7</sup> *Ob. cit.*, p. 87. O crédito dado a mim na obra deve-se à generosidade das autoras, em reconhecimento à participação do autor em discussão sobre o tema no Mestrado em Direito Público da UERJ. No capítulo IV, *infra*, esta diversidade de critérios será mais detidamente demonstrada.

Tal constatação, por um lado, inviabiliza a própria classificação do sistema brasileiro como **exclusivamente** monista ou dualista, de vez que, pela diversidade de critérios, estar-se-ia a comparar bananas com maçãs. Exatamente por isso será possível classificar o sistema brasileiro, dentro de cada critério e sem qualquer contradição, como **monista moderado** ou **dualista moderado**.<sup>8</sup>

De outra parte, segue-se daí, *a fortiori*, a conclusão de que as soluções para os conflitos entre tratados internacionais e as normas jurídicas internas no Brasil independem da concepção adotada quanto às escolas monista e dualista. Neste sentido é que se torna possível afirmar, com Charles Rousseau, que a controvérsia doutrinária em torno do monismo e do dualismo é uma mera “*discussion d'école*”.<sup>9</sup>

## II. A CARACTERIZAÇÃO TEÓRICA DA DICOTOMIA MONISMO *VERSUS* DUALISMO

Remonta à década de vinte a controvérsia entre monistas e dualistas, escolas doutrinárias que procuraram explicar as relações entre o direito internacional e o direito interno. Na feliz síntese de Charles Rousseau, “ou os dois ordenamentos jurídicos são independentes, distintos, separados e impenetráveis (dualismo), ou um deriva do outro, o que implica uma concepção unitarista do direito.”<sup>10</sup>

Com efeito, o monismo jurídico, concebido por Hans Kelsen<sup>11</sup>, sustenta que o direito constitui um sistema único, do qual são partes integrantes o direito internacional e o direito interno, daí surgindo a possibilidade de conflitos entre ambos e a necessidade de normas para solucioná-los.<sup>12</sup> O ilustre mestre austríaco elabora, em verdade, um sistema segundo o qual a validade do direito interno decorre do reconhecimento do direito internacional.<sup>13</sup>

---

<sup>8</sup> Confusões terminológicas, aliás, parecem corriqueiras no âmbito do direito internacional privado, cuja própria denominação, utilizada pela primeira vez por Joseph Story (*Comentários sobre os conflitos de las leyes*, 1834), é alvo de unânime crítica da doutrina especializada. O termo **internacional** é condenado porque o direito internacional privado é predominantemente interno e não disciplina relações entre nações; e o termo **privado** o é porque a disciplina abrange conflitos regidos pelo direito público, sendo o seu próprio papel de solução de conflitos de leis no espaço de natureza eminentemente pública.

<sup>9</sup> Charles Rousseau, *Droit International Public Approfondi*, Dalloz, 1958, p. 3 e ss.

<sup>10</sup> Charles Rousseau, *Droit International Public*, v. I, Dalloz, 1970, p. 38.

<sup>11</sup> Ver nota 2, *supra*.

<sup>12</sup> Luís Roberto Barroso, *Interpretação e Aplicação da Constituição*, Saraiva, 1996, p. 16.

<sup>13</sup> Hans Kelsen, *Teoria Geral do Direito e do Estado*, *cit.*, pp. 357/358.

Conseqüência natural da teoria seria a desnecessidade, em princípio, de qualquer mecanismo de **internalização** das normas internacionais. Inobstante isto, Kelsen admite que este procedimento de incorporação dos tratados internacionais à ordem jurídica interna será necessário quando expressamente previsto na Constituição do Estado.<sup>14</sup>

Quanto à questão da hierarquia, o mestre de Viena estabelece um certo sentido de hierarquia entre o direito internacional e o direito interno. Segundo ele, o direito internacional conteria as normas de hierarquia superior, sendo o *pacta sunt servanda* – isto é, o dever de os Estados cumprirem as obrigações assumidas reciprocamente – a norma máxima da qual todas as demais seriam derivadas.<sup>15</sup> Esta a sua convicção. Todavia, para finalidades práticas, Kelsen afirma depender de cada sistema nacional a determinação da norma prevalecente. Confira-se o desenvolvimento de seu raciocínio, *in verbis*:

*“A questão da norma a prevalecer, no caso de um conflito entre o direito nacional e o internacional, só pode decidir-se com base no ordenamento jurídico nacional envolvido; a resposta não pode ser deduzida a partir da relação que se presume existir entre o direito nacional e o internacional. Uma vez que, de acordo com o direito positivo nacional, não seja vedada, em caso de conflito entre a norma internacional e a nacional, a prevalência desta sobre aquela, os juízes ficam obrigados a aplicar o direito nacional, ainda que contrário ao direito internacional.”*<sup>16</sup>

Assim, embora fosse o sonho de Kelsen a existência de um ordenamento jurídico internacional, superior e independente do reconhecimento

---

<sup>14</sup> Idem, p. 367. Confirmam-se suas palavras, *in verbis*: “O Direito Internacional necessita de transformação em Direito nacional apenas quando essa necessidade é formulada na Constituição do Estado. Se a Constituição se cala a esse respeito – como às vezes é o caso –, os tribunais do Estado são competentes para aplicar o direito internacional diretamente. (...) Mas o tratado pode ser formulado de tal maneira que possa ser aplicado diretamente pelos tribunais e órgãos legislativos. Então, a transformação do Direito Internacional em Direito nacional – por meio de um ato legislativo – é supérflua, a menos que seja necessária, por exemplo, pelo fato de a Constituição do Estado estipular que os tribunais e autoridades administrativas devem aplicar única e exclusivamente estatutos e decretos-leis”.

<sup>15</sup> Jacob Dolinger, *ob. cit.*, p. 74.

<sup>16</sup> Hans Kelsen, *Principles of International Law*, Ed. Robert W. Tucker, 1966, pp. 553/558, *apud* Jacob Dolinger, *ob. cit.*, p. 74.

dos Estados – uma *civitas maxima* –, admite ele que tal circunstância poderia ser mitigada, na prática, ficando na dependência da disciplina de cada ordem jurídica interna estatal.

Por esta fenda aberta pelo próprio Kelsen em seu raciocínio, viriam a surgir o monismo radical e o monismo moderado. O primeiro, fiel aos ideais kelsenianos de universalidade da ordem jurídica, preconizando a supremacia do direito internacional sobre toda e qualquer norma de direito interno. Tal concepção restou adotada, entre nós, pela maior parte da doutrina, incluindo Haroldo Valladão<sup>17</sup>, Oscar Tenório<sup>18</sup>, Celso D. Albuquerque Mello<sup>19</sup> e Marotta Rangel<sup>20</sup>.

Já o monismo moderado, criado por Alfred Verdross, discípulo de Kelsen na Universidade de Viena, sustenta que o juiz deve aplicar tanto o direito internacional como o direito interno, de acordo com o que estiver previsto no ordenamento jurídico nacional, especialmente na Constituição do Estado.<sup>21</sup> Vale notar que tal posição não contraria propriamente o pensamento de Hans Kelsen, que, como visto, chegou a admiti-la como a mais factível, na prática.

Cumprido destacar, tendo em conta os fins visados no presente estudo, que:

a) embora pregando a desnecessidade de mecanismos de *internacionalização* dos tratados internacionais, Kelsen admitia sua existência, quando expressamente previstos na ordem jurídica interna, especialmente na Constituição do Estado, sem que isto desnaturasse a sua concepção monista;

b) embora pregando a supremacia do direito internacional sobre o direito interno (monismo radical), Kelsen admitia que a questão da hierarquia entre as fontes deveria ser tratada pela ordem jurídica interna, especialmente a Constituição do Estado (monismo moderado), sem que isto desnaturasse a sua concepção monista.

---

<sup>17</sup> Haroldo Valladão, *Direito Internacional Privado*, 1974, pp. 53 e 94.

<sup>18</sup> Oscar Tenório, *Direito Internacional Privado*, 1976, pp. 93 e ss.

<sup>19</sup> Celso D. Albuquerque Mello, *Direito Constitucional Internacional*, 1994, p. 344.

<sup>20</sup> Marotta Rangel, *ob. cit.*, p. 29.

<sup>21</sup> Alfred Verdross, *Derecho Internacional Publico*, 1972, p. 65.

Para a corrente dualista, idealizada por Triepel<sup>22</sup> e Anzilotti<sup>23</sup>, não há conflito possível entre a ordem internacional e a ordem interna, porquanto constituem círculos que não se interceptam, mas são meramente contíguos. Isto porque o direito internacional rege apenas as relações entre os Estados, e entre estes e os demais organismos internacionais, ao passo que ao direito interno cumpre disciplinar as relações intra-estatais, sem qualquer conexão com o direito internacional. Daí a inviabilidade de qualquer conflito entre ambos.<sup>24</sup>

Para Triepel e seus seguidores, portanto, era necessária uma transposição da norma de origem internacional para a ordem nacional através de uma deliberação legislativa, que só assim adquiriria eficácia no âmbito intra-estatal.<sup>25</sup> Os autores se referem a este ato legislativo como “ordem de execução”<sup>26</sup>. Esta a idéia fundamental do dualismo traduzida por João Grandino Rodas em preciosa síntese, *in verbis*:

*“É corolário da teoria dualista a necessidade de, através de alguma formalidade, transportar o conteúdo normativo dos tratados para o Direito interno, para que estes, embora já existentes no plano internacional, possam ter validade e executoriedade no território nacional. Consoante o monismo, não será necessária a realização de qualquer ato pertinente ao Direito interno após a ratificação. Grande parte dos Estados, seguindo a concepção dualista nesse pormenor, prescreve sejam os tratados já ratificados incorporados à legislação interna através da promulgação ou simples publicação.”<sup>27</sup>*

No Brasil, Amílcar de Castro assumira posição isolada, dentre os internacionalistas, em defesa do dualismo, até a publicação do valioso artigo de Nadia Araujo e Inês da Matta Andreiuolo, que, após discorrerem longamente sobre o tema, concluem de forma peremptória, *in verbis*:

---

<sup>22</sup> Ver nota 3, *supra*.

<sup>23</sup> Ver nota 4, *supra*.

<sup>24</sup> Ver, sobre a definição de dualismo, Luís Roberto Barroso, *ob. cit.*, p. 16; e Jacob Dolinger, *ob. cit.*, p. 73.

<sup>25</sup> Nadia Araujo e Inês da Matta Andreiuolo, *op. cit.*, p. 84.

<sup>26</sup> Amílcar de Castro, *Direito Internacional Privado*, 1987, p. 123, citando Morelli, *Nozioni di diritto internazionale*, p. 91 e ss.

<sup>27</sup> João Grandino Rodas, *Tratados Internacionais*, Revista dos Tribunais, 1991, p. 17.

“(i) no Brasil, todos os tratados internacionais precisam ser internalizados através de um ato complexo – que inclui a aprovação congressional e a promulgação executiva –, sem o que não se integram ao ordenamento jurídico interno;  
(ii) este sistema, de acordo com as teorias doutrinárias dominantes, **só pode ser classificado como dualista.**”<sup>28</sup>

Ainda segundo as autoras, haveria duas modalidades de dualismo: (a) o dualismo extremado ou radical, no qual haveria necessidade de edição de uma lei distinta para a incorporação do tratado à ordem jurídica nacional, hipótese em que esta não seria mera “ordem de execução” do tratado, mas verdadeira fonte de direito autônoma; e (b) o dualismo moderado, no qual a incorporação prescindiria de lei, embora ficasse sujeita a *iter* procedimental complexo, com a aprovação congressional e promulgação executiva.<sup>29</sup>

### III. O DESENVOLVIMENTO DA DICOTOMIA NA DOUTRINA E JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRAS

A doutrina brasileira, majoritariamente, acolheu a concepção monista radical, que prescreve a primazia do direito internacional sobre o direito interno. Seguindo tal postulado, o tratado altera a lei nacional que lhe for anterior, mas não pode ser alterado por lei superveniente.<sup>30</sup> Esta, aliás, a regra positivada no direito brasileiro em matéria tributária.<sup>31</sup>

Alguns doutrinadores chegaram a preconizar a prevalência do tratado internacional inclusive sobre a própria Constituição, quando aquele for anterior a esta. Veja-se a seguinte passagem de Haroldo Valladão sobre o tema, *in verbis*:

“Assim, prevalecem as regras dos tratados anteriores ao texto constitucional; só não prevalece a norma internacional que vier a ser aprovada e ratificada após a vigência do texto constitucional que a ela

---

<sup>28</sup> *Ob. cit.*, p. 110.

<sup>29</sup> *Idem*, pp. 87/88.

<sup>30</sup> Ver, por todos, na seara do direito internacional público, Hildebrando Accioly, *Tratado de Direito Internacional Público*, 1933, v. 1, p. 18.

<sup>31</sup> *Código Tributário Nacional*, art. 98: “Os tratados e as convenções internacionais revogam ou modificam a legislação tributária interna, e serão observados pela que lhes sobrevenha.”

*se opõe, pois nesse caso decorreria dum ato internacional inválido, não vigorante, pois não podia ter sido aprovado nem ratificado. É distinção necessária para os atos convencionais internacionais.*”<sup>32</sup>

A maioria, no entanto, posicionou-se em sentido diverso, afirmando sempre o primado da Constituição, sendo anterior ou posterior, sobre os tratados internacionais.<sup>33</sup> A este propósito, aliás, destaca o ilustre constitucionalista Luís Roberto Barroso que, no direito europeu, a regra é que tratados que conflitem com a Constituição não podem ser aprovados sem prévia revisão constitucional<sup>34</sup>.

No constitucionalismo brasileiro, desde a primeira Constituição republicana, admite-se a verificação da constitucionalidade dos tratados.<sup>35</sup> A Constituição de 1988, reiterando a regra vigente nos estatutos constitucionais anteriores, prevê, em seu art. 102, III, “b”, a competência do Supremo Tribunal Federal para, mediante recurso extraordinário, julgar as causas decididas em única ou última instância quando a decisão recorrida declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal<sup>36</sup>.

Em relação aos conflitos entre tratado internacional e a Constituição, o Supremo Tribunal Federal, em jurisprudência remansosa, assentou a regra da primazia do texto constitucional, sendo ele anterior ou posterior à norma internacional.<sup>37</sup>

<sup>32</sup> Haroldo Valladão, *ob. cit.*, p. 94. No mesmo sentido, Agostinho Fernandes Dias da Silva, *Introdução ao direito internacional privado*, 1975, p. 33.

<sup>33</sup> Ver, entre outros, Aurelino Leal, *Teoria e prática da Constituição Federal brasileira*, 1925, p. 628; Carlos Maximiliano, *Hermenêutica e Aplicação do Direito*, 1981, p. 314; Oscar Tenório, *Direito Internacional Privado*, *cit.*, p. 94; José Francisco Rezek, *Direito Internacional Público*, 1989, p. 103/104.

<sup>34</sup> Luís Roberto Barroso, *ob. cit.*, p. 25. É o que dispõem, expressamente, v.g., as Constituições da França (art. 54), da Espanha (art. 95, I) e da Alemanha (art. 79, I). Exceção à regra são Portugal, que adota um regime híbrido, e Holanda, onde a aprovação do tratado por três quartos dos Estados Gerais modifica a Constituição.

<sup>35</sup> Constituição Federal de 24.02.1891, art. 59, § 1º, “a”.

<sup>36</sup> É arguta a observação de Luís Roberto Barroso (*ob. cit.*, p. 30) no sentido de que a letra expressa da Constituição não dirime a dúvida sobre a possibilidade de o tratado anterior e contrário ao novo texto constitucional prevalecer. De fato, consoante entendimento consolidado no direito constitucional intertemporal brasileiro, não se declara a inconstitucionalidade de preceito anterior à Constituição, que, se com ela incompatível, será havido como simplesmente revogado. Como se verá, no entanto, o STF dirimiu a dúvida.

<sup>37</sup> Representação nº 803-DF, RTJ 84/724, 1977; RE nº 109.173-SP, RTJ 121/270, 1987; RE nº 114784-SP, RTJ 126/804, 1987; RE nº 172720-RJ, 1996; ADIN nº 1480-3, 1996.

No que se refere aos conflitos entre tratado e a norma interna infra-constitucional, a doutrina, como assinalado pouco atrás, sempre foi partidária do monismo jurídico, com prevalência do direito internacional. O curioso, no entanto, é que, embora intitulando-se *monista*, esta doutrina jamais questionou a exigibilidade, no direito brasileiro, da **internalização** dos tratados internacionais, como pressuposto de sua vigência e executoriedade no território nacional. Confira-se, por todos, significativa passagem de Hildebrando Accioly, defensor do monismo radical, que comprova o afirmado, *in verbis*:

*“Na prática, o resultado da dita **incorporação** é o seguinte: **do fato de que o direito convencional (tratados ou convenções internacionais) se transforma em lei nacional, decorre a consequência de que ficam implicitamente revogadas as leis ou disposições de leis internas anteriores, contrárias ao referido direito. Se se trata de leis nacionais posteriores, que estejam em contradição com o referido direito convencional transformado em lei interna, este último ainda deve prevalecer, porque o estado tinha o dever de respeitar as obrigações contratuais assumidas anteriormente e constantes de tal direito.**”<sup>38</sup>* (grifos acrescentados).

Feita esta ressalva, cumpre salientar que os autores, à unanimidade, vislumbravam na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal a adoção do monismo radical.<sup>39</sup> A análise detida dos precedentes da Corte Suprema, todavia, não autoriza tal conclusão.<sup>40</sup>

Com efeito, ainda em 1944, no julgamento da Apelação Cível nº 7.872, o STF afirmou a prevalência de um decreto sobre um tratado anteriormente firmado entre Brasil e Uruguai.<sup>41</sup> Já no julgamento das Apelações Cíveis nºs 8.992<sup>42</sup>, 9.587, 9.593 e 9.594, entre os anos de 1949 e 1955, o

<sup>38</sup> Hildebrando Accioly, *ob. cit.*, p. 18.

<sup>39</sup> Luis Roberto Barroso, *ob. cit.*, p. 18.

<sup>40</sup> Ver, Jacob Dolinger, *ob. cit.*, pp. 84 e ss; e Nadia de Araujo e Inês da Matta Andreiuolo, *ob. cit.*, pp. 88 e ss.

<sup>41</sup> Archivo Judiciário, v. 69, pp. 13/25, *apud* Nadia de Araujo e Inês da Matta Andreiuolo, *ob. cit.*, p. 88/89. Naquela decisão, todavia, ficaram vencidos os Ministros Philadelpho de Azevedo e Castro Nunes.

<sup>42</sup> V. Jacob Dolinger, *ob. cit.*, p. 84, nota nº 80.

STF proclamou, de fato, que a lei posterior não poderia afetar as normas de livre-comércio estabelecidas em tratado bilateral. Percebe-se nestes julgados, todavia, não um reconhecimento da superioridade hierárquica do tratado em relação à lei interna, mas mera aplicação do princípio de que lei geral posterior não derroga lei especial anterior (*lex posterior generalis non derogat legi priori speciali*)<sup>43</sup>.

De fato, entendeu-se, no julgamento da Apelação Cível nº 8.992, que o tratado em questão constituía uma exceção à norma geral sobre tarifas vigente no direito nacional, pelo que lei posterior sobre a matéria, veiculando norma geral, não afetaria a exceção prevista em norma específica anterior – isto é, o tratado. No julgamento da Apelação Cível nº 9.587, tal entendimento foi reiterado, com a justificativa da prevalência do tratado em razão da sua *especialidade*<sup>44</sup>.

A temática do conflito entre lei e tratado torna à cena jurídica quando do julgamento do Recurso Extraordinário nº 71.154<sup>45</sup> pelo STF, que proferiu acórdão, da lavra do Ministro Oswaldo Trigueiro, assim ementado, *in verbis*:

*“Lei Uniforme sobre o cheque, adotada pela Convenção de Genebra. Aprovada esta Convenção pelo Congresso Nacional, e regularmente promulgada, suas normas têm aplicação imediata, inclusive naquilo em que modificarem a legislação interna. Recurso extraordinário conhecido e provido.”*

Embora importante por firmar, de modo claro e expresso, a necessidade de **internalização** das normas internacionais para que estas produzam efeitos no território nacional, tal decisão não resolveu a questão da hierarquia entre tratado e lei ordinária, já que, na espécie, o tratado era posterior.

A situação oposta – lei interna posterior ao tratado – só foi enfrentada pelo STF no julgamento histórico do Recurso Extraordinário nº 80.004<sup>46</sup>, de cujo acórdão, proferido em 1977, se extrai o significativo trecho a seguir, *in verbis*:

---

<sup>43</sup> Lei de Introdução ao Código Civil, art. 2º, § 2º. Ver, sobre o tema, Norberto Bobbio, *Teoria do Ordenamento Jurídico*, UnB, 1997, p. 108.

<sup>44</sup> Revista de Direito Administrativo nº 34, pp. 106/110.

<sup>45</sup> RTJ 58/744.

<sup>46</sup> RTJ 83/809.

*“Embora a Convenção de Genebra que previu uma lei uniforme sobre letras de câmbio e notas promissórias tenha aplicabilidade no direito brasileiro, não se sobrepõe ela às leis do país, disso decorrendo a constitucionalidade e conseqüente validade do Decreto-lei n° 427/69, que instituiu o registro obrigatório da nota promissória em Repartição Fazendária, sob pena de nulidade do título.”*

Esta decisão causou grande reação da doutrina, que nela via – sem razão – a quebra de uma tradição do primado do direito internacional sobre o direito infraconstitucional interno.<sup>47</sup> Não atentaram os doutrinadores para as especificidades dos julgados anteriores, em que, só aparentemente, se proclamava uma superioridade do tratado em relação à lei interna.<sup>48</sup>

Interessante notar que, impropriamente, o RE n° 80.004 é considerado pela doutrina o *leading case* da jurisprudência brasileira na adoção do **monismo moderado**, expressão que jamais fora utilizada pelos tribunais em casos anteriores, nem tampouco no próprio RE n° 80.004.<sup>49</sup>

Decisões posteriores do STF<sup>50</sup> e, mais recentemente, do STJ<sup>51</sup>, ratificaram o entendimento de que o tratado se incorpora ao direito interno no mesmo nível hierárquico da lei ordinária, sujeitando-se às regras comuns de solução de antinomias entre normas de mesma hierarquia: a) norma posterior prevalece sobre a anterior; b) norma específica prevalece sobre a genérica, ainda que esta última seja posterior.

<sup>47</sup> Ver as críticas ao aludido acórdão: José Carlos Magalhães, *O Supremo Tribunal Federal e as relações entre direito interno e direito internacional*, in *Boletim Brasileiro de Direito Internacional*, 61/69:53, 1975-79, p. 56; Celso D. Albuquerque Mello, *Direito Constitucional Internacional*, cit., p. 344.

<sup>48</sup> V. Jacob Dolinger, *Direito Internacional Privado*, Renovar, 1994, p. 102: “Nossa conclusão é que, excetuadas as hipóteses de tratado-contrato, nada havia na jurisprudência brasileira quanto à prevalência de tratados sobre lei promulgada posteriormente, e, portanto, equivocados todos os ilustres autor acima citados que lamentaram a alegada mudança na posição da Suprema Corte. A posição do STF através dos tempos é de coerência e resume-se em dar o mesmo tratamento a lei e a tratado, sempre prevalecendo o diploma posterior, excepcionados os tratados fiscais e de extradição, que, por sua natureza contratual, exigem denúncia formal para deixarem de ser cumpridos.”

<sup>49</sup> V. Nadia Araujo e Inês da Matta Andreiuolo, *ob. cit.*, pp. 90/91.

<sup>50</sup> Ver, e.g., RTJ 115/969, p. 973: “O STF deve garantir prevalência à última palavra do Congresso Nacional, expressa no texto doméstico, não obstante isto importasse o reconhecimento da afronta pelo país de um compromisso internacional. Tal seria um fato resultante da culpa dos poderes políticos, a que o Judiciário não teria como dar remédio.”

<sup>51</sup> Ver, e.g., Recurso Especial n° 74.376-RJ, julgado em 09.10.1995: “Tratado Internacional. Lei ordinária. Hierarquia. Tratado internacional situa-se formalmente no mesmo nível hierárquico da lei, a ela se equiparando. A prevalência de um ou outro regula-se pela sucessão no tempo.”

Veja-se que a matéria tributária (CTN, art. 98), ao lado dos casos de extradição (Lei nº 6.815, de 19.08.1980), constituem exceções à regra da equiparação entre lei ordinária e tratado, justamente porque se considera que a norma interna, que é geral, cede passo ao tratado, que é regra especial. Merece destaque, pela precisão técnica, acórdão do STJ que aplica a regra da **especialidade** à hipótese de responsabilidade civil do transportador aéreo, *in verbis*:

*“Lei - Tratado.*

*O tratado não se revoga com a edição de lei que contrarie norma nele contida. Perderá, entretanto, eficácia, quanto ao ponto em que exista antinomia, prevalecendo a norma legal.*

*Aplicação dos princípios, pertinentes a sucessão temporal das normas, previstas na Lei de Introdução ao Código Civil.*

*A lei superveniente, de caráter geral, não afeta as disposições especiais contidas em tratado. Subsistência das normas constantes da Convenção de Varsóvia, sobre transporte aéreo, ainda que disponham diversamente do contido no Código de Defesa do Consumidor.”<sup>52</sup>*

Pois bem. A posição dominante nos tribunais, acima delineada, acabou sendo denominada pela doutrina como **monista moderada**. Isto porque o direito brasileiro admite, em tese, o conflito entre o tratado e a norma interna (o que configuraria uma posição monista), mas equipara aquele às leis ordinárias (daí o adjetivo “moderado”).

Não atentou a doutrina para o fato de que, segundo o direito brasileiro, o tratado só opera efeitos no território nacional após percorridas as etapas do *iter* procedimental de sua incorporação. E tal circunstância, sem dúvida alguma, consoante as premissas teóricas expendidas no capítulo II, *supra*, configura um sistema dualista.

Tal circunstância foi captada pelo Ministro Celso de Mello, no exercício da Presidência do STF, em decisões proferidas na ADIN nº 1.480-3-DF e na Carta Rogatória nº 8.279, com idêntica fundamentação. Em tais precedentes, vê-se que o eminente Ministro classifica o sistema brasileiro como

---

<sup>52</sup> Recurso Especial nº 58.736, j. 13.12.1995.

**dualista moderado.** Confira-se importante trecho da decisão proferida na ADIN nº 1.480-3-DF, *verbis*:

*“Não obstante a controvérsia doutrinária em torno do monismo e do dualismo tenha sido qualificada por CHARLES ROUSSEAU (“Droit International Public Approfondi”, p. 3/16, 1958, Dalloz, Paris), no plano do direito internacional público, como mera “discussion d’école”, torna-se necessário reconhecer que o mecanismo de recepção, tal como disciplinado pela Carta Política brasileira, constitui a mais eloqüente atestação de que a norma internacional não dispõe, por autoridade própria, de exequibilidade e de operatividade imediatas no âmbito interno, pois, para tornar-se eficaz e aplicável na esfera doméstica do Estado brasileiro, depende, essencialmente, de um processo de integração normativa que se acha delineado, em seus aspectos básicos, na própria Constituição da República. (...) Não obstante tais considerações, impende destacar que o tema concernente à definição do momento a partir do qual as normas internacionais tornam-se vinculantes no plano interno excede, em nosso sistema jurídico, à mera discussão acadêmica em torno dos princípios que regem o monismo e o dualismo, pois cabe à Constituição da República - e a esta, somente - disciplinar a questão pertinente à vigência doméstica dos tratados internacionais.*

***Sob tal perspectiva, o sistema constitucional brasileiro - que não exige a edição de lei para efeito de incorporação do ato internacional ao direito interno (visão dualista extremada) - satisfaz-se, para efeito de executoriedade doméstica dos tratados internacionais, com a adoção de iter procedimental que compreende a aprovação congressional e a promulgação executiva do texto convencional (visão dualista moderada).”*** (grifos acrescentados).

É relevante sublinhar que esta “mudança de posição” do STF em nada alterou, em termos práticos, os critérios para a solução dos conflitos entre fontes internas e internacionais. Confira-se, neste sentido, a afirmação de Nadia de Araujo e Inês da Matta Andreiuolo, *verbis*:

*“(...) acreditamos que a opinião dominante de que o Brasil é filiado à corrente do monismo moderado deve ser sepultada em face do*

*pronunciamento recente do STF. Este, em verdade, em nada modificou o sistema já existente, apenas interpretando a jurisprudência anterior sob novas luzes.*

*A incorporação dos tratados ao sistema interno brasileiro, equiparando-o à lei interna, transforma-os em uma lei nacional e, por conseguinte, extingue o conflito próprio da teoria monista, pois a regra vigente de revogação de lei anterior pela lei posterior é princípio assente no nosso sistema jurídico e aplicável ao ordenamento como um todo. Com isso também fica claro que os dois sistemas – o interno e o internacional – são separados, pois ocorre, muitas vezes, do Brasil continuar obrigado internacionalmente por dispositivo de tratado (posto que seu “parceiro” não foi comunicado da modificação) enquanto a legislação interna já o modificou.”<sup>53</sup>*

Resta saber se a posição recente do STF, chancelada pelas ilustres autoras, é correta.

#### **IV. CONCLUSÃO: O SISTEMA BRASILEIRO, AFINAL, É MONISTA MODERADO OU DUALISTA MODERADO?**

*“Tivesse a rosa outro nome, conservaria o mesmo encanto e odor.”*  
(William Shakespeare).

Minha especulação é a seguinte: ou um ou outro; ou melhor, ambos.

Com efeito, como consignado logo no intróito deste estudo, a dicotomia entre monistas e dualistas, após a sua mitigação, gerou sistemas híbridos – o monismo moderado e o dualismo moderado – que se classificam por critérios distintos. Daí a possibilidade de se classificar o sistema brasileiro, sem qualquer contradição, em **monista moderado** ou **dualista moderado**.

O quadro a seguir procura sintetizar os critérios utilizados na classificação dos sistemas:

---

<sup>53</sup> *Ob. cit.*, p. 99.

CLASSIFICAÇÕES	RADICAL OU EXTREMADO	MODERADO
<p style="text-align: center;"><b>Dualismo</b></p> <p>Critério: dualidade de sistemas – o interno e o internacional – que não se comunicam. Daí a necessidade de mecanismos de internalização dos tratados, para que tenham vigência no território nacional.</p>	<p>Necessidade da edição de lei para a incorporação do tratado à ordem jurídica nacional.</p>	<p>A incorporação prescinde de lei, embora seja necessária a observância do <i>iter</i> procedimental previsto no direito interno. No Brasil: aprovação congressual e promulgação presidencial.</p>
<p style="text-align: center;"><b>Monismo</b></p> <p>Critério: o direito interno e o internacional integram o mesmo e único sistema. Daí a admissibilidade da existência de conflitos entre tratados e a ordem jurídica nacional.</p>	<p>Prevalência do tratado sobre a ordem jurídica interna.</p>	<p>Equiparação hierárquica do tratado à lei ordinária. Conseqüências: (i) subordinação do tratado à Constituição; (ii) quanto à lei ordinária, aplicação dos critérios temporal e da especialidade para a solução de antinomias.</p>

Deste modo, vê-se como o emprego de critérios distintos pode conduzir um mesmo sistema a classificações diversas.

De fato, sob a ótica da necessidade de mecanismos de internalização dos tratados internacionais na ordem jurídica nacional, o sistema brasileiro classifica-se, conforme recentemente proclamado pelo STF, como **dualista moderado**. Não se chega a exigir a edição de uma lei interna, reproduzindo total ou parcialmente o texto do tratado, o que configuraria uma postura dualista extremada; nada obstante, o decreto legislativo – que veicula a aprovação do Congresso Nacional –, acoplado ao decreto presidencial de promulgação, constituiriam fonte normativa interna e autônoma em relação ao tratado.

Já sob o prisma da admissibilidade de conflitos entre o direito interno e o internacional, bem como dos critérios para sua solução, é possível afirmar, com a chancela da doutrina pátria, que o sistema jurídico brasileiro é **mo-**

**nista moderado.** Neste caso, o decreto legislativo e o decreto presidencial de promulgação representariam uma mera “ordem de execução”<sup>54</sup> – com ou sem ressalvas – do próprio tratado, que vigeria no Brasil, efetivamente, como fonte normativa internacional.

A veracidade da tese se comprova pelo fato de que a opção por uma ou outra classificação em nada altera os critérios jurídicos para o equacionamento das relações entre o ordenamento jurídico interno e os tratados internacionais. Tudo a corroborar que, no Brasil, ao menos do ponto de vista prático, a dicotomia monismo *versus* dualismo se revela afinal irrelevante. ◆

---

<sup>54</sup> Ver nota 26, *supra*.

# REFORMA DO PODER JUDICIÁRIO

## ASPECTOS INSTITUCIONAIS\*

ANTÔNIO RULLI JÚNIOR

*Juiz do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo*

### INTRODUÇÃO

Muito me honra o convite do Eminentíssimo Desembargador Manoel Carpena Amorim, DD. Diretor-Geral da EMERJ, para proferir palestra nesta data, para os novos Juizes Substitutos.

É de todos conhecido o trabalho do Desembargador Carpena Amorim, projetando a EMERJ como Escola-modelo para magistrados.

Lembro-me que em dezembro de 1998 o Desembargador Carpena Amorim realizou Encontro Interamericano e do Mercosul de Magistrados, em Itaipava, Petrópolis, com excelentes resultados e que culminou com uma edição especial da **Revista da EMERJ**, contendo todas as conferências do conclave.

Conheci o Desembargador Carpena em Assunção, durante o IIIº Congresso de Magistrados do Mercosul, quando tive a rara oportunidade de discutir questões de formação e aprimoramento dos Juizes. Aprendi muito com o Desembargador Carpena, sentindo sua motivação, competência, entusiasmo e otimismo.

Sinto-me assim, envaidecido de estar hoje na EMERJ a convite do Desembargador Carpena, verdadeira alma de educador, Juiz operoso e competente administrador das atividades jurisdicionais, para falar aos Juizes Substitutos aprovados no XXXI Concurso da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

### ALGUNS ASPECTOS DA REFORMA

A advocatória significa retrocesso. É retorno ao passado. Fere o princípio elementar do Juiz Natural.

---

\* Palestra proferida na EMERJ, em 10/01/2000, para os Juizes do XX Curso de Iniciação Profissional de Magistrados.

O Juiz Natural é o princípio ético da jurisdição, sendo mais um dogma do que um princípio.

Não é razoável que o Tribunal Superior retire do Juiz causa que esteja sob seu julgamento, invocando qualquer pretexto ou argumento.

A súmula vinculante significa **engessamento** da jurisprudência e tirará espaço dos Juízes em 1º Grau e dos Tribunais Estaduais e Regionais.

Criará uma camisa de força que não é da tradição do direito brasileiro e tirará a liberdade de reflexão para dirimir conflitos.

Contraria princípio histórico que nos vem das Ordenação Filipinas que caracterizava o Juiz como sendo *homem fidalgo, de limpo sangue, de sã consciência, prudente e de muita autoridade, e letrado se for possível, e sobretudo tão inteiro que sem respeito de amor, ódio ou perturbação outra de ânimo, possa a todos guardar justiça igualmente (Ord. Liv. 1º, Tit. 1º)*. Julgar exige reflexão e sem liberdade de consciência não é possível Justiça.

A eficácia do efeito vinculante resolverá dois milhões de processos. E os outros 10 ou 12 milhões de processos? Prosseguirão pacientes dos males vigentes da mora e insatisfações generalizadas?

O Conselho Externo contraria a divisão de poderes.

Quem cede poder não é poder, princípio elementar de Ciência Política.

O Poder Judiciário se constitui em função política, dentro do nosso sistema de Estado Democrático de Direito.

Não será melhor um Conselho Nacional composto, tão somente, de Juízes de função política?

O Judiciário, ainda, é um dos esteios da democracia.

Estes são alguns dos itens da nossa Reforma e que foram combatidos com muita disposição pelo Desembargador Luiz Fernando Ribeiro de Carvalho, quando na Presidência da AMB e com resultados altamente positivos, prevalecendo no texto da Reforma 75% das teses da AMB.

Mas, gostaria de discutir aqui os aspectos da Reforma relativos à Escola de Magistrados, tema do encontro de Natal, em 1999 e no qual esteve presente o Desembargador Carpena.

## **REFORMA E ESCOLA SUPERIOR DA MAGISTRATURA**

Falamos para Juízes que iniciam o Curso de Aperfeiçoamento.

É sabido que a AMB criou a Escola Nacional da Magistratura e estando presente o Presidente Viana Santos, o qual sempre participou dos

movimentos de criação e implantação no Brasil das Escolas Superiores da Magistratura, apresento proposta concreta para a reforma:

Senhor Presidente da AMB, Desembargador Viana Santos:

Pelo presente, encaminho sugestão para a Proposta de Reforma do Poder Judiciário, sobre a questão dos Cursos Oficiais das Escolas Superiores da Magistratura:

1. O art. 93, inciso IV, da CF, tem a seguinte redação:

*IV – previsão de cursos oficiais de preparação e aperfeiçoamento de magistrados como requisitos para ingresso e promoção na carreira.*

2. O art. 93, inciso IV, da CF, passaria a ter a seguinte redação:

*Inciso IV – Previsão de cursos oficiais de aperfeiçoamento de magistrados como requisitos para a vitaliciedade e promoção na carreira e educação permanente com a implantação nas Escolas Superiores da Magistratura do curso de mestrado profissionalizante e livre docência.*

3. Justificativa:

Embora, o tema não se insira na Constituição e, sim, em norma infraconstitucional, seria razoável admitir a inserção, atendendo reivindicação antiga dos Juizes, tornando possível, a nível nacional, igualdade entre os Estados, em matéria de Escolas.

A norma constitucional efetivaria de pronto a preocupação na implantação do sistema, em todos os Estados e Distrito Federal, diferentemente do que ocorre a nível de lei infraconstitucional.

A preocupação com o aperfeiçoamento de Magistrados tem sido uma constante na carreira.

A criação das Escolas Superiores da Magistratura acelerou o processo, permitindo educação permanente na atualização dos inúmeros temas que dia-a-dia se avolumam com novas leis e evoluções do direito, numa sociedade em constante transformação. O novo sistema efetivaria de forma definitiva a educação permanente.

A arte de bem julgar tem exigido empenho das Instituições na preparação e formação dos Juizes, evitando-se um excessivo formalismo e tecnicismo jurídico, embotadores da prestação jurisdicional.

Por outro lado, é necessário que se crie motivação suficiente para uma educação diferenciada ao lado de titulação que provoque a atuação com qualidade dos operadores do direito, porque hoje é inquestionável a politização da jurisdição e a judicialização da política, onde ciência jurídica

e realidade se entrelaçam na aplicação da Justiça.

A experiência tem demonstrado, através do Itamaraty e das Forças Armadas, que as Escolas são indispensáveis na formação dos nossos Diplomatas e Militares, o que nos coloca em vantagem sobre os demais países.

A nossa administração pública é caracterizada por carreiras e o ingresso pelo concurso público (mérito). Nesse desenvolvimento as Escolas vêm alcançando objetivos de aperfeiçoamento, com resultados altamente positivos.

O nosso sistema jurisdicional exige ingresso por mérito (concurso público de provas e títulos) do Juiz.

Seria, pois, razoável que o aperfeiçoamento do Magistrado, através de educação permanente, permitisse titulação diferenciada, como incentivo ao processo de atualização e atuação.

A titulação fora da Escola da Magistratura tem-se mostrado inviável, pelo alto custo das mensalidades cobradas pelas Universidades, nos cursos de pós-graduação, somada ao escasso tempo do Magistrado, sempre assoberbado de serviço. Os cursos no estrangeiro, além da remessa de divisa, não permitem afastamento por período necessário à conclusão dos cursos.

O mestrado profissionalizante e a livre docência na Escola da Magistratura viabilizaria reivindicação antiga dos Juizes, pois, as áreas de aperfeiçoamento seriam escolhidas dentro do campo de atuação de cada um.

As experiências na atividade jurisdicional, com apresentação de dissertações e teses, ajudariam na formação de banco de dados das Escolas, registrando-se a experiência de cada um, criando inter-relacionamento entre todas, de norte a sul, por serem nossas leis nacionais, aplicando-se igualmente em todas as unidades da federação.

Acresça-se que a formação dos espaços de integração, em especial a Comunidade Européia, Nafta e Mercosul, vem mostrando com freqüência que os Juizes de outros sistemas de jurisdição, por mérito, por eleição, por indicação, entre outros, em sua formação, têm apresentado titulação diferenciada, pois, além do título de bacharel em direito, somam outros títulos, como mestre, doutor ou livre docente. No Mercosul, por exemplo, nos inúmeros Congressos de Magistrados e Semanas Jurídicas, tem-se discutido com freqüência a questão. O Brasil vive um momento cultural de grande expressão, em especial na área jurídica, o que tem sido reconhecido pelos Juizes de outros países e não seria razoável dispensar esta oportunidade ímpar e que nos colocará em igualdade de condições no intercâmbio entre

os Colegas dos outros países.

O mestrado profissionalizante já consta de Portaria do MEC (Portaria 80/98), estando disciplinado, assim como a livre docência e **a inclusão na Constituição Federal na matéria agilizaria em muito o processo.**

O momento é ímpar para o Congresso Nacional que demonstrará sensibilidade, contribuindo em definitivo para a melhora da atividade jurisdicional.

A espera de aprovação em lei (Lei Orgânica da Magistratura), pelo Congresso, seria mais um entrave que sempre desacorçoa os Juízes, desestimulando e desmotivando em direção ao aprimoramento, acomodando-se as Escolas.

A necessidade da formação de Juízes pós-graduados aptos a elaborar novas técnicas e processos, com desempenho diferenciado de egressos de curso de mestrado que visem preferencialmente um aprofundamento de conhecimentos ou técnicas de pesquisa científica.

O custo na formação de Juízes seria compatível com as necessidades das Escolas que formariam seu corpo docente, sem grandes ônus, permitindo que Juízes ensinem a outros Juízes, juntamente, com Professores, inclusive de áreas afins, Advogados e Membros do Ministério Público que lecionam nas nossas Escolas.

Evitar-se-ia a procura por Cursos no Exterior com significativa economia de reservas externas.

As Escolas da Magistratura Estadual, assim como da Magistratura Trabalhista e Federal, teriam autonomia para a execução dos programas, ficando a Escola Nacional da Magistratura como banco de dados e coordenadora dos projetos e cursos. ◆

# **MONOGRAFIAS DE ESTAGIÁRIOS DA EMERJ**

APROVADAS PELAS BANCAS, EM EXPOSIÇÃO ORAL, NO FINAL DO  
CURSO DE PREPARAÇÃO À CARREIRA DA MAGISTRATURA

**SEGUNDO SEMESTRE DE 1999**

*(Os trabalhos monográficos se acham à disposição dos interessados  
para fins de estudos e pesquisas na Biblioteca da EMERJ)*

## **A TUTELA ANTECIPADA E SUA ADMISSIBILIDADE EM SEDE DE AÇÃO RESCISÓRIA**

ADRIANA DINIZ DE VASCONCELLOS GUERRA

Trabalho que examina a distinção entre a antecipação da tutela e a medida cautelar bem como a origem e a evolução histórica do instituto da tutela antecipada. (139 págs.)

## **A ESTABILIDADE NO SERVIÇO PÚBLICO: A EMENDA CONSTITUCIONAL N ° 19/98 E AS FUNÇÕES ESSENCIAIS À JUSTIÇA**

ALEX CORDEIRO NUNES

Estudo sobre a Estabilidade no Serviço público, seu histórico e a aquisição da estabilidade com as inovações da Emenda Constitucional nº 19/98. As funções essenciais à justiça. (107 págs.)

## **O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE NAS PENAS SUBSTITUTIVAS (LEI N° 9.714/98)**

AMARILDA MACABU SEMEGHINI

Exame acurado do atual sistema de penas e da natureza das penas restritivas de “Direitos”, bem como a aplicação das penas restritivas de direito da Lei nº 9.714/98. O crime hediondo. O tráfico de entorpecentes e as penas substitutivas. (163 págs.)

## **RESPONSABILIDADE CIVIL DOS BANCOS PELOS BENS GUARDADOS EM SEUS COFRES**

ANDRÉA MARTINS VARELA

Trabalho sobre os contratos bancários, da guarda em cofre forte e sobre a obrigação dos Bancos de responder pela violação de cofres alugados e subtração de bens de clientes. (Prova do dano e medida judicial idônea). (108 págs.)

## **DANOS MORAIS NA SEPARAÇÃO E NO DIVÓRCIO**

ELIZIER WILLIAN GOMES MENDES

A par do exame da questão do dano moral no Direito Brasileiro, sua classificação, e a Doutrina pertinente, o monografista examina o tema da possibilidade de ressarcimento do dano moral por motivo da separação do casal. (216 págs.)

## **RESPONSABILIDADE CIVIL NO DIREITO DO CONSUMIDOR**

GUILHERME MARQUES ASSUMPTÃO

Monografia que discorre sobre a responsabilidade civil e sobre a proteção jurídica do consumidor, tratando ainda da teoria da qualidade, da responsabilidade civil pelo fato do produto e do serviço e pelo vício do produto. (115 págs.)

## **ASPECTOS ATUAIS DO PROTESTO CAMBIAL**

HELIA MARCIA GOMES PINHEIRO

Após apontar evolução histórica do protesto cambial e suas noções gerais, a autora comenta aspectos da lei do protesto nº 9.492/97 que regulamenta o ato do protesto. Ainda examina a questão de a Fazenda poder requerer a falência do contribuinte com o protesto da Certidão da Dívida Ativa. (86 págs.)

## **ALTERNATIVAS PENAIS - REPERCUSSÃO DOS INSTITUTOS DA TRANSAÇÃO PENAL, SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO E LEI Nº 9.714/98 NO NOVO MODELO DE JUSTIÇA CRIMINAL**

IZABELLA IORIA DE PAIVA HOMSY

Trabalho monográfico que enfoca o novo sistema da Justiça Penal

Consensual inserida na Carta de 1988 e tratado na lei nº 9.099/95, com as suas medidas despenalizadoras. A transação penal. A suspensão condicional do processo. Alternativas à prisão (263 págs.)

### **CONTRATO DE SEGURO – AÇÃO EXECUTIVA E SEGURO DE PESSOAS**

JAIR COSME PEREIRA COELHO

Com as noções históricas e exame da legislação específica, o monografista estuda o contrato de seguro, suas cláusulas, o direito de arrependimento e a prescrição. O seguro de pessoas, individual e em grupo. A via da execução para cobrança do prêmio (136 págs.)

### **DA LIMITAÇÃO DO VALOR DO BEM DE FAMÍLIA INSTITUÍDO NA LEI Nº 8.009/90**

JOSÉ OZÓRIO DE SOUZA BITENCOURT

O monografista, a par do valor do bem de família, sua limitação na lei, trata também da origem do instituto no Direito Brasileiro. (103 págs.)

### **GUARDA COMPARTILHADA**

KAREN RIBEIRO PACHECO

Estudo metuculoso dos importantes temas da guarda, tutela e curatela, suas semelhanças, dissemelhanças, bem como do pátrio poder e da guarda conjunta ou compartilhada. (134 págs.)

### **OS LIMITES DA CONSTITUCIONALIDADE**

LILIAN ROSEMARY WEEKS

No estudo do tema, a autora aponta os fundamentos do estado democrático e o fundamento político da Constituição. Encerra o trabalho examinando as limitações intrínsecas à interpretação constitucional, bem como os princípios constitucionais. (255 págs.)

### **SÚMULA VINCULANTE**

MARIA DE FÁTIMA FERREIRA GOMES

Debatendo o tema da adoção ou não da súmula vinculante na Doutrina e no projeto da reforma judiciária, a autora estuda as normas da interpretação e integração do Direito, bem como o incidente de uniformização da Jurisprudência, as ações e os recursos pertinentes. (115 págs.)

## **TORTURA**

**PATRÍCIA DOS SANTOS ROSAS**

A autora faz exame dos antecedentes históricos da tortura nos períodos primitivo, humanitário e científico, bem como das tendências atuais com a defesa social e o Direito alternativo. Afirmar que a tortura, além de forma de execução de outro crime, também se configura, hoje, um crime autônomo da Lei nº 9.455/97. Trata também dos crimes hediondos, do Estatuto da Criança e do Adolescente e da Tortura nos acordos internacionais. (238 págs.)

## **PRISÃO CAUTELAR**

**PATRÍCIA ESTEVES**

Estudo em que a autora examina o conceito e a natureza jurídica da prisão para, em seguida, tratar das espécies de prisão cautelar (em flagrante, preventiva, a decorrente da pronúncia e da sentença penal condenatória recorrível e da prisão temporária). (83 págs.)

## **O ICMS NA IMPORTAÇÃO DE MERCADORIAS**

**PAULA MARIA NÓBREGA BAPTISTA**

A autora aponta o conceito, as características e princípios constitucionais do ICMS, após referir-se aos antecedentes do mesmo imposto, desde o I.V.C., adotado pela Emenda Constitucional nº 18/65. O objetivo do trabalho é o de tratar da incidência do ICMS nas importações, conforme a Carta de 1988, ainda que realizada por pessoa física, face às divergências de entendimento jurisprudencial. As controvérsias na Doutrina são apontadas nas conclusões do trabalho. (103 págs.)

## **DANO MORAL: QUESTÕES CONTROVERTIDAS**

**PAULO MAXIMILIAN WILHELM SCHONBLUM**

O autor registra o surgimento do dano moral entre os povos antigos, seus Códigos e a antiga legislação, bem como a evolução do seu conceito e diferentes fases. Em amplo levantamento da legislação brasileira, registra também as controvérsias que persistem sobre a matéria. As teses sobre o cabimento de dano moral sofrido por pessoas jurídicas são examinadas, assim como a possibilidade de cumulação do dano moral e do estético. (157 págs.)

## **LIMITES À LICITUDE PROBATÓRIA**

RACHEL COSTA DE ANDRADE

A autora trata dos limites ao direito à prova, segundo os princípios constitucionais, assim como das provas ilícitas no sistema de provas. Cuida da inadmissibilidade absoluta e da relativa de produção das provas ilícitas conforme as teorias apontadas por Ada P. Grinover. Por fim examina a questão das interceptações telefônicas e do seu valor probatório. (194 págs.)

## **BRASIL ANO 2000: REFORMA DO ESTADO OU REFORMA DA CONSTITUIÇÃO?**

REGINA HELENA MACHADO

A autora faz retrospecto das mudanças na organização política do Estado brasileiro desde a colônia até se consolidar na supremacia da Constituição e até se aproximar do dilema do ano 2000: reforma do Estado ou da Constituição. Faz minucioso levantamento das numerosas tentativas de modificar a atual Carta, suas origens no Congresso e a autoria de cada uma. (175 págs.)

## **NOTA PROMISSÓRIA VINCULADA A CONTRATO**

THAIS DE MOURA SOUZA E LIMA

Antes dos exames do tema da monografia, a autora estuda a teoria dos títulos de Crédito, especialmente da nota promissória. Por fim trata da questão da causa do título e da possibilidade dessa discussão no direito material e no direito processual, bem como dos efeitos sobre as partes, o avalista e terceiros de boa e má-fé. (149 págs.)

## **CONTRATOS DE ADESÃO NO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR**

VANESSA CRISTINA FERREIRA LOPES

A monografista inicia o seu trabalho por mostrar as posições históricas da autonomia da vontade e da intervenção estatal. Do estudo sobre o conceito, condições gerais e a interpretação do contrato de adesão, passa a examinar a incidência dessa forma de pacto tratada no C.D.C., bem como o controle de suas cláusulas abusivas. (87 pág.)

## **RESPONSABILIDADE DOS ADMINISTRADORES DE SOCIEDADES ANÔNIMAS**

VANESSA RAMALHETE SANTOS NEVES

A autora inicia por apontar a evolução histórica, o conceito e as espécies de responsabilidade civil para, em seguida, tratar da responsabilidade dos administradores de sociedades anônimas. Considera também o regime jurídico do Decreto-lei nº 2.622/40, da Lei nº 6.404/76, bem como das medidas judiciais contra os administradores de sociedades anônimas. (169 págs.) ◆

## COLABORARAM NESTE NÚMERO

Adolpho C. de Andrade Mello Junior, 46

Álvaro Mayrink da Costa, 141

Antônio Rulli Júnior, 196

Gustavo Binenbojm, 180

João Carlos Pestana de Aguiar, 120

Joaquim Antônio Vizeu Penalva Santos, 64

Jorge Lobo, 52

José Carlos Barbosa Moreira, 98

Luis Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho, 21

Luiz Felizardo Barroso, 158

Luiz Fux, 174

Manoel Carpena Amorim, 11

Marco Antônio Ibrahim, 82

Maria Cristina Barros Gutiérrez, 136

Sergio Cavalieri Filho, 71

Severiano Aragão, 43



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

Rua Dom Manuel, nº 25 - Centro - CEP 20010-090 - Telefone: 3133-2682  
[www.emerj.tj.rj.jus.br](http://www.emerj.tj.rj.jus.br)